

**ACTO DE INSUBSISTENCIA DE PROCURADOR JUDICIAL –
Competencia de expedición por el Procurador General de la Nación
encargado por ausencia del titular**

Durante el permiso del Procurador General de la Nación, se ocasionó una ausencia temporal como indica la ley, de manera que el cargo no puede quedar acéfalo por razones de la continuidad en la prestación del servicio público y siendo una ausencia transitoria, la figura del encargo de funciones, prevista en el artículo 89 del Decreto Ley 262 de 2000, es la situación administrativa adecuada y autorizada legalmente. Hay encargo de funciones cuando mediante acto administrativo se dispone el desempeño temporal de funciones de un cargo distinto y adicional a aquel del que es titular. Puede ocurrir con o sin desprendimiento de las funciones propias y para cuyo ejercicio no requiere posesión del cargo, basta con asumirlas, en cumplimiento del mandato que hace el Representante Legal de la Entidad, como lo indica el artículo 89 del renombrado Decreto. No se trata en este caso de delegación de funciones, como alega el actor, puesto que la delegación de funciones que está regulada en los artículos 9° a 14 de la ley 489 de 1998, es una figura que debe constar en acto administrativo escrito, determinando en forma precisa y expresa las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren; y no con el propósito de atender las ausencias temporales, sino para entregarle el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades que tengan funciones afines o complementarias. En este caso, al ejercer la Vice Procuradora la facultad discrecional de remoción del actor, lo hizo en ejercicio de las funciones de Procuradora General de la Nación Encargada, tal como señaló la Resolución No. 17 de 5 de junio de 2003.

FUENTE FORMAL: DECRETO 262 DE 2000 – ARTICULO 182 /
CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 125 / CONSTITUCION POLITICA
– ARTICULO 278 NUMERAL 6 / DECRETO 262 DE 2000 – ARTICULO 132
/ DECRETO 262 DE 2000 – ARTICULO 92 / DECRETO 262 DE 2000 –
ARTICULO 17

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., dos (2) de mayo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 20001-23-31-000-2010-00047-01(2458-12)

Actor: CESAR AUGUSTO MESTRE SOLANO

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 7 de junio de 2012 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, que negó las súplicas de la demanda incoada por el señor Cesar Augusto Mestre Solano contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del artículo segundo de la **Resolución No. 176 de 05 de Junio de 2009**, expedida por el Procurador General de la Nación, por la cual dispuso encargar del ejercicio de sus funciones a la Doctora Martha Isabel Castañeda Cúvelo, Viceprocuradora General de la Nación; y del **Decreto No. 1449 de 03 de Julio de 2009**, proferido por la Procuradora General de la Nación (E), por medio del cual declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Procurador 42 Judicial II Penal de Valledupar, Código 3PJ, Grado EC.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada reintegrarlo al cargo que venía ocupando al momento de su retiro o a otro de igual o superior jerarquía, con la declaración de no solución de continuidad en la prestación del servicio; pagarle los salarios, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir, desde la fecha de su desvinculación hasta que se produzca su reintegro al servicio; dando cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes hechos:

El 19 de julio de 2002 mediante el Decreto No. 959, el actor fue nombrado en la Procuraduría General de la Nación para desempeñar el cargo de Procurador 159 Judicial II Penal de Riohacha, Código 3PJ, Grado EC, tomando posesión del cargo el 5 de agosto de 2002.

Mediante Decreto 110 de 29 de enero de 2004, el demandante fue trasladado como Procurador 42 Judicial II Penal de Valledupar, Código 3PJ, Grado EC, posesionándose el 16 de enero de 2004.

Por medio de la Resolución No. 176 de 5 de junio de 2009, el Procurador General de la Nación encargó a la Doctora Martha Isabel Castañeda Cúvelo [Viceprocuradora General de la Nación], para que desempeñara sus funciones en razón a que se *"concedió"* un permiso para los días 1, 2, 3, 6, y 7 de julio del mismo año.

La Doctora Martha Isabel Castañeda Cúvelo, expidió el Decreto 1449 de 3 de julio de 2009, como Procuradora General de la Nación (E), mediante el cual declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Procurador 42 Judicial II de Valledupar, Código 3PJ, Grado EC, decisión que le fue comunicada el 14 de julio del mismo año a través del Oficio No. SG3161 de 10 de julio del mismo año, expedido por el Secretario General de la entidad demandada.

En dicho Decreto, no se estableció el fundamento Constitucional y Legal que facultaba a la Procuradora General de la Nación Encargada, para declarar insubsistente al accionante. Una vez revisada la pagina web de la entidad demandada, constató que el Decreto 176 de 5 de junio de 2009, no fue publicado en el Diario Oficial.

