

PERMISOS – Regulación legal. Efecto

Estima la Sala que dentro de las situaciones administrativas en que se pueden ver incurso los servidores de la Procuraduría General se encuentra el permiso, el cual, si bien no genera vacancia en el empleo, según se advierte en el Capítulo VI, del Título XII del Decreto 262 de 2000, si da lugar a la separación temporal del mismo. Esto último resulta lógico en la medida en que el titular del empleo, ante la necesidad de atender asuntos de carácter personal, se ve obligado a ausentarse de su sede de trabajo, bajo una causa justificada.

FUENTE FORMAL: DECRETO 262 DE 2000 – ARTICULO 91 / DECRETO 262 DE 2000 – ARTICULO 92

ENCARGO – Regulación legal. Procedencia. Ausencia temporal. Ausencia definitiva

En este punto, la Sala no pasa por alto, que el mismo Decreto 262 de 2000 en su artículo 89 prevé el encargo como el mecanismo para asegurar el cumplimiento de las funciones de un empleo ante la ausencia temporal o definitiva de su titular. Bajo esta modalidad, debe decirse que, se designa a un servidor de libre nombramiento y remoción, en forma temporal, con el fin de que asuma parcial o totalmente el desarrollo de las funciones asignadas al cargo que experimenta la ausencia temporal de su titular. Ausencia temporal, estima la Sala, que puede tener origen en las distintas situaciones administrativas previstas en el numeral 2 del artículo 92 ibídem, entre ellas la licencia ordinaria o por enfermedad; las vacaciones; la prestación del servicio militar obligatorio; la suspensión y el permiso, como quedó visto en precedencia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 262 DE 2000 – ARTICULO 89

DELEGACION DE FUNCIONES – Concepto. Diferencia con el encargo

La delegación de funciones es una técnica de manejo administrativo que supone el traslado de determinada competencia en favor de otro órgano de la administración, mediante acto escrito, revocable, susceptible de recursos en vía gubernativa y sin que ello implique la pérdida de la titularidad de la función para el delegante, a diferencia del encargo, cuya naturaleza responde a la de una modalidad de provisión temporal de empleos, que permite el ejercicio total o parcial de las funciones asignadas a un cargo durante la ausencia de su titular. Sobre este particular, concluye la Sala que la delegación de funciones administrativas y el encargo son dos figuras o instituciones jurídicas distintas que obedecen a necesidades puntuales que llevan a la administración de una parte a transferir el ejercicio de una función concreta en otra autoridad, delegación administrativa o, como en el caso bajo examen, proveer un empleo en forma temporal, bajo encargo, mientras su titular lo reasume.

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

Estima la Sala que bien podía el Procurador General de la Nación encargar de sus funciones a la Viceprocuradora General durante los días 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009, con el fin de garantizar el cumplimiento de las mismas durante su ausencia temporal, lo anterior en aplicación de los artículos 17, 89, 92 y 132 del Decreto 262 de 2000. Así las cosas, en virtud del citado encargo la

Viceprocuradora General contaba con la posibilidad de ejercer la facultad discrecional, que la ley le confiere al Procurador General de la Nación, para remover a los empleados de libre nombramiento y remoción como era el caso del demandante quien para la época se venía desempeñando como Procurador 176, Judicial II, Penal de Valledupar.

FUENTE FORMAL: DECRETO 262 DE 2000 – ARTICULO 17 / DECRETO 262 DE 2000 – ARTICULO 89 / DECRETO 262 DE 2000 – ARTICULO 92 / 32

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 20001-23-31-000-2010-00017-01(0719-13)

Actor: WILMAN DE JESUS MAESTRE SANCHEZ

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de noviembre de 2012 proferida el Tribunal Administrativo del Cesar mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por Wilman de Jesús Maestre Sánchez contra la Nación, Procuraduría General de la Nación.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., el señor Wilman de Jesús Maestre Sánchez, por conducto de apoderado, solicitó la nulidad de los siguientes actos administrativos: artículo segundo de la Resolución No. 176 de 5 de junio de 2009, por medio de la cual el Procurador General de la Nación encargó a la Viceprocuradora de las funciones del cargo de Procurador General de la Nación y Decreto 1460 de 3 de julio de 2009 a través del cual la Viceprocuradora General de la Nación declaró

insubsistente su nombramiento como Procurador 176, Judicial II, Penal de Valledupar.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al mismo cargo que ocupaba antes de su retiro del servicio. Así mismo, que se condene a la entidad demandada al pago de todos los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías, aportes a la seguridad social, y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en la que se produjo el retiro del servicio hasta cuando se disponga el reintegro definitivo al cargo.

Así mismo, que se declare para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios a la entidad demandada. Y, que se ordene cumplir la sentencia en los términos señalados en el artículo 178 del C.C.A.

Como, primera, pretensión subsidiaria solicitó la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo segundo de la Resolución No. 176 de 5 de junio de 2009 así como la nulidad del Decreto 1460 de 3 de julio de 2009. De igual forma pidió, como restablecimiento del derecho, el reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía junto con el pago de todos los salarios y prestaciones dejadas de devengar desde su retiro y hasta el reintegro efectivo a la entidad demandada.

Como, segunda, pretensión subsidiaria pidió que se declare que el artículo segundo de la Resolución No. 176 de 5 de junio de 2009 no dispone un encargo sino la delegación de funciones en cabeza de la Viceprocuradora General de la Nación y, en consecuencia, debe declararse la nulidad del Decreto 1460 de 3 de julio de 2009. A título de restablecimiento del derecho deprecó el reintegró al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía, así como el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde su retiro y hasta el reintegro efectivo.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes hechos:

Se sostuvo en la demanda que, el señor Wilman de Jesús Maestre Sánchez se vinculó a la Procuraduría General de la Nación a partir del 14 de enero de 2002, en el cargo de Procurador 176, Judicial II, Penal de Valledupar.

El 5 de junio de 2009 el Procurador General de la Nación en usos de sus facultades legales “se concedió permiso” para ausentarse de su despacho los días 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009 y, con fundamento en ello, encargó de sus funciones a la Viceprocuradora General de la Nación, únicamente respecto de esos días.

Se argumentó que, la Viceprocuradora General de la Nación en ejercicio de su encargo, esto es, de las funciones de Procurador General de la Nación, declaró a través del Decreto 1460 de 3 de julio de 2009 insubsistente el nombramiento del demandante como Procurador 176, Judicial II, Penal de Valledupar.

Se manifestó que, en el caso concreto, la ausencia del Procurador General de la Nación en virtud al permiso que disfrutó los días 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009 no daban lugar a la vacancia temporal o definitiva del referido empleo por lo que no era procedente encargar de sus funciones a la Viceprocuradora General de la Nación.

Se precisó que, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Ley 262 de 2000 para que proceda el encargo se requiere que exista una vacancia temporal o definitiva, esto es, cuando el titular de un empleo se separa de sus funciones, circunstancia que no se advirtió en el caso del Procurador General de la Nación.

En efecto, se aclaró que el permiso como situación de carácter administrativa no da lugar a la ausencia temporal o definitiva del titular del empleo público, y mucho menos a su vacancia, lo que en la práctica impedía que la Viceprocuradora General de la Nación resultara encargada de las funciones de Procurador General de la Nación.

Se insistió que, al no estar dados los supuestos de hecho y de derecho que permitieran encargar a la Viceprocuradora General de la Nación de las funciones de Procurador General los actos demandados, a saber, la Resolución No. 176 de 5 de junio de 2009 y el Decreto 1460 de 3 de julio de 2009, respectivamente, adolecen de los vicios de falsa motivación y expedición irregular lo que hace obligatorio su declaratoria de nulidad.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 6, 121, 122, 123, 209, 277 y 278.

Del Código Contencioso Administrativo, el artículo 84.

Del Decreto Ley 262 de 2000, los artículos 17, 89, 91, 92, 93, 94 y 132.

Del Decreto 1950 de 1973, los artículos 23, 34, 47, 58 y 59.

Al explicar el concepto de violación se expresan entre otras razones, las que a continuación resume la Sala:

Se refiere en primer lugar a que, el Procurador General de la Nación no podía encargar de sus funciones a la Viceprocuradora General de la Nación, como se advierte en los actos acusados, dado que el permiso del que disfrutó los días 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009 no daba lugar a la vacancia o ausencia temporal del empleo.

Se argumentó que, la Constitución Política y el Decreto 262 de 2000, a su turno, prevén la posibilidad de que la Viceprocuradora General de la Nación ejerza las funciones de Procurador General únicamente en caso de vacancia temporal o absoluta del referido cargo lo que, se repite, no sucedió entre el 1 y el 7 de julio de 2009.