Además estableció que el Procurador General de la Nación mediante Resolución 176 de 5 de junio de 2009, delegó sus funciones en la mencionada funcionaria; sin embargo, la facultad de remoción es una competencia radicada en cabeza del Jefe del Ministerio Público la cual es indelegable de acuerdo al numeral 6º del artículo 278 de la Constitución Política.

En razón a que la Resolución 176 de 5 de julio de 2009 es ilegal por cuanto las facultades del Procurador General de la Nación son indelegables, el Decreto 1449 de 3 de julio del mismo año, mediante el cual se declaró insubsistente al demandante, contraría igualmente el orden jurídico por lo cual se demuestra que constituyen un acto administrativo complejo.

El artículo 89 del Decreto Ley 262 de 2000, en concordancia en el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, determinan los supuestos de hecho para que sea viable jurídicamente el encargo. La primera disposición establece que *“Hay encargo cuando se designa temporalmente a un servidor de la Procuraduría de libre nombramiento y remoción para asumir, total o parcialmente, desvinculándose o no de las propias de su empleo, las funciones de otro empleo por ausencia temporal o definitiva de su titular”*. La segunda disposición estipula: *“Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo”*. Igualmente el artículo 132 inciso 4° del Decreto Ley de 262 de 2000, señala que *“los permisos no generan vacancia del empleo”*.

De la lectura de las disposiciones anteriores, resulta evidente que el requisito necesario para que pueda darse válidamente un encargo al interior de la Procuraduría General de la Nación o en cualquier entidad del Estado, es que exista ausencia temporal o definitiva del titular del cargo, lo cual no se da en el presente asunto ya que de acuerdo al artículo 132 del Decreto Ley 262 de 2000, los permisos no generan vacancia en el empleo, por lo que el Procurador General de la Nación no podía encargar de su cargo a la funcionaria que expidió el acto administrativo que declaró insubsistente al actor.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 6°, 121, 122, 123, 209, 277, 278-6; Decreto 1950 de 1973, artículos 23, 34, 47, 58, 59; Decreto Ley 262 de 2000, artículos 7° numeral 5° y párrafo, 17 numeral 2°, 89, 91, 92, 93, 94 y 132

inciso 4°; Código Contencioso Administrativo, artículos 84 y 85; y la Resolución 176 del 5 de junio de 2009, artículo 2°. (Fls. 45-140)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación, por intermedio de apoderada contestó la demanda (Fls. 153-161), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones para lo cual expuso los siguientes argumentos:

Si bien es cierto que el artículo 132 del Decreto Ley 262 de 2000 determina que los permisos no generan vacancia, también lo es que el numeral 2° del artículo 17 ibídem, establece los casos en que la Viceprocuradora General de la Nación puede asumir las funciones del Procurador General. Dicho artículo estipula que dentro de las funciones del Viceprocurador esta la de *“Asumir las funciones del Procurador General de La Nación en sus ausencias temporales (...)”*, por consiguiente estando de permiso el Jefe del Ministerio Público se genera una ausencia temporal, lo cual faculta a la Viceprocuradora para asumir sus funciones en forma plena, dentro de las que se encuentra remover a los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Además el régimen especial de carrera establecido para la Procuraduría General de la Nación se encuentra previsto en el Decreto 262 de 2000, que clasifica los empleos en tres grupos: de libre nombramiento y remoción, los de Carrera Administrativa, y los funcionarios de periodo fijo, dentro de los que se encuentra el de Procurador General de la Nación. Ahora bien, el artículo 165 ibídem consagra la insubsistencia discrecional en los siguiente términos: *“es la decisión que se produce en el ejercicio de la facultad discrecional del denominador para remover a un servidor de la entidad que ocupe un empleo de libre nombramiento y remoción”*.

Dado que el demandante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, la Procuradora General de la Nación (E) se encontraba facultada para declararlo insubsistente, en ejercicio de la facultad discrecional nominadora conferida por el artículo 278 de la Constitución Política.

El Consejo de Estado ha sostenido que dada la naturaleza de los cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales tienen asidero en la confianza para el desempeño de la Función Pública, los funcionarios que ocupen dichas plazas pueden ser retirados del servicio por el nominador sin que sea necesario motivar la decisión, por cuanto no gozan de ningún fuero de estabilidad.