Se sostuvo que, teniendo en cuenta que el acceso al ejercicio de la función pública es reglado, esto es, bajo la observancia de requisitos y formalidades establecidas por el constituyente y el legislador, no podía la Viceprocuradora General de la Nación acceder al desempeño de las funciones propias del cargo de Procurador General, sin que se hubiera probado una verdadera vacancia temporal o definitiva de este último cargo.

Se indicó que, el retiro del servicio del actor se produjo por fuera de los límites de la competencia que, en ese momento, la Constitución Política y la ley le asignaban a la Viceprocuradora General de la Nación, lo que en el caso concreto, da por probado el hecho de que tal decisión no tuvo origen en razones del servicio, como lo pretende hacer ver la parte demandada.

Concluyó la parte demandante que, lo expuesto deja en evidencia que la Procuraduría General de la Nación “montó toda una estratagema” para poder adelantar una desvinculación masiva de empleados en desmedro de sus derechos y prerrogativas laborales, entre ellas la estabilidad en el ejercicio de la función pública.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación contestó la demanda con los siguientes argumentos (fls. 155 a 164):

Sostuvo que, el hecho de que el Procurador General de la Nación en el caso concreto hubiera disfrutado de un permiso le permitía encargar de sus funciones a la Viceprocuradora General de la Nación, con el fin de evitar una afectación en el desarrollo de las funciones de suprema dirección del Ministerio Público.

Bajo estos supuestos, se argumentó que la Viceprocuradora General de la Nación, en su calidad de encargada del Despacho del Procurador General de la Nación, contaba con todas y cada una de las facultades que la Constitución Política y la ley le confieren al Procurador entre ellas la libre designación y remoción de empleados de la planta de personal de la referida entidad.

Se precisó que, el Decreto 262 de 2000 clasifica los empleos de la Procuraduría General de la Nación en cargos de carrera, de período y de libre nombramiento y remoción estos últimos referidos a los cargos de Procurador Judicial II, esto es, el que venía desempeñando el demandante.

Teniendo en cuenta lo anterior, se manifestó que la vinculación laboral del demandante bien podía darse por terminada en ejercicio de la facultad discrecional con que contaba el Procurador General de la Nación en el manejo de su personal, facultad que en el caso concreto podía ser ejercida por la Viceprocuradora General de la Nación en virtud al encargo de las funciones del Despacho del Procurador General de la Nación.

En este punto, manifestó la entidad demandada que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción el nominador en ejercicio de la facultad discrecional puede dar por terminado el vínculo laboral, existente entre la administración y un particular, sin necesidad de expresar las razones que lo llevaron a tomar dicha decisión dado que las mismas se presumen por causa del servicio.

Finalmente se indicó que, contrario a lo expresado por la parte demandante no existe en el proceso prueba directa o indicio que sugiera que los actos administrativos demandados adolecen de los vicios de falsa motivación y expedición irregular dado que, como se anunció, estos fueron adoptados por el funcionario competente en ejercicio de la facultad discrecional prevista por la ley.

LAS SENTENCIAS

El Tribunal Administrativo del Cesar mediante sentencia de 22 de noviembre de 2012 negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 414 a 438):

Manifestó que, de acuerdo a lo previsto en el Decreto 262 de 2000 el permiso, como situación de carácter administrativo, da lugar a la ausencia temporal del titular de un empleo público en la Procuraduría General de la Nación lo que, en la práctica, permite que sus funciones sean ejercidas por otro funcionario, a través del encargo, con el fin de evitar traumatismo en la prestación de los servicios públicos.

Se señaló que, en el caso concreto por expresa disposición del Decreto 262 de 2000 le correspondía a la Viceprocuradora General de la Nación, en ausencia temporal del Procurador General de la Nación, asumir mediante encargo las funciones de dirección del Ministerio Público, entre ellas la de manejo de personal.

Se concluye, bajo estos supuestos, que los actos administrativos demandados fueron expedidos por el Procurador General de la Nación y la Viceprocuradora General, respectivamente, en ejercicio de las funciones que constitucionalmente les están atribuidas, lo que mantiene incólume la presunción de legalidad de los mismos.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con las razones que continuación se resumen (fls. 440 a 456):

Consideró oportuno reiterar que, teniendo en cuenta que el permiso como situación administrativa no da lugar a la vacancia o la ausencia temporal del titular de un empleo público no resultaba procedente, en el caso concreto, encargar a la Viceprocuradora General de las funciones del Procurador General de la Nación mientras el titular del empleo, en este caso el Procurador General, se encontraba de permiso.

Se precisó que, para que pueda darse un encargo en virtud a lo dispuesto en el Decreto 262 de 2000 se requiere verificar la ausencia temporal o definitiva del titular del empleo, circunstancia que no se advierte en el caso concreto toda vez que el Procurador General de la Nación, contrario a lo expuesto por la parte demandada, nunca se separó de las funciones propias de su cargo.

En efecto, el hecho de que el Procurador General de la Nación en virtud al disfrute de un permiso se hubiera encontrado ausente de su sede de trabajo no significaba, per se, que se configurara una vacancia temporal o absoluta del referido cargo y, mucho menos, que hubiera lugar al encargo de la Viceprocuradora General de la Nación de sus funciones.

Se manifestó que, en la práctica, el hecho de que la Viceprocuradora General de la Nación hubiera declarado insubsistente el nombramiento del demandante permite advertir que en la práctica el Procurador General de la Nación delegó en ésta, de manera irregular, la facultad nominadora la cual de acuerdo a lo dispuesto en la ley y la jurisprudencia resulta indelegable.

Se argumentó que, la totalidad de las actuaciones de la administración pública deben ceñirse al principio de legalidad, esto es, al respeto por las disposiciones constitucionales y legales, que como en el caso concreto rigen las situaciones administrativas en la Procuraduría General de la Nación y el manejo de su personal conforme sus necesidades.

No obstante lo anterior, se advierte que la Viceprocuradora General de la Nación sin contar con la competencia funcional, necesaria para ello, declaró insubsistente el nombramiento del demandante, arrogándose una competencia que legal y constitucionalmente, está reservada exclusivamente al Procurador General de la Nación, lo anterior en abierta vulneración a sus derechos laborales.

En consideración a lo expuesto, la parte demandante solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

El problema jurídico

Se trata de determinar, si el permiso concedido al Procurador General de la Nación los días 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009 daba lugar a una ausencia temporal en su empleo y, en consecuencia, al encargo de la Viceprocuradora General de la Nación de las funciones propias del cargo de Procurador General, entre ellas la de remover a sus subalternos mediante la declaratoria de insubsistencia de sus nombramientos.

Los actos administrativos acusados

1. Resolución No. 176 de 5 de junio de 2009, por medio de la cual el Procurador General de la Nación encargó a la Viceprocuradora de las funciones del cargo de Procurador General de la Nación (fl. 11).

2. Decreto 1460 de 3 de julio de 2009 a través del cual la Viceprocuradora General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del señor Wilman de Jesús Maestre Sánchez como Procurador 176, Judicial II, Penal de Valledupar (fl. 9).

I. De las situaciones administrativas de carácter laboral en la Procuraduría General de la Nación.

Mediante Decreto 262 de 22 de febrero de 2000 el Presidente de la República modificó y reguló la estructura de la Procuraduría General de la Nación, el régimen de carrera y las distintas situaciones administrativas en que se pueden encontrar los servidores de dicha institución, entre otros aspectos.

El Título XII, Capítulo IV, de la norma en comento regula todo lo concerniente a las situaciones administrativas de carácter laboral de los servidores de la Procuraduría General que se encuentren prestando sus servicios o separados temporalmente de él.

Para mayor ilustración se transcriben los artículos 91 y 92 ibídem en los cuales, en primer lugar, se define qué debe entenderse por situación administrativa y, en segundo lugar, se enumeran las clases de situaciones administrativas:

“Artículo 91. DEFINICION. Las situaciones administrativas laborales son las diversas relaciones laborales que surgen entre los servidores públicos de la Procuraduría General y esta entidad, sea que se encuentren en servicio activo o que estén separados temporalmente de él.

ARTICULO 92. 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.”.

En lo que se refiere concretamente al permiso como situación de naturaleza laboral administrativa, debe decirse que el Capítulo VI de la referida norma, dedicado a regular la situación particular de los servidores separados temporalmente del servicio¹, en su artículo 132 consagra la posibilidad de reconocer a los funcionarios de la Procuraduría General permisos remunerados bajo las siguientes reglas:

“**ARTICULO 132. 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.”.

¹ “**ARTICULO 109. DEFINICION.** 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.”.