En el caso concreto no se encuentra ni en la hoja de vida del accionante, ni en los antecedentes administrativos, es decir, no prueba ni directa ni indirectamente, que la decisión de insubsistencia se haya producido con desviación de poder. Debe por tanto el afectado, probar lo contrario; con lo que se desvirtuaría la presunción de legalidad que ampara al decreto de insubsistencia.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, mediante sentencia de 7 de junio de 2012, negó las súplicas de demanda (Fls. 382-392), con fundamento en las siguientes consideraciones:

En el presente caso, el acto de insubsistencia demandado fue proferido por la Procuradora General de la Nación (E), atendiendo el encargo de funciones realizado por el Procurador General de la Nación para suplirlo durante los días 1, 2, 6 y 7 de julio de 2009, fecha en la cual el titular gozaba del permiso concedido.

A consideración del demandante, el encargo contenido en la Resolución No. 176 de 5 de junio de 2009 no era procedente, porque el permiso concedido en la misma Resolución al Procurador General de la Nación no genera 'vacancia temporal' de dicho cargo, lo cual diera lugar al encargo. Así, asegura que la ilegalidad del encargo de la Viceprocuradora en el cargo del Procurador General de la Nación, genera la consecuente incompetencia de ésta para declarar insubsistente el nombramiento del actor.

Acorde con el marco jurídico y conceptual, la situación administrativa laboral del permiso consagrada en el inciso 2.4 del artículo 92 del Decreto Ley 262 de 2000, si bien es cierto no genera una '*vacancia temporal*' como claramente se señala en el inciso final del artículo 132 ibídem, sí genera una separación temporal del servicio, que no permite al titular del cargo ejercer las funciones del mismo.

Además el encargo es la forma como se deben proveer las funciones a un funcionario por ausencia temporal o definitiva de su titular. Para el caso, existió una ausencia temporal por permiso del titular del cargo de Procurador General de la Nación y en tal virtud se revistió esta ausencia temporal con la Viceprocuradora General de la Nación, quien ejerció el cargo cumpliendo la totalidad de las funciones que le eran inherentes al titular.

De conformidad con las anteriores precisiones, el encargo es una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleo cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo. Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que se cumple en lapsos cortos.

De otra parte, es preciso tener en cuenta que la administración tiene la facultad de conceder o negar los permisos solicitados por los funcionarios, y por necesidad del servicio, la entidad puede acudir a la figura del encargo con el fin de cubrir la ausencia del titular del cargo, para no entorpecer el servicio y para continuar con las actividades que se desarrollan en la entidad.

Concluyó que la forma de suplir la ausencia temporal por el permiso otorgado al titular del cargo de Procurador General de la Nación, era encargando a la Viceprocuradora General de la Nación, quien era la competente jerárquica y normativamente para ejercer dicho encargo, por lo cual, los actos administrativos conservan su legalidad.

EL RECURSO

El actor por intermedio de apoderado interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, cuya fundamentación obra de folios 399 a 424, solicitando revocarla accediendo a las pretensiones de la demanda.

Reiteró los argumentos expuestos en el libelo introductorio, afirmando que el artículo 2° de la Resolución No 176 de junio 5 de 2009, expedida por el Procurador General de la Nación, por medio del cual se dispuso “encargar” a la Viceprocuradora General de la Nación para que ejerciera como Jefe del Ministerio Público Encargada, contiene una delegación de funciones de conformidad con el artículo 277 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 7° del Decreto 262 de 2000.

Por lo anterior, solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto 1449 de julio 3 de 2009, expedido por la Procuradora General de la Nación Encargada, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Procurador 42 Judicial II Penal de Valledupar, Código 3 PJ, Grado EC., dado que dicha funcionaria era incompetente la proferir la mencionada decisión.

La ausencia temporal no es cualquier “ausencia” ya que no significa “no presencia en un lugar”. El Procurador General de la Nación al encargar del ejercicio de sus funciones a la Viceprocuradora desconoció lo dispuesto por el inciso 4° del artículo 132 del Decreto ley 262 de 2000, por cuanto no existía ausencia temporal o definitiva en el cargo, de lo que se deduce que la funcionaria al expedir el acto administrativo de insubsistencia del demandante se extralimitó en sus facultades.

La facultad de remoción sólo puede ejercerla directamente el Procurador General de la Nación por expreso mandato del numeral 6 del artículo 278 de la Constitución Nacional el cual dispone como funciones del Jefe del Ministerio Público “nombrar y remover, de conformidad con la ley los funcionarios y empleados de su dependencia”.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, en el Concepto que corre de folios 435 a 442, solicitó confirmar la sentencia de Primera Instancia que negó las súplicas de la demanda, para lo cual expuso los siguientes argumentos:

El artículo 278 de la Constitución Política le asigna al Procurador General de la Nación la facultad de asumir directamente las funciones de nombrar y remover los empleados de la entidad, al igual que delegar sus funciones, por lo que el acto administrativo de insubsistencia atacado fue proferido de acuerdo al ordenamiento jurídico por parte de la Procuradora General de la Nación (E).

La Viceprocuradora General de la Nación, tenía la competencia para proferir el acto de insubsistencia, por cuanto ostentaba la calidad de Procuradora General Encargada, de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 2° del artículo 17 del Decreto Ley 262 de 2000, y atendiendo la figura del encargo que regula el artículo 89 ibídem.

El señor Procurador General de la Nación encargó a la Viceprocuradora para que ejerciera la función de Jefe del Ministerio Público por medio del artículo 2° de la Resolución No. 176 de 5 de junio de 2009, disposición que claramente estipula que el funcionario encargado debe asumir el ejercicio de la función en forma temporal o parcial y por el tiempo que dure la figura.

Si bien es cierto que del permiso no se deriva vacancia del cargo como lo establece el artículo 132 de la Ley 262 de 2000, sí genera la ausencia temporal del titular, razón por la cual es dable aplicar la figura jurídica del encargo, al tenor de lo dispuesto por el artículo 89 ibídem.

El accionante alega que fue retirado de manera arbitraria y no por razones del servicio; sin embargo, no demostró que la nominadora produjera el acto administrativo objeto de controversia atendiendo una razón distinta a la

prestación del servicio, porque lo manifestado refiere a comentarios y suposiciones que están lejos de probar lo realmente acontecido; pues en la demanda se limita en afirmar que los motivos de su desvinculación obedecieron a aspectos personales, sin que allegue prueba alguna de demuestren sus afirmaciones, teniendo en cuenta que él tiene la carga de la prueba.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar si la Vice Procuradora General, actuando como Procuradora General Encargada, tenía competencia para proferir los actos administrativos mediante los cuales declaró insubsistente el nombramiento del demandante.

ACTOS ACUSADOS

Resolución No. 176 de 5 de junio de 2009, por medio de la cual, el Procurador General de la Nación encargó a la Viceprocuradora General de la Nación de las funciones del Procurador General de la Nación, durante el tiempo del permiso concedido al titular del cargo.(Fls. 194)

Decreto No. 1449 de 3 de julio de 2009, expedido por la Procuradora General de la Nación (E), mediante el cual declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Procurador 42 Judicial II Penal de Valledupar, Código 3PJ, Grado EC. (Fls. 8)

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

A folio 183 del expediente el Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación, hizo constar que el demandante prestó sus servicios a la entidad desde el 5 de agosto de 2002 hasta el 13 de julio de 2009.

Mediante Decreto No. 959 de 19 de julio de 2002, el Procurador General de la Nación nombró al demandante en el cargo de Procurador 159 Judicial II Penal de Riohacha, Código 3PJ, Grado EC (Fls. 226), tomando posesión el 5 de agosto del mismo año. (Fls. 227)

Por Decreto 110 de 29 de enero de 2004, el Procurador General de la Nación, nombró al accionante en el cargo de Procurador 42 Judicial II Penal de Valledupar, Código 3PJ, Grado EC. (Fls. 253)

Según da cuenta la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009, expedida por el Procurador General de la Nación, le concedió comisión especial a las ciudades de Ginebra – Suiza y Praga – República Checa, durante los días 19 al 30 de junio de 2009, y encargó a la Viceprocuradora General de la Nación de las funciones de Procurador General de la Nación, durante dicho lapso de tiempo. (Fls. 7)

Luego por Resolución No. 176 de 5 de junio de 2009, el Jefe del Ministerio Público le concedió permiso al Procurador General de la Nación, durante los días 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009 y en el artículo segundo dispuso: *“Encárguese de las funciones de Procurador General de la Nación a la **Doctora MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO**, Viceprocuradora General de la Nación, durante el lapso advertido en el artículo anterior.”* (Fls. 11)

Por medio del Decreto 1449 de 3 de julio de 2009, la Procuradora General de la Nación Encargada, declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Procurador 42 Judicial II de Valledupar, Código 3PJ, Grado EC. (Fls. 8)

ANÁLISIS DE LA SALA

De la naturaleza jurídica del cargo

De conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política, en la Administración Pública, existen empleos de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, de elección popular, los trabajadores oficiales, y los demás que determine la Ley.

El Decreto 262 de 22 de febrero de 2000, “*Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos*”, y con relación a la naturaleza jurídica de los cargos y la manera de proveerlos, en el artículo 182, dispuso:

“1. De carrera

2. De libre nombramiento y remoción

Los empleos de la Procuraduría General de la Nación son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción.