Teniendo en cuenta las normas transcritas, estima la Sala que dentro de las situaciones administrativas en que se pueden ver incurso los servidores de la Procuraduría General se encuentra el permiso, el cual, si bien no genera vacancia en el empleo, según se advierte en el Capítulo VI, del Título XII del Decreto 262 de 2000, si da lugar a la separación temporal del mismo. Esto último resulta lógico en la medida en que el titular del empleo, ante la necesidad de atender asuntos de carácter personal, se ve obligado a ausentarse de su sede de trabajo, bajo una causa justificada.

En este punto, la Sala no pasa por alto, que el mismo Decreto 262 de 2000 en su artículo 89 prevé el encargo como el mecanismo para asegurar el cumplimiento de las funciones de un empleo ante la ausencia temporal o definitiva de su titular. Bajo esta modalidad, debe decirse que, se designa a un servidor de libre nombramiento y remoción, en forma temporal, con el fin de que asuma parcial o totalmente el desarrollo de las funciones asignadas al cargo que experimenta la ausencia temporal de su titular.

Ausencia temporal, estima la Sala, que puede tener origen en las distintas situaciones administrativas previstas en el numeral 2 del artículo 92 ibídem, entre ellas la licencia ordinaria o por enfermedad; las vacaciones; la prestación del servicio militar obligatorio; la suspensión y el permiso, como quedó visto en precedencia.

Así se lee el referido artículo 89 del Decreto 262 de 2000:

“ARTICULO 89. 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.”.

El Despacho que sustancia la presente causa, ya ha tenido oportunidad de precisar las principales características del encargo, como forma de provisión de un empleo público, en los siguientes términos²:

“(…) Fluye de lo anterior, que son presupuestos de esta forma de proveer cargos [mediante encargo], la existencia de un empleo vacante y de un empleado público que asuma temporalmente las funciones inherentes a dicho cargo, requisitos que deben concurrir o ser concomitantes para que sea posible hablar de la figura del encargo, entendida como la designación temporal de 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.

El encargo recae preferencialmente en empleados de carrera que acrediten los requisitos de estudios, experiencia, idoneidad, aptitudes y habilidades para el desempeño del cargo, que no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y que su última evaluación sea satisfactoria. (…)

Concluyendo se tiene entonces que el encargo además de constituir una modalidad de provisión temporal de empleos, es una situación administrativa que permite el ejercicio de funciones públicas en forma parcial o total, es decir, el encargado puede asumir todas o algunas de las tareas propias del cargo, por vacancia definitiva o temporal de su titular.(…)”.

II. Del caso concreto

Sostiene el señor Wilman de Jesús Maestre Sánchez, a través de la presente acción contencioso administrativa, que los actos acusados resultan ilegales en la medida en que desconocen las reglas, constitucionales y legales, propias del ejercicio de la función pública, concretamente en lo que se refiere a las distintas situaciones administrativas en que se puede ver incurso un servidor público en la Procuraduría General de la Nación.

Precisó que, el hecho de que el Procurador General de la Nación hubiera disfrutado de un permiso los días 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009 no daba lugar a una ausencia temporal en el ejercicio de su cargo y, mucho menos, a que

² Sentencia de 14 de agosto de 2009. Rad. 2143-2007. Actor: José Joaquín Palma Vengoechea contra la Procuraduría General de la Nación. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

designara mediante encargo a la Viceprocuradora General de la Nación para que ésta última las funciones que la Constitución Política y la ley le conferían en forma exclusiva al Jefe del Ministerio Público.

Sobre este particular, advierte la Sala que en efecto mediante Resolución No. 176 de 5 de junio de 2009 el Procurador General de la Nación, en uso de sus facultades constitucionales y legales, se concedió permiso por los días 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009 y, así mismo, encargó de las funciones de Procurador General a la Viceprocuradora, durante los días antes señalados.

Así se advierte en la referida Resolución No. 176 de 2009:

“El Procurador General de la Nación

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, y

CONSIDERANDO:

Que el Procurador General de la Nación tiene derecho a premios remunerados en un mes por justa causa justificada, hasta por cinco (5) días;

Que el Doctor Alejandro Ordoñez Maldonado, Procurador General de la Nación, requiere disfrutar de permiso del 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Concédese permiso al Procurador General de la Nación, Doctor Alejandro Ordoñez Maldonado, del 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: Encárgase 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. (...).