Los empleos de libre nombramiento y remoción son: (...)

Procurador Judicial. (...) (Se subraya)

Sobre el particular la Corte Constitucional, mediante sentencia C-146 de 7 de febrero de 2001, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, declaró exequible, la expresión ‘*Procurador Judicial*’, teniendo en cuenta la siguiente fundamentación:

“(...) En efecto, igual que ocurre con los Procuradores Delegados, los Procuradores Judiciales son agentes directos del Procurador frente a los despachos judiciales ante los que actúan como Ministerio Público. Y la Corte examinó la dependencia directa de esta clase de empleados del Ministerio Público, al decidir sobre la constitucionalidad de normas que incluídas en la Ley 27 de 1992 y en la Ley 201 de 1995, en lo sustancial, es el mismo, como ya se recordó en esta sentencia.

En consecuencia, por existir cosa juzgada constitucional, se declarará exequible la expresión “*Procurador Judicial*” del numeral 2) del artículo 182 del Decreto 262 de 2000. (...)”

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-195 de 21 de abril de 1994, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, con relación a los cargos de libre nombramiento y remoción, dijo:

“(…) Por tanto, como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometido a su permanente vigilancia y evaluación. (…)

En el sub-examine está probado que el actor, al momento de ser retirado del servicio, se encontraba nombrado como Procurador 42 Judicial II Penal de Valledupar, Código 3PJ, Grado EC (Fls. 253), en un cargo de libre nombramiento y remoción.

De la competencia en la expedición del acto de insubsistencia

El artículo 278 de la Constitución Política determina las funciones específicas del Procurador General de la Nación, y en el numeral 6° dispone que le corresponde: *“Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.”*

El Decreto Ley 262 de 22 de febrero de 2000, *“Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas Para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”*, en el artículo 1° indica que la Procuraduría General de la Nación es el máximo organismo del Ministerio Público y ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación y en el artículo 7° con relación al ejercicio de las funciones del Procurador, indicó:

“PARAGRAFO. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las funciones que le otorga el artículo 278 de la Constitución Política. Las señaladas en el

artículo 277 constitucional y las demás atribuidas por el legislador podrá ejercerlas por sí, o delegarlas en cualquier servidor público o dependencia de la entidad, en los términos establecidos en este decreto.”

Con relación al encargo, en el artículo 89 ibídem, dispuso lo siguiente:

“ENCARGO EN EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un servidor de la Procuraduría de libre nombramiento y remoción para asumir, total o parcialmente, desvinculándose o no de las propias de su empleo, las funciones de otro empleo por ausencia temporal o definitiva de su titular.

Cuando se trata de ausencia temporal, el encargado sólo podrá desempeñar las funciones del empleo que asume, durante el término de aquella.

Cuando se trate de ausencia definitiva, el encargado podrá desempeñar las funciones del empleo que asuma mientras se nombra el titular del empleo, término que no podrá exceder de seis meses.

Al vencimiento del encargo, quien venía ejerciendo las funciones encargadas cesará automáticamente en su desempeño y continuará cumpliendo las funciones propias del empleo del cual es titular.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular.

El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el sueldo señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.”

Ahora bien, con relación a las situaciones administrativas de carácter laboral el artículo 91 ibídem las definió como *“las diversas relaciones laborales que surgen entre los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación y esta entidad, sea que se encuentren en servicio activo o que estén separados temporalmente de él”* y el artículo 92 ídem, las clasificó de la siguiente manera:

“CLASES DE SITUACIONES ADMINISTRATIVAS LABORALES. Los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación pueden encontrarse en una de las siguientes situaciones administrativas laborales:

1. Servicio activo:

- 1.1. En ejercicio del empleo
- 1.2. En comisión de servicio
- 1.3. En comisión de estudios
- 1.4. En comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción
- 1.5. En comisión especial
- 1.6. En comisión por invitación de gobierno extranjero

2. Separados temporalmente del servicio:

- 2.1. En licencia ordinaria
- 2.2. En licencia por enfermedad, riesgos profesionales y maternidad
- 2.3. En licencia remunerada para participar en eventos deportivos
- 2.4. Por permiso
- 2.5. En vacaciones
- 2.6. Por prestación del servicio militar o social obligatorio
- 2.7. Por suspensión” (Se subraya)