El 3 de julio de 2009 la Viceprocuradora General, de la Nación encargada de las funciones del Despacho del Procurador General, a través del Decreto 1460, declaró insubsistente el nombramiento del señor Wilman de Jesús Maestre Sánchez como Procurador 176, Judicial II, Penal de Valledupar.

Para mayor ilustración se transcribe el contenido del referido Decreto 1460 de 2009:

“Por medio del cual se declarar insubsistente un nombramiento.

La Procuradora General de la Nación (E)

En ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales,

DECRETA:

ARTÍCULO PRIMERO: Declárase insubsistente el nombramiento de Wilman de Jesús Maestre Sánchez, (...) del cargo de Procurador 176 Judicial II Penal de Valledupar, código 3PJ, Grado EC. (...).”.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el acápite anterior, estima la Sala que en el caso concreto el hecho de que el Procurador General de la Nación, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, se hubiera concedido permiso por los días 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009 si daba lugar a una ausencia temporal tal y como lo prevé una interpretación armónica de los artículos 92, 109 y 132 del Decreto 262 de 2000.

En efecto, las referidas normas no sólo prevén como situación administrativa de carácter laboral el permiso, artículo 92 y 132, sino que expresamente señalan que dicha situación genera una ausencia temporal según se advierte desde el mismo epígrafe del Capítulo VI, “separados temporalmente del servicio”, del Título XII del Decreto 262 de 2000.

Lo anterior, resulta lógico si se observa que el disfrute de un permiso trae como consecuencia el retiro temporal del ejercicio del cargo, en el caso de funcionarios de la procuraduría hasta por 3 días, con el fin de que estos puedan atender los asuntos que dan lugar a la causa justificada que se invoca como motivo para su solicitud. En otras palabras, la concesión de un permiso a un servidor público implica la dejación en el cumplimiento de sus funciones, únicamente durante el término por el cual previamente se le ha autorizado para ello, sin que en ningún caso se configure la vacancia definitiva del cargo.

Bajo este supuesto, advierte la Sala la incidencia que el permiso, como situación administrativa de carácter laboral, trae para el normal desarrollo de las funciones que la constitución y la ley le asignan a una entidad pública, puesto que la ausencia del titular de un empleo, en principio, impediría que éstas se cumplieran a satisfacción. Empero, debe decirse que, en este sentido el derecho laboral y

administrativo han previsto la figura del encargo como la forma de proveer un empleo de manera temporal, esto es, mientras se supera la ausencia de su titular originada en cualquiera de las situaciones administrativas antes descritas.

Para el caso de la Procuraduría General de la Nación, tal previsión no resulta ajena en la medida en que como se observa en el artículo 89 del Decreto 262 de 2000 el encargo procede como la designación temporal que se haga de un servidor de libre nombramiento y remoción para que asuma total o parcialmente las funciones de otro empleo por la ausencia temporal de su titular.

Así las cosas, teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, estima la Sala que el hecho de que el Procurador General de la Nación, en el caso concreto, hubiera disfrutado de permiso los días 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009 dio lugar a una ausencia temporal la cual, de acuerdo a lo previsto en el artículo 89 ibídem, debía ser provista mediante el encargo. En este punto, debe precisarse que, en virtud a lo dispuesto por el artículo 17³ del Decreto 262 de 2000 le corresponde al Viceprocurador General de la Nación sumir las funciones del Procurador General ante sus ausencias temporales o absolutas.

Bajo estos supuestos, debía el Procurador General de la Nación encargar de sus funciones a la Viceprocuradora General, ante la falta temporal en el ejercicio de sus funciones, tal y como lo disponen los artículos 17 y 132 del Decreto 262 de 2000. Una interpretación en contrario, prohiaría la tesis de que ante la ausencia temporal del Procurador General de la Nación no habría lugar a proveer en forma transitoria dicho empleo lo que, sin duda alguna, traería consigo una grave afectación a los servicios que presta el Ministerio Público, toda vez que dicha entidad permanecería acéfala hasta tanto el Procurador General de la Nación reasumiera sus funciones esto, como en el caso concreto, al término del permiso que disfrutaba.

Sobre este particular la Sala, en sentencia de 2 de mayo de 2013. Rad. 2458-2012 M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, al resolver un asunto con identidad de supuestos fácticos y jurídicos al que hoy ocupa su atención sostuvo:

³ *“ARTICULO 17. FUNCIONES DEL VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACION. El Viceprocurador General tiene las siguientes funciones:*

1. Actuar ante las autoridades públicas, en las actividades oficiales que le encargue el Procurador General de la Nación.