Luego el artículo 109 del mismo ordenamiento jurídico indica que debe entenderse por servidores públicos separados temporalmente del servicio, con el siguiente contenido literal: *“Se encuentran separados temporalmente del servicio, los servidores que no ejercen las funciones del empleo del cual han tomado posesión por alguna de las circunstancias consagradas en este capítulo.”*

Dentro del mismo capítulo estipula cuáles son esas circunstancias que entre otras pueden ser por licencia, incapacidad, comisión, etc., y en el artículo 132 del Decreto Ley 262 de 2000, prevé los permisos, así:

“PERMISOS. Los servidores de la Procuraduría General tendrán derecho a permisos remunerados en un mes, por causa justificada, siempre y cuando no se soliciten los últimos días de un mes acumulados a los primeros del mes siguiente, así:

El Procurador General, el Viceprocurador General, los procuradores delegados, los procuradores auxiliares, el secretario general hasta por cinco (5) días, los demás empleados, hasta por tres (3) días.

Si un servidor ha disfrutado de permiso, y le sobreviene una calamidad doméstica, tendrá derecho a tres (3) días más, para lo cual deberá aportar la prueba pertinente dentro de los diez (10) días siguientes.

Los permisos no generan vacancia del empleo.” (Se subraya)

Finalmente el artículo 17 *ibidem* establece cuáles son las funciones del Viceprocurador General de la Nación, y en numeral 2° dispone que le corresponde: *“Asumir las funciones del Procurador General en sus ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona el nuevo titular.”*

En el sub-lite, el A-Quo negó las súplicas por considerar que la forma de suplir la ausencia temporal por el permiso otorgado al titular del cargo de Procurador General de la Nación, era encargando a la Viceprocuradora General de la Nación, quien era la competente jerárquica y normativamente para ejercer dicho encargo, por lo que, el acto administrativo por el cual el actor fue declarado insubsistente conserva su legalidad.

El actor argumentó en la alzada que el artículo 2° de la Resolución No 176 de junio 5 de 2009, expedida por el Procurador General de la Nación, por medio del cual se dispuso *“encargar”* a la Viceprocuradora General de la Nación para que ejerciera como Jefe del Ministerio Público Encargada, contiene una delegación de funciones de conformidad con el artículo 278 de

la Constitución Política en concordancia con el artículo 7° del Decreto 262 de 2000.

Además dijo que la ausencia temporal no es cualquier "*ausencia*" ya que no significa "*no presencia en un lugar*". El Procurador General de la Nación al encargar del ejercicio de sus funciones a la Viceprocuradora desconoció lo dispuesto por el inciso 4° del artículo 132 del Decreto ley 262 de 2000, por cuanto no existía ausencia temporal o definitiva en el cargo, de lo que se deduce que la funcionaria al expedir el acto administrativo de insubsistencia del demandante se extralimitó en sus facultades.

Por lo anterior, solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto 1449 de julio 3 de 2009, expedido por la Procuradora General de la Nación Encargada, por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Procurador 42 Judicial II Penal de Valledupar, Código 3 PJ, Grado EC., dado que dicha funcionaria era incompetente para proferir esa decisión.

Conforme al acervo probatorio obrante en el proceso, el Procurador General de la Nación, mediante Resolución No. 176 de 5 de junio de 2009, primero se concedió permiso para separarse temporalmente del cargo [los días 1, 2, 3, 6 y 7 de julio del mismo año]; y para cubrir la ausencia temporal, dispuso en el numeral segundo, el encargo de las funciones de Procuradora General, a la Viceprocuradora General de la Nación para que las ejerciera en forma plena mientras el titular disfrutaba del permiso por cinco (5) días.

Frente al otorgamiento del permiso al Procurador General de la Nación, dispuesto en el mismo acto, no hay reparo alguno en cuanto al derecho que le asiste al Procurador para ausentarse temporalmente del cargo, lo que implica, dejar las funciones constitucionales propias en forma temporal y apartarse de ellas, motivo por el cual, le fueron entregadas a la Viceprocuradora en su ausencia. Lo anterior con el fin de garantizar la

continuidad en la prestación del servicio público que compete al Ministerio Público.

El permiso legítimamente concedido y del que entró a disfrutar el Procurador General de la Nación, es una situación administrativa según la cual la ley permite la desvinculación transitoria del servidor, con derecho a remuneración, generalmente para atender asuntos urgentes de orden familiar o personal, calamidad doméstica o siempre que se invoque una justa causa para su disfrute.