2. Asumir las funciones del Procurador General en sus ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona el nuevo titular. (...).”

“(…) 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 1973, 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. (…)

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.

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 este punto, la Sala no comparte el argumento del actor según el cual la Resolución No. 176 de 2009 no contiene, en estricto sentido, un encargo de funciones sino la delegación que de éstas hizo el Procurador General de la Nación a la Viceprocuradora General los días 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009 toda vez que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación⁴, la delegación de funciones es una técnica de manejo administrativo que supone el traslado de determinada competencia en favor de otro órgano de la administración, mediante acto escrito, revocable, susceptible de recursos en vía gubernativa y sin que ello implique la pérdida de la titularidad de la función para el delegante, a diferencia del encargo, cuya naturaleza responde a la de una modalidad de provisión temporal de empleos, que permite el ejercicio total o parcial de las funciones asignadas a un cargo durante la ausencia de su titular.

Sobre este particular, concluye la Sala que la delegación de funciones administrativas y el encargo son dos figuras o instituciones jurídicas distintas que obedecen a necesidades puntuales que llevan a la administración de una parte a transferir el ejercicio de una función concreta en otra autoridad, delegación administrativa o, como en el caso bajo examen, proveer un empleo en forma temporal, bajo encargo, mientras su titular lo reasume.

De acuerdo a las consideraciones que anteceden, estima la Sala que bien podía el Procurador General de la Nación encargar de sus funciones a la Viceprocuradora General durante los días 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009, con el fin de garantizar el cumplimiento de las mismas durante su ausencia temporal, lo anterior en aplicación de los artículos 17, 89, 92 y 132 del Decreto 262 de 2000.

Así las cosas, en virtud del citado encargo la Viceprocuradora General contaba con la posibilidad de ejercer la facultad discrecional, que la ley le confiere al Procurador General de la Nación, para remover a los empleados de libre

⁴Ver sentencia de 26 de septiembre de 2013. Rad. 1044-2012. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

nombramiento y remoción como era el caso del demandante quien para la época se venía desempeñando como Procurador 176, Judicial II, Penal de Valledupar⁵.

Finalmente en lo que se refiere a la supuesta desviación de poder en la decisión de retiro del servicio del actor considera la Sala que cuando se impugna un acto de esta naturaleza, alegando que en su expedición no mediaron razones de mejorar el servicio, es indispensable para desvirtuar la aludida presunción, aducir y allegar la prueba que así lo demuestre.

Así, se deben concretar y probar los motivos distintos a la buena marcha de la administración que determinan la expedición del acto de insubsistencia; de lo contrario, se llegaría al extremo de juzgar con base en meras apreciaciones subjetivas, lo cual no es posible, toda vez que por disposición legal, toda decisión judicial debe estar fundada en la prueba regular y oportunamente allegada al proceso.

La apreciación de los medios de prueba exige que el juzgador pueda lograr un nivel de convicción sobre la desviación de poder, de manera que el juicio de probabilidad que construya permita arribar a conclusiones razonables. Estas, desde luego, requieren que dicho juicio de probabilidad se funde en elementos fácticos de los cuales se pueda inferir que la administración se desvió de los propósitos que planteó la ley, cuando confirió a la autoridad el ejercicio de la facultad discrecional.

Así las cosas, no figura dentro del acervo probatorio medio de convicción alguno que permita evidenciar que la Viceprocuradora General de la Nación, encargada de las funciones del Despacho del Procurador General, hubiera incurrido en desviación de poder al declarar insubsistente el nombramiento del señor Wilman de Jesús Maestre Sánchez, como Procurador 176, Judicial II, Penal de Valledupar.

En este orden de ideas, la Sala encuentra acertada la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Cesar, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, al estimar que el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados.

⁵ Con ocasión del examen de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional en sentencia C-101 de 28 de febrero de 2013, se considera que los cargos de Procurador Judicial hacen parte del sistema de la carrera de la Procuraduría General de la Nación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 22 de noviembre de 2012 proferida el Tribunal Administrativo del Cesar mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por Wilman de Jesús Maestre Sánchez contra la Nación, Procuraduría General de la Nación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE
DE PÁEZ

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