El permiso inicialmente estaba regulado en las normas generales de la función pública, desde el artículo 73 del Decreto 1950 de 1973¹, y como se indicó, esta situación administrativa ocasiona una ausencia temporal del titular del cargo, aunque no vacancia. Empero, para los servidores de la Procuraduría, incluido el Procurador General de la Nación, dicha regulación se consagró en el artículo 92 del Decreto Ley 262 de 2000 y en el artículo 132 ibídem, que definen el permiso, y lo ubica en el capítulo VI que tiene como título “SEPARADOS TEMPORALMENTE DEL SERVICIO”.

Así las cosas, durante el permiso del Procurador General de la Nación, se ocasionó una ausencia temporal como indica la ley, de manera que el cargo no puede quedar acéfalo por razones de la continuidad en la prestación del servicio público y siendo una ausencia transitoria, la figura del encargo de funciones, prevista en el artículo 89 del Decreto Ley 262 de 2000, es la situación administrativa adecuada y autorizada legalmente.

La misma Carta Política en el artículo 279 autorizó que sea la ley la que determine lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, y en desarrollo de esta norma, se expidió el Decreto Ley 262 del 2000 vigente para la época de los hechos, que consagra la

¹ Decreto 1950 de 24 de septiembre de 1973, “Por el cual se reglamentan los Decretos – Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración de personal civil”, en el artículo 73, dispone: “Las vacancias se regirán por las normas legales sobre la materia y la suspensión por las normas sobre el régimen disciplinario a que se refiere el presente Decreto Nacional.”

figura del Viceprocurador con precisas funciones previstas en el artículo 17, según el cual reemplazará al titular en las ausencias temporales o definitivas mientras se nombra el titular.

Hay encargo de funciones cuando mediante acto administrativo se dispone el desempeño temporal de funciones de un cargo distinto y adicional a aquel del que es titular. Puede ocurrir con o sin desprendimiento de las funciones propias y para cuyo ejercicio no requiere posesión del cargo, basta con asumirlas, en cumplimiento del mandato que hace el Representante Legal de la Entidad, como lo indica el artículo 89 del renombrado Decreto.

Luego, en este caso, el Procurador General de la Nación, quien es el Representante Legal de la Procuraduría, en uso de su legítimo derecho, tuvo que ausentarse del cargo y para cubrir su ausencia recurrió al encargo de funciones en cabeza de quien legalmente podía asumir las funciones propias de Procurador por mandato legal, como bien informa el artículo 17 del Decreto Ley 262 de 2000.

No se trata en este caso de delegación de funciones, como alega el actor, puesto que la delegación de funciones que está regulada en los artículos 9° a 14 de la ley 489 de 1998, es una figura que debe constar en acto administrativo escrito, determinando en forma precisa y expresa las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren; y no con el propósito de atender las ausencias temporales, sino para entregarle el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades que tengan funciones afines o complementarias.

En este caso, al ejercer la Vice Procuradora la facultad discrecional de remoción del actor, lo hizo en ejercicio de las funciones de Procuradora General de la Nación Encargada, tal como señaló la Resolución No. 17 de 5 de junio de 2003.

Así las cosas, la Procuradora General de la Nación Encargada tenía plena facultad constitucional y legal para remover discrecionalmente al demandante quien ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, como ya se indicó.

En conclusión, el retiro del actor se produjo en ejercicio de la facultad discrecional, por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, para cuya decisión, estaba plenamente autorizada la Jefe del Ministerio Público [Procuradora General de la Nación Encargada], cuyas funciones plenas fueron ejercidas temporalmente, ante la ausencia temporal de su titular, razón por la cual no se está frente a una delegación de la función nominadora mientras el Procurador General continúa en el ejercicio del cargo, que es la figura establecida por la Carta Política, tal como se ha explicado ampliamente. Por manera que las alegaciones de la parte actora, quien supone que el retiro se hizo con desconocimiento del numeral sexto del artículo 278 de la Carta no tienen vocación de prosperidad, y por ende el cargo no está llamado a prosperar.

De la falta de motivación

El artículo 158 del Decreto Ley 262 de 2000, con relación al retiro definitivo de los servidores de la Institución, dispuso que debe efectuarse mediante la insubsistencia discrecional del nombramiento [entre otros].

Por su parte el artículo 165 *ibídem* definió que la insubsistencia discrecional, es la decisión que se produce en ejercicio de la facultad discrecional del nominador para remover a un servidor de la entidad que ocupe un empleo de libre nombramiento y remoción y no procede recurso alguno.

El en '*sub judice*', el accionante no probó que estuviese amparado por fuero alguno de Carrera Administrativa que le significara una estabilidad o garantía de inamovilidad; en esas condiciones desempeñaba un cargo de confianza y manejo [Procurador 42 Judicial II Penal de Valledupar, Código

3PJ, Grado EC], y su vinculación se realizó bajo la modalidad de empleado de libre nombramiento y remoción, es decir, que podía ser retirado del servicio sin motivar el acto de desvinculación.

Siendo el cargo que ocupaba el demandante de aquellos de confianza, dirección y manejo, la Ley le ha dado el tratamiento especial de ser ejercidos sólo por aquellas personas llamadas por el nominador a acompañarlo en su gestión en razón del alto grado de confiabilidad que en ellas debe depositar.

En consecuencia, resulta razonable que en aras del interés Institucional, el nominador [en ejercicio de su potestad discrecional] pueda retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo de trabajo. Esa facultad discrecional para remover libremente a sus empleados implica un cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la Administración los fines encomendados.

No obstante esa discrecionalidad para remover a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, no puede confundirse con la arbitrariedad del nominador.²

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 17 de abril de 2013, expediente 2663-11, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, indicó lo siguiente:

“(...) De lo anterior se observa que el nominador podía dejar sin efectos el nombramiento realizado en un cargo de libre nombramiento y remoción, sin necesidad de motivar el acto de desvinculación, en cuanto se presume que fue expedido en aras del buen servicio público, presunción que es susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional, aduciendo y probando por el interesado, que el motivo determinante es diferente al buen servicio público. (...)”

Así las cosas, se concluye que en el sub lite el acto de remoción acusado fue simplemente el resultado del ejercicio de las facultades que ostentaba el nominador, por lo que al no haberse logrado desvirtuar su

² Corte Constitucional, sentencia T-1165 de 17 de noviembre de 2005, M.P. Dr. Humberto Sierra Porto.

legalidad, la Sala confirmará la sentencia del a quo por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. (...)”

Así las cosas, la situación laboral que regía al actor, no le otorgaba ningún fuero de estabilidad relativa, pues esta Corporación³ ha sostenido reiteradamente que cuando la Administración decide declarar insubsistente a un servidor público de libre nombramiento y remoción, se presume en principio que se realizó en procura del buen servicio público, conforme a la facultad discrecional del nominador para disponer de los cargos cuyos titulares no están amparados por algún fuero especial de inamovilidad.

Por las anteriores razones el cargo de falta de motivación no esta llamado a prosperar.

De la desviación de poder

El actor afirma que su insubsistencia, se produjo con abuso y desviación de las atribuciones propias de la Autoridad de la cual proviene la decisión, lesionando sus derechos.

La configuración de la desviación de poder supone como requisito *sine qua non*, la existencia de una relación o nexo causal entre unos hechos y el acto de desvinculación del actor y en el sub-lite, el actor no arrió ninguna prueba que le permita al Juez hacer análisis del cargo y sus afirmaciones no dan certeza de la configuración de la referida causal.⁴

En el sub-examine el actor se limita a indicar que el acto de insubsistencia fue expedido con desviación de poder, porque desborda las atribuciones propias del titular [pero no lo probó]. Pues bien, como se indicó en capítulos precedentes el acto acusado fue expedido con plena competencia por la Procuradora General de la Nación Encargada.

³ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 13 de marzo de 2001, expediente 4972-01, M.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

⁴ Sentencia de 1° de julio de 2009, expediente 4879-04, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 17 de abril de 2013, expediente 2663-11, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, indicó:

“(…) En primer lugar, en cuanto a la desviación de poder resulta pertinente anotar que se trata del vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el objeto perseguido por el mismo, configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y el ordenamiento jurídico; de manera pues, que este vicio se reconoce, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas que debe someterse.

En cuanto a la configuración de ésta causal de nulidad, por los señalados móviles, ninguna prueba fue allegada por el apoderado, que diera cuenta de la configuración del vicio mencionado, siendo sólo las aserciones del apelante las que dan cuenta de la mencionada afectación, las que por demás valga señalar no se concretan tampoco en ninguna actuación u omisión del nominador, abordando el tema sólo de manera genérica. (…)”

Como el actor no probó los móviles desviados con que actuó la administración, el cargo no prospera.

En resumen, las pruebas arrojadas al proceso no constituyen elemento probatorio alguno que acredite la intención del nominador en orden a proferir un acto administrativo con fines distintos al del buen servicio público, del que se pueda colegir irregularidad en la expedición del acto que se demanda, que sería el fundamento de la desviación de poder que se le endilga a la remoción del demandante.

En estas condiciones, se concluye que la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 7 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cesar que **negó las súplicas de la demanda** incoada por Cesar Augusto Mestre Solano contra la Procuraduría General de la Nación.

Cópiese, Notifíquese, Cúmplase y Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE