

ENCARGO – Regulación legal / REMUNERACION –Tiene derecho al sueldo asignado el empleo que desempeña temporalmente

En vista de lo anterior, puede definirse, el encargo como la designación que hace el titular que tiene dicha función administrativa de manera temporal a un empleado para que asuma total o parcialmente las funciones propias de un empleo diferente a aquél para el cual fue nombrado, con la posibilidad de continuar con las propias del empleo titular, ya sea para ausencia o vacancia temporal o definitiva. Nótese que en el Decreto 2400 de 1968 no se hablaba de vacancia sino de ausencia. Sólo hasta el Decreto 1950 de 1973, se asumió el término vacancia. Ahora bien, cuando se trate de vacancia temporal el encargo se confiere transitoriamente, por su tiempo de duración. En cuanto a la remuneración a que tiene derecho un servidor público encargado de otro empleo, el artículo 37 del Decreto 1950 de 1973 indicó, de igual manera, que el empleado encargado tendrá derecho al sueldo asignado al empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2400 DE 1968 – ARTICULO 23 / decreto 1950 de 1973 / LEY 344 DE 1996 – ARTICULO 18 / DECRETO 262 DE 2000

VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACION – Asume las funciones del Procurador General de la Nación en ausencias temporales o absolutas / COMISION ESPECIAL – Procurador General de la Nación / COMISION ESPECIAL – Situación administrativa del servicio activo

De acuerdo a lo anterior, en efecto se tiene que si el Procurador General de la Nación, funcionario de periodo fijo, como supremo director del Ministerio Público, a quien según voces del artículo 277.2 de la C.P. le corresponde proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad e hizo uso de la figura conocida como **comisión especial** para poder asistir ante Organismos Internacionales con el fin de hacer conocer precisamente *“el programa referente a la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos, laborales, humanitarios y de salud de interés para la Entidad”*, es apenas obvio que debía permanecer en servicio activo para el cumplimiento de una de sus funciones en el exterior. Es así que no existió un desprendimiento total de las obligaciones como erróneamente concibe el recurrente, sino que se ausentó del país, en cumplimiento de una de las más caras misiones por las que debe propender el Jefe de la mencionada entidad. Como se vio, tal figura de comisión especial no goza de ninguna clasificación según el Decreto 262 de 2000, ya sea para determinarla como vacancia o como ausencia, punto de la controversia a partir de la cual sustenta la apelante su discurso frente a la causal de incompetencia; empero, es apenas obvio que la salida del país del Procurador General de la Nación en comisión especial se trata de situación administrativa del servicio activo, que se realiza con un objetivo, pero que impide para el mismo funcionario continuar en el normal desarrollo de todas y cada una de las obligaciones que le impone el ordenamiento jurídico como si continuará en el país, pues es evidente que se produce una ausencia en el servicio que para este caso fue temporal. Tal circunstancia por sí misma no puede interrumpir el normal desarrollo de la entidad, situación para la que el artículo 17 del Decreto 262 de 2000 ha dispuesto en su numeral 2° una previsión cardinal de carácter eminentemente tutelar, dispone que corresponde al Viceprocurador General de la Nación *“Asumir las funciones del Procurador General en sus ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona el nuevo titular”*. Nótese que la norma únicamente diferencia entre ausencias temporales y definitivas, éstas últimas en las que el Viceprocurador debe continuar en el

desarrollo de las funciones de Procurador General de la Nación hasta que se efectúe la posesión del nuevo titular. Si la ausencia es temporal, consecuencia apenas lógica es que no existirá la posesión de un nuevo titular, contrario a la tesis que plantea el apelante.

ENCARGO – Desprendimiento parcial y temporal de funciones / VICEPROCURADORA – No es viable jurídicamente posesionarla en el cargo de Procurador General de la Nación / PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN – Funciones

Finalmente valga indicar, que en el caso que se analiza, la Viceprocuradora General de la Nación asumió en encargo temporal y parcial, las funciones de Procurador General de la Nación, situación que como se dijo ocurrió por la necesidad de la asistencia del citado funcionario ante organismos extranjeros, en cumplimiento de una de las funciones que le imprime a su cargo la misma Constitución Nacional. Por ello, al no darse el desprendimiento total de funciones, es evidente que, jurídicamente no es viable posesionar a la Viceprocuradora para el ejercicio parcial de funciones, como lo disponen los artículos 46 a 53 del Decreto 1950 de 1973, presupuesto que como se deduce no era necesario en este caso, pues ha quedado claro que no hubo desprendimiento total sino parcial y temporal de las funciones de Procurador General de la Nación. Ahora bien, frente al argumento de apelación según el cual radica de manera exclusiva en el Procurador General de la Nación la función de nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia atendiendo a lo señalado en el numeral 6°, artículo 278 de la Constitución Política, valga recordar que el Ministerio Público, que cuenta con el Procurador General de la Nación como su Supremo Director, de conformidad con lo señalado en el artículo 275 de la Carta Política, tiene tres funciones básicas en el orden constitucional vigente, como son, la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. (...) Por ello, en tanto que como ha quedado ampliamente analizado, al producirse una ausencia temporal del Procurador, al acudir en comisión especial ante organismos extranjeros con el fin de dar cumplimiento a una de las funciones que precisamente le impone la Constitución, era válido que la Viceprocuradora asumiera las funciones de las cuales se desprendió el titular, atendiendo esencialmente al carácter previsivo de la norma, que propende por el normal desenvolvimiento de la entidad de cara a las ausencias de su titular, en atención a que la misma norma no impuso ninguna restricción frente a las funciones a asumir. Aceptar la tesis de la actora, haría inviable la aplicación de la previsión contenida en el artículo 6° del Decreto 262 de 2000, que señala que en caso de falta absoluta del Procurador General de la Nación, se procederá a nueva elección, y que mientras se realiza ésta y la posesión, el Viceprocurador ejercerá como Procurador General de la Nación. De igual manera, tampoco permitiría que el Viceprocurador reemplazara al Procurador General en caso de impedimentos (Art. 17.3 Decreto 262 de 2000) aún en tratándose de rendir concepto en los procesos de constitucionalidad, función también contemplada en el numeral 5° del artículo 278 constitucional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 277 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 278 / DECRETO 262 DE 2000

PROCURADORA JUDICIAL – Insubsistencia / PROCURADORA JUDICIAL – Cargo de libre nombramiento y remoción hasta la declaratoria de inexequibilidad de la sentencia C-101 de 2013 / CARGO DE CARRERA –

Procurador judicial – INSUBSISTENCIA – Retiro del servicio

Como se aprecia, en la parte resolutive no se indicó orden alguna en particular acerca de los efectos en el tiempo de la mencionada providencia. Por ello, considera ésta Sala que a efectos de los principios de eficacia de la justicia y de seguridad jurídica, debe atenderse al tenor del artículo 45 de la Ley 270 de 1996. Así pues, la declaratoria de inexecutable de la norma que le había servido de fundamento a la entidad, para considerar al mencionado cargo como de libre nombramiento y remoción rige hacia el futuro, salvo que la misma providencia determine lo contrario, criterio que no sólo está fundado en el principio de la presunción de legalidad, de respeto por los efectos que ya surtió la ley y por las situaciones establecidas bajo su vigencia, sino también, se repite, por el principio de seguridad jurídica, máxime cuando existía un pronunciamiento de constitucionalidad precisamente sobre el mismo aparte normativo. Ahora bien, en lo que atañe a esta controversia, debe recordarse que es el artículo 158 del Decreto Ley 262 de 2000 el que establece el retiro definitivo de los servidores de la Procuraduría General de la Nación mediante la inexecutable discrecional del nombramiento. A su vez, el artículo 165 ibídem definió el acto de inexecutable como aquella decisión que se produce en ejercicio de la facultad discrecional para remover a un servidor de la entidad que esté ocupando un cargo de libre nombramiento y remoción, y contra el cual no procede recurso alguno. 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.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00638-01(0224-13)

Actor: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

Demandado: NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

APELACIÓN SENTENCIA- AUTORIDADES NACIONALES

I. ANTECEDENTES.

1. LA ACCIÓN.

Conoce la Sala, del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia de 31 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección - Segunda - Subsección "F" – Sala de Descongestión, que negó las pretensiones de la demanda, instaurada por la señora CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO, en contra de la Nación - Procuraduría General de la Nación.

2. PRETENSIONES.

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda ante el *a quo* a fin de obtener como **pretensiones principales y subsidiarias**, en síntesis, las siguientes:

- **Declarativas principales:**

1. La nulidad del artículo 3° de la parte resolutive de la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009, proferida por el Procurador General de la Nación, que encargó a la señora Martha Isabel Castañeda, Viceprocuradora General de la Nación, de las funciones de aquel.

2. La nulidad del Decreto 1279 de 30 de junio de 2009, proferida por la Procuradora General de la Nación (E) Martha Castañeda, que declaró insubsistente el nombramiento del cargo de Procuradora Tercera Judicial II Administrativo de Bogotá, Código 3 PJ, Grado EC, que desempeñaba la actora.

- **Declarativas subsidiarias uno:**

1. Se inaplique por inconstitucionalidad e ilegalidad el artículo 3° de la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009, relacionada en precedencia.

2. Se declare la nulidad del Decreto 1279 de 30 de junio de 2009, proferida por la

Procuradora General de la Nación (E) Martha Castañeda, que declaró insubsistente el nombramiento del cargo desempeñado por la actora.

- **Declarativas subsidiarias dos:**

1. Se declare que el artículo 3° de la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009 contiene un acto de delegación de funciones de conformidad con lo señalado por el artículo 277 de la Constitución Política de Colombia en concordancia con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 7° del Decreto 262 de 2000.

2. Se declare la nulidad del Decreto 1279 de 30 de junio de 2009, ya relacionado.

Restablecimiento del derecho común a las pretensiones declarativas.

Solicitó se condene a la Procuraduría General de la Nación a:

- Efectuar el reintegro de la demandante al mismo cargo que desempeñaba o a otro de similar o superior categoría.
- El pago de todos los salarios, primas, bonificaciones, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de devengar, desde la fecha de su retiro y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro al servicio, dando cumplimiento a lo señalado en los artículos 176 y 178 del C.C.A.
- Se reconozca y ordene el pago de los aportes a la seguridad social a fin de mantener la continuidad en el sistema de pensiones y salud. Que tales pagos se efectúen de conformidad con lo señalado por el artículo 178 del C.C.A., y se de aplicación del artículo 176 del C.C.A.
- Se declare que los pagos que se produzcan no constituyen una doble asignación proveniente del tesoro público por tratarse de una indemnización que debe mantener su intangibilidad y que no se efectúe sobre el mismo ninguna deducción.
- El pago de los perjuicios morales causados como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en el cargo que venía

desempeñando como Procuradora Judicial II Administrativa y que de declare que entre la fecha de retiro y el reintegro no ha existido solución de continuidad.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

Relató la demandante que participó en convocatoria pública para proveer los cargos de Procuradores Judiciales II en materia administrativa, que hiciera la Procuraduría General de la Nación, en el que ocupó el 5° lugar a nivel nacional.

Que sin necesidad de recomendación política o de otra índole, mediante el Decreto 0818 de 17 de noviembre de 2000 fue nombrada como Procuradora 44 Judicial Administrativa con sede en la ciudad de Sincelejo, donde permaneció por 7 años y medio, es decir, hasta el mes de junio de 2008 y que estando allí solicitó en numerosas ocasiones su traslado a la ciudad de Bogotá.

Relató, que en el desarrollo de su labor en Sincelejo cumplió un excelente trabajo, y fue designada por el Procurador General de la Nación como encargada de las Procuradurías Judiciales ante la vacancia de los cargos de Procuraduría I en lo Penal de Magangué, Procuraduría II de la Familia en Sincelejo y la Procuraduría II en lo ambiental y agraria en la ciudad de Sincelejo. Que además, cumplió agencias especiales con gran resultado, y las conciliaciones extrajudiciales en materia administrativa, dirigiendo con solvencia y propiedad todo tipo de actuaciones.

Que para el año 2008, como resultado de la evaluación a la gestión, el Procurador General de la Nación, mediante Oficio No. 411 del 29 de abril de 2008, exaltó su labor conjuntamente con la de otros procuradores judiciales por haber superado los índices esperados.

Dijo, que la demandante además de ser abogada cuenta con 5 especializaciones; en derecho comercial, legislación financiera, derecho administrativo, función pública y derecho constitucional y parlamentario; que participó en el concurso de

méritos para proveer los empleos de magistrado de Tribunal Administrativo, entre los años 2004 y 2005 y que ha realizado numerosos seminarios, diplomados y cursos de actualización y que la constante en su vida fue el mérito para el ingreso y permanencia en la función pública al punto que hoy es magistrada en propiedad de Tribunal Administrativo¹.

Agregó, que luego de varias solicitudes, mediante Decreto 1351 de 29 de mayo de 2008 fue nombrada como Procuradora Tercera Judicial II Administrativa de Bogotá, Código 3PJ Grado EC, asignada ante la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, tomó posesión del cargo el 16 de junio de 2008, asumiendo sus funciones hasta el 7 de julio de 2009, fecha en la que mediante Decreto 1279 de 30 de junio de 2009, fue declarado insubsistente su nombramiento, por la Dra. Martha Castañeda, decisión que le fue comunicada el 7 de julio de 2009, según Oficio 2891 de 3 de julio, con retiro efectivo de 15 de julio del mismo año.

Indicó, que la mencionada decisión es violatoria de su derecho al debido proceso, desconoce sus antecedentes laborales y desempeño; además, que no se menciona cual fue el fundamento constitucional y legal por el que la señora Martha Castañeda fue encargada como Procuradora General de la Nación.

Que a través de derecho de petición de 19 de agosto de 2009 y del cual se obtuvo respuesta el 15 de septiembre de 2009, por Oficio No. 4585, suscrito por el Secretario General, se conoció que el Procurador General de la Nación expidió la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009, fundamento para que se expidiera la insubsistencia de la demandante, cuando el artículo 278, numeral 6° de la Constitución Política señala que se trata de competencia exclusiva del Procurador General de la Nación.

Que el Procurador se concedió comisión especial de servicios a las ciudades de Ginebra –Suiza- y Praga -República Checa-, del 19 al 30 de junio de 2009, para visitar organismos internacionales con el fin de hacer conocer el programa

¹ Folio 382.

referente a la promoción y defensa de los derechos humanos, laborales, humanitarios y de salud de interés para la entidad. Que dicho acto viola la Constitución y la ley y que por ende, al fundarse en éste, el acto de insubsistencia es ilegal por consecuencia.

Dijo que si bien ambos actos son independientes, constituyen un acto complejo que trae como consecuencia que la ilegalidad del artículo 3° de la Resolución 161 de 27 de mayo de 2009, conduzca a la ilegalidad por consecuencia del segundo, es decir, a la declaratoria de nulidad del acto de insubsistencia. Que al no darse los presupuestos legales de la provisión de un cargo por encargo, tampoco existe la competencia para la expedición del acto de insubsistencia, en tanto las funciones de nominación y remoción son indelegables, pues la comisión especial o de servicios no lo desvinculó del servicio activo ni produjo la vacancia temporal del empleo de Procurador General de la Nación.

Que la Viceprocuradora General de la Nación no tomó posesión del cargo para ejercer las funciones señaladas, por cuanto estaba efectuándose una delegación de funciones y, porque el señor Procurador General de la Nación continuó en servicio activo como se dejó señalado en el artículo 2° de la señalada resolución.

4. CAUSA PETENDI DE NULIDAD.

Consideró, que el artículo 3° de la Resolución No. 161 de 26 de mayo de 2009, era violatorio de la Constitución Política en sus artículos 6, 121, 122; del Decreto 262 de 2000, artículos 7, numeral 5° y párrafo y los artículos 17 numeral 2°, 89, 91, 92, 93, 94, 105 y 109; del Decreto 1950 de 1973, los artículos 23, 34, 47, 58, 59 y 75, por incurrir en error de derecho por violación directa a la ley, en tanto que no se efectuó la figura del encargo sino de una delegación de funciones pues el Procurador General de la Nación siempre se mantuvo en servicio activo y no hubo una separación del ejercicio del cargo, por lo que no era posible que se diera el encargo de sus propias funciones a otra funcionaria como la Viceprocuradora, la cual solo puede ejercer como Procuradora General de la Nación ante la vacancia temporal y absoluta del empleo de Procurador General de la Nación.

Indicó, que pese a que los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación se rigen por el Decreto 262 de 2000, las normas generales de la función pública, contenidas en los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973, 1042 de 1978 son de carácter supletivo y que se aplican de manera analógica.

Expresó, que el cargo de Procurador General de la Nación es de rango constitucional -Art. 275 de la C.P.- y el de Viceprocuradora General de la Nación, de rango legal -Art. 17, Decreto Ley 262 de 2000- y que para todos los tipos de empleo, el Decreto 262 de 2000 define los requisitos que deben cumplir quienes aspiren a ocuparlos, así como sus funciones y sus competencias.

Dijo, que el Decreto 262 de 2000, señala las funciones a cumplir por parte del Procurador General de la Nación que en su artículo 7°, parágrafo, señala que ejercerá directamente las funciones que le otorga el artículo 278 de la Constitución Política y, las señaladas en el artículo 277 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 el decreto.

Que para el cargo de Viceprocurador General de la Nación, el numeral 2° del artículo 17 del Decreto 262 de 2000, señala que debe asumir las funciones del Procurador General de la Nación en sus ausencias temporales o absolutas mientras se posesiona el nuevo titular.

Añadió que durante el tiempo en que el señor Procurador General de la Nación disfrutó de la comisión especial se encontraba para todos los efectos legales de servicio activo, es decir, ejerciendo sus funciones de representación de la Procuraduría General de la Nación ante organismos internacionales, acorde con lo señalado por el Decreto 262 de 2000, artículo 7° numeral 1°; que no hubo desprendimiento de sus funciones, conforme al artículo 92 numeral 1°, 1.2 y 1.5. del Decreto 262 de 2000, cuando al señalar las situaciones administrativas laborales que se pueden presentar al interior de la Procuraduría General de la Nación señala las

que tienen operancia en servicio, entre las que se cuenta la comisión de servicios y/o comisión especial.

Que el artículo 93 del Decreto 262 de 2000, en concordancia con el artículo 59 del Decreto 1950 de 1973, indica que se encuentran en servicio activo los servidores públicos cuando ejercen las funciones del empleo para el cual han tomado posesión.

Que por tanto, al hacer uso de la figura de la comisión especial o de servicios se entiende que se encuentra en servicio activo y al no existir vacancia temporal del cargo, no era posible que se produjera el encargo de funciones como se efectuó en el numeral 3° de la Resolución No. 161 de 26 de mayo de 2009.

Agregó que se incurre en error de derecho por falsa interpretación y aplicación indebida de los artículos 89, 105 y 109 del Decreto 262 de 2000, los artículos 34 y 75 del Decreto 1950 de 1973 y de los artículos 1° y 2° de la Resolución No. 161 de 2009.

Indicó, que la demandada, conociendo que la comisión especial que se otorgó en la resolución en cita no producía ausencia o vacancia temporal en el ejercicio del que es titular el Procurador General de la Nación, efectuó un encargo que no era viable jurídicamente, pues el Procurador continuó en servicio activo.

Que de igual manera, el artículo 94 del Decreto 262 de 2000, en concordancia con el artículo 75 del Decreto 1950 de 1973, precisa que las comisiones de los empleados se otorgan para cumplir funciones propias del cargo en lugares diferentes a la sede habitual o de atender transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo del que se es titular.

Que aplicando las disposiciones anteriores al caso concreto, se tiene que el encargo al interior de la Procuraduría General de la Nación solo tiene cabida cuando se designa temporalmente a un servidor de la Procuraduría General de la Nación 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.

Consideró que el Decreto 1279 de 30 de junio de 2009, incurría en los vicios de (i) incompetencia constitucional y legal previa del funcionario que lo expidió; (ii) desviación de poder en el ejercicio de la facultad discrecional y (iii) expedición irregular del acto. Que es violatorio de la Constitución Política en sus artículos 6, 121, 122, 277 y 278, numeral 6°; del Decreto 262 de 2000, numeral 5° e inciso 1° del parágrafo del artículo 7°; artículo 17 numeral 2, 89, 91, 92, 93, 94, 105 y 109; del Decreto 1950 de 1973, los artículos 23, 34, 47, 58, 59 y 75 y del C.C.A. el artículo 84.

Precisó que el acto demandado incurre en la causal de falta de competencia constitucional y legal del funcionario que lo expidió, al tener como soporte la existencia de una causal de nulidad insalvable atendiendo al acto de encargo de la funcionaria que lo expidió. Que no hay duda que para la validez de un acto administrativo se debe tener en cuenta la capacidad jurídica de la entidad o persona que lo profiere y que se desconoce la competencia prevista en el numeral 5° del artículo 7° del Decreto 262 de 2000, que dispone que el Procurador ejercerá directamente las funciones señaladas en el artículo 278 de la Constitución Política, entre las que se cuenta la de nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia y que no es susceptible de delegación.

Reiteró que el Procurador General de la Nación nunca se despojó de sus funciones constitucionales y legales sino que está probado que en uso de la comisión especial continuó en ejercicio activo; que no era viable el encargo en los términos que prevé el numeral 2° del artículo 17 del Decreto 262 de 2000. Que es evidente la conexidad existente entre el acto mediante el cual se dispuso la insubsistencia y aquel por el cual se adoptó el supuesto encargo que hacen que en una sola demanda y en acción de nulidad y restablecimiento del derecho sea posible impetrar la nulidad parcial y con efectos interpartes del acto que produjo el encargo.

Indicó, que el acto demandado incurre en desviación de poder en el ejercicio de la

facultad discrecional, pues luego de 8 años y medio en el ejercicio del cargo y de haberse vinculado a través de un proceso de selección no tuvo como causa la necesidad ni el mejoramiento del servicio sino que se ejerció en forma abusiva y arbitraria y en aras de satisfacer intereses personales.

Reiteró sus aseveraciones frente al desconocimiento de los antecedentes de la hoja de vida, el puntaje obtenido en el proceso de selección, las evaluaciones de servicio, su participación activa en el tema de la consolidación de la conciliación extrajudicial y que no se atendió al mejoramiento del servicio pues la actora se encontraba en lista de elegibles para la provisión del cargo de magistrado de Tribunal Administrativo. Que de la simple comparación de la hoja de vida de la persona que reemplazó a la demandante surge la mayor preparación, experiencia e idoneidad de la actora.

Que además durante el corto tiempo en que duró el “*encargo*” de la funcionaria que expidió el acto demandado, del 19 al 30 de junio de 2009, se expidieron más de 30 actos de insubsistencias de nombramientos de Procuradores Judiciales a nivel nacional.

Señaló que la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009, no fue publicada en el diario oficial de conformidad con lo ordenado por el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo y el Decreto 2150 de 1995, artículo 95.

En cuanto a sus pretensiones subsidiarias, indicó que debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad contenida en el artículo 4° de la Carta Política en tanto que el Procurador General de la Nación procedió a expedir la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009, artículo tercero, como si no existieran los artículos 4, 121, 122, 277, 278, numeral 6° y 279; del Decreto 262 de 2000, numeral 5° e inciso 1° del párrafo del artículo 7°; artículo 17 numeral 2°, 89, 91, 92, 93, 94, 105 y 109; del Decreto 1950 de 1973, los artículos 23, 34, 47, 58, 59 y 75.

Insistió en que el artículo 3° del acto demandado se encuentra en contravía con las disposiciones constitucionales citadas, al no haberse producido la vacancia temporal del cargo para haber efectuado la figura del encargo de las funciones propias del

Procurador con lo cual además se viola el artículo 128 constitucional. Que la comisión especial de servicios de la cual estaba haciendo uso el titular del Ministerio Público no lo desvinculó de su cargo, al continuar en servicio activo.

Frente a la pretensión segunda subsidiaria, correspondiente a declarar la nulidad del Decreto 1275 de 30 de junio de 2009, expedido por la Procuradora General de la Nación (E), dijo que incurre en violación de las normas señaladas como violadas con los mismos argumentos esgrimidos frente al cargo de incompetencia material del funcionario que lo expidió. Que por ende, de la inaplicación por inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 3° de la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009 se debe decretar la nulidad por consecuencia del Decreto 1279 de 30 de junio de 2009.

Finalmente en cuanto a la pretensión correspondiente a declarar que el acto administrativo contenido en el artículo 3° de la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009, no contiene un acto de encargo sino de delegación de funciones, retomó el tema de la incompetencia de la mencionada funcionaria para la expedición del acto de declaratoria de insubsistencia, atendiendo a que la comisión especial concedida en el mismo acto al Procurador General de la Nación no le desvinculó del servicio y por tanto era a él a quien le correspondía ejercer la función de remoción de la funcionaria, la cual se trata de una facultad indelegable que se radica directamente en cabeza del Procurador General de la Nación.

Insistió además en la necesidad de tomar posesión del cargo, pero que como en este caso se trató de una comisión especial y el Procurador General de la Nación continuaba en servicio activo, no se despojó de sus funciones constitucionales y legales. Que al tratarse de un acto de delegación de funciones conlleva decretar la nulidad del Decreto de insubsistencia No. 1279 de 30 de junio de 2009, expedido por la Procuradora General de la Nación encargada.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La Nación - Procuraduría General de la Nación dio contestación a la demanda a

través de apoderada judicial en escrito de oposición a las pretensiones².

Consideró la apoderada que el demandante no agotó en debida forma el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, pues la solicitud de conciliación efectuada se refirió al artículo 3° de Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009 y que por ello, las demás pretensiones de inaplicación o declaratoria de nulidad del artículo 3° de Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009, no fueron objeto de estudio al interior del Comité de Conciliación de la Procuraduría General de la Nación.

Dijo que los actos demandados se encuentran amparados por el principio de legalidad y que de acuerdo a lo señalado por el artículo 17, numeral 2° del Decreto Ley 262 de 2000, la Viceprocuradora General de la Nación debió asumir las funciones del Procurador General en sus ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona el nuevo titular.

Añadió, que si los cargos de Procurador Judicial son de libre nombramiento y remoción, al tenor del artículo 182 numeral 2° inciso 11 del Decreto Ley 262 de 2000, era lógico que de conformidad con el artículo 278 numeral 6° de la Carta, en armonía con los artículos 158 numeral 3° y 165 de dicho decreto se ejerciera discrecionalmente tal atribución. Que si el Procurador General de la Nación hubiera advertido que dicha insubsistencia no era procedente, podía revocar la decisión, lo que no sucedió.

Que, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado se tiene que el retiro del servicio de un funcionario de libre nombramiento y remoción puede darse sin necesidad de mediar motivación alguna por cuanto la discrecionalidad se presume inspirada en el buen servicio.

Frente al argumento de desmejoramiento del servicio por la designación de la señora Claudia Eliza Garzón Soler en reemplazo de la actora, añadió que se trata

² Folios 472-492

de una profesional del derecho con especialización y una amplia experiencia en el desempeño de su profesión por más de 10 años, que cumple con los requisitos señalados en el perfil para ese tipo de cargos, y que si un profesional reúne los requisitos mínimos exigidos por la ley, está en igualdad de condiciones para desempeñar cualquier cargo público; que de no entenderse así se estaría vulnerando el derecho constitucional a la igualdad ante la ley si se coartara la facultad del nominador de ejercer de manera libre dicha facultad.

En cuanto a la supuesta desviación de las atribuciones propias del Procurador General de la Nación, porque no se tuvo en cuenta el excelente desempeño de la actora, dijo que la idoneidad, la honestidad y la eficiencia en el ejercicio del cargo son condiciones que deben caracterizar sin excepción a todos los servidores públicos y que ellas por sí solas no confieren estabilidad laboral. Que no se configura la falsa motivación en tanto que corresponde la carga de la prueba al demandante y que en éste caso de la hoja del servicio de la señora Claudia Garzón Soler se advierte que las calidades para el desempeño del cargo están acreditadas.

En cuanto a la competencia de la Viceprocuradora General de la Nación, dijo que el artículo 17, numeral 2° del Decreto Ley 262 de 2000 señala que le corresponde asumir las funciones de Procurador General de la Nación, en ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona su titular. Que la interpretación que la accionante da a la norma es restringida. Que no se trata de una delegación de funciones en cuanto a las responsabilidades que le confiere el orden jurídico, como las de asumir las funciones que le corresponden al Procurador General de la Nación, dentro de las cuales se encuentran las referidas en el numeral 6° del artículo 278 de la Carta en armonía con el artículo 165 del Decreto Ley 262 de 2000.

Que los elementos de ausencia temporal y ausencia absoluta no deben confundirse con los conceptos de vacancia temporal y de vacancia absoluta del ejercicio del cargo. Que si dicha ausencia es transitoria, por mandato normativo, debe asumir el cargo de Procurador quien ostente el de Viceprocurador. Que el hecho de que el Procurador le haya asignado a la Viceprocuradora el encargo de

funciones de Procurador, ratifica el texto del artículo 17 numeral 2° del Decreto 262 de 2000.

Que el concepto de ausencias temporales comprende no solo las vacaciones injustificadas, sino otro tipo de ausencias que puede llegar a tener determinado servidor público, como pueden ser las originadas en situaciones laborales como la comisión de servicios o de estudios o en los permisos o licencias, regulados por el artículo 166 numeral 2° del Decreto 262 de 2000 y concordantes.

Que por una ausencia transitoria no se puede paralizar la misión institucional que le asiste a tal despacho, de ahí que se considere que lo pretendido por el accionante es restringir indebidamente el alcance del texto contenido en el artículo 17, numeral 2° del Decreto 262 de 2000.

Que por ello, la ausencia temporal así sea justificada, no puede implicar la imposibilidad de continuar atendiendo las funciones que le asiste atender razón para la que la ley le confiere al despacho del Viceprocurador la atribución de asumir sus funciones, mientras dura la ausencia temporal del Procurador, que igualmente se puede presentar, si existiere una causal de ausencia definitiva.

Que además, todas las entidades estatales incluyendo la Presidencia de la República establecen la forma de reemplazar al titular cuando deba ausentarse y en el caso de la Procuraduría, corresponde al Viceprocurador, cuando el Procurador deba ausentarse temporal o absolutamente y que por tanto está en capacidad de cumplir las funciones que le asisten al titular del despacho.

Que ninguna de las afirmaciones del presunto desvío de poder o ausencia de necesidades del servicio, se soportan en pruebas, aunque se afirma la producción de más de 30 insubsistencias, lo que no implica que no se hayan atendido las reglas de competencia y que dichos movimientos no hayan sido efectuados por necesidades del servicio.

Indicó, que la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009, se trata de un acto particular y por tanto no requiere de publicidad en el diario oficial. Que los actos que requieren de publicidad tal medio, al tenor de los artículos 43 del C.C.A., 95 literales d), e) y f) del Decreto 2150 de 1995, son los actos de carácter general.

Que tampoco tiene trascendencia señalar que la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009 se trata de una delegación y no de un encargo de funciones, por cuanto desde el punto de vista normativo lo que establece la ley para quien ocupe el cargo de titular del Despacho del Viceprocurador, es el deber de asumir las funciones de Procurador General de la Nación y no otras, cuando quiera que se deba ausentar de manera temporal y absoluta, dicho Procurador.

Que si bien el Procurador General de la Nación en uso de la comisión otorgada para desempeñar funciones en el exterior siguió actuando como tal en permiso y fuera de la entidad, es obvio que si hubo una ausencia temporal que le impidió el ejercicio de labores que no podían quedar cercenadas. Que de lo contrario hubiera existido un vacío ilegal e ilógico, en tanto que es el Viceprocurador quien asume las funciones de Procurador ante las ausencias temporales o absolutas.

Propuso la excepción de ineptitud formal de la demanda, relacionada al incumplimiento del requisito de procedibilidad de que trata el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 y el artículo 6° literales c) y d) del Decreto 1716 de 2009, consistente en no haber indicado en la solicitud de conciliación prejudicial nada acerca de la presunta ilegalidad frente a la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009, citada además como fuente de ilegalidad consecucional del Decreto 1279 de 30 de junio de 2009. Que tampoco nada se dijo en conciliación acerca de la nulidad directa de una supuesta delegación de funciones que no debe corresponder a un encargo, ni a la imposibilidad de encargar y de afectación indirecta o ilegalidad consecucional, por vicio de ilegalidad del Decreto 1279 de 30 de junio de 2009.

6. LA SENTENCIA.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "F", negó las pretensiones del libelo, a través de providencia de 31 de julio de 2012. (fls. 642 y ss).

Señaló el *a quo* que la excepción de inepta demanda no estaba llamada a prosperar en tanto que la demandante agotó el requisito de procedibilidad referente a agotar la solicitud de conciliación prejudicial, con la pretensión principal, correspondiente a la anulación del acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento de la actora, para obtener el restablecimiento del derecho consistente en el reintegro y pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir.

Como cuestión previa indicó, que no era procedente analizar las pretensiones formuladas como principales y subsidiarias sino como un todo para obtener un fin, es decir, para revisar la anulabilidad del acto que retiró del servicio a la demandante de acuerdo al argumento de incompetencia de la Viceprocuradora para declarar la insubsistencia del nombramiento.

Luego, se refirió a la figura del encargo por comisión especial y dijo que de acuerdo a lo señalado por el artículo 24 del Decreto 1950 de 1973, señala que los movimientos de personal se hacen por traslado, encargo y ascenso. Que el empleado puede ser encargado para asumir de manera parcial o total las funciones de un empleo diferente al que ha sido nombrado, en los casos en que se presente vacancia temporal o definitiva del titular de acuerdo a lo señalado por el artículo 34. Que lo mismo había sido señalado por el artículo 23 del Decreto 2400 de 1968, en el cual se afirmaba lo mismo aunque usando el término ausencia por el de vacancia.

Precisó, que los presupuestos que deben presentarse de manera concomitante para configurar dicha forma de movimiento de los funcionarios públicos se trata de (i) una vacante o ausencia en un cargo, (ii) un empleado que asume temporalmente las funciones inherentes a dicho cargo. Añadió, que la vacancia o ausencia se cuenta como indispensable para hacer posible un encargo de otro empleado, tanto en situaciones en las que el titular permanece vinculado, como es el caso de la comisión especial.

Dijo, que la comisión en general ha sido definida como una situación

administrativa por la cual con ocasión de una disposición de autoridad competente se ejercen las funciones propias del cargo, de manera temporal, en lugares diferentes a la sede habitual de trabajo o en atención de actividades transitorias distintas a las inherentes al empleo del que se es titular. Que existiendo diversidad en los tipos de comisiones, la comisión especial ha sido definida como una situación particular diferente a la comisión de servicio, no existente en el Decreto 1950 de 1973, pero si en el régimen de la Procuraduría General de la Nación, Decreto 262 de 2000, que en su artículo 105, la diferenció de otras como la de servicio y la destinada a atender invitaciones de gobiernos extranjeros.

Que teniendo en cuenta que, ésta situación administrativa, a la que pueden estar sometidos los empleados públicos, es de aquellas de las que se denominan como comisión y teniendo en cuenta que el artículo 22 del Decreto 1950 de 1973 establece que todas aquellas comisiones diferentes a la de servicio generan vacancia temporal, puede inferirse que cuando se presentan estos casos, puede la entidad proceder a definir un encargo de las funciones de dicho empleado en cabeza de otro funcionario de la entidad.

Que por ende, el encargo se trata de una figura válida y legal con la que cuenta la administración para suplir las funciones del empleado destinado en comisión especial, aún cuando ésta se trata de una situación laboral que no genera una vacancia o una ausencia definitiva en el cargo, sino una de carácter temporal que no termina con los derechos laborales y prestacionales del comisionado pues, continúa prestando un servicio activo aunque en otra sede o labor.

Que el encargo no procede solamente en los casos de desvinculación definitiva de la entidad. Que no es adecuado confundir, ausencia o vacancia y retiro definitivo de quien venía desempeñando un cargo, puesto que existen situaciones reconocidas por el artículo 23 del Decreto 1950 de 1973, en las que manteniéndose la vinculación con la entidad, permaneciendo activo en un servicio que se presta a la misma, se produce una vacancia.

Que la comisión presenta un rasgo particular puesto que genera vacancia no solo manteniéndose vinculado laboralmente el trabajador comisionado, sino que además se mantiene activo en el servicio puesto que sigue laborando y prestando una tarea extraordinaria para la entidad.

Dijo, que el acto administrativo que ordena un encargo debe entenderse como un acto de interés particular, y mientras no exista una disposición legal que establezca algún tipo de excepción, tal y como lo advierte la Corte Constitucional, el acto administrativo que ordena un encargo debe notificarse de manera personal al interesado.

Añadió, que el acto de encargo o nombramiento se diferencia de la designación y corresponden a vías diferentes para la provisión de empleos, que recae sobre alguien que ya es servidor público, que asume total o parcialmente las funciones de un cargo diferente al suyo pero no en el mismo cargo. Que por ello, el funcionario encargado al estar recibiendo únicamente las funciones de un empleo no debe prestar posesión de la misma forma en que lo hacen quienes aceptan y reciben el cargo en sí mismo.

Luego, citó la Resolución demandada No. 161 de 2009, proferida por la Procuradora General de la Nación (E) y señaló que el acto de encargo se encontraba ajustado a derecho pues se fundamentaba en la concesión de una comisión especial a favor del Procurador General de la Nación. Que debía aplicarse el artículo 23 del Decreto 1950 de 1973, frente a las situaciones que producen la vacancia temporal, en cuyo numeral 3° se señala la comisión, salvo la de servicio. Que por ello como la Resolución No. 161 de 2009 otorgó una comisión especial que genera una vacancia temporal en el cargo de Procurador General, se constata la existencia de los supuestos de hecho que activan las normas que hacen posible el encargo.

Que el Decreto Ley 262 de 2000 afirma que en los empleos de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General, el encargo procede por ausencia temporal o definitiva de su titular. Que además en su artículo 17, indica en cuanto a las funciones del Viceprocurador, asumir las funciones del Procurador General en sus ausencias temporales o en las absolutas. Que por ende, el aparte de la resolución demandada se encontraba conforme a derecho al establecer un encargo que efectivamente responde a una vacancia o ausencia temporal del cargo de Procurador. Que no se contradice la figura del encargo al reconocer que la comisión otorgada por el artículo 1° no implica separación del servicio ni el desconocimiento de derechos laborales y que las vacancias temporales no necesariamente se generan de la desvinculación o suspensión del servicio activo.

Que por ello, tampoco podía accederse a señalar que el aparte de la resolución está estableciendo una delegación de funciones y no un encargo, pues se cumplía con los requisitos que lo configuraban y los presupuestos de ley que le daban origen y no se cumplían presupuestos señalados en el artículo 10° de la Ley 489 de 1998.

En cuanto al acto de insubsistencia No. 1279 de 30 de junio de 2009, expedido por la Viceprocuradora, atendiendo a que no existían argumentos jurídicos para predicar la incompetencia de la funcionaria que le expidió no podía salir avante dicho cargo. Que la declaración de insubsistencia de los funcionarios del Ministerio Público, si bien es una potestad que la Constitución ha definido como indelegable del Procurador General de la Nación, en esta oportunidad fue ejercida en virtud de un encargo y no de una delegación. Que el numeral 2° del artículo 17 del Decreto 262 de 2000 no hizo excepciones respecto de las funciones que el Viceprocurador debe asumir cuando existe una vacante en el cargo de Procurador General.

Frente al tema de la desviación de poder y la extralimitación discrecional en la declaración de insubsistencia de cargos de libre nombramiento y remoción, consideró que si bien de la hoja de vida de la demandante se deducía que era una empleada idónea que cumplía con probidad las funciones de su cargo, ello no llevaba consigo la anulación del acto, pues son las mínimas condiciones especiales que requiere el cargo de Procurador Judicial II. Que dichas circunstancias no enervan la potestad discrecional del nominador de relevar a sus empleados, por razones objetivas del servicio. Que ni los méritos ni los resultados pueden condicionar o limitar una potestad discrecional inspirada en la confianza que debe tener el nominador frente a quien ocupa un cargo de este tipo.

Que el hecho de que la Procuraduría General de la Nación hubiese decidido realizar un concurso de méritos para proveer cargos de libre nombramiento y remoción no indicaba que se hubiese desnaturalizado el cargo y generado un derecho de permanencia para el trabajador. Por el contrario, la entidad demandada allegó documentos en los que se desmiente la supuesta carencia de calidades o de requisitos de la persona que fue nombrada en reemplazo de la demandante, controvirtiendo la afirmación de desmejoramiento del servicio.

7. EL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandante interpuso el recurso de alzada. (fls. 698-718).

Dirigió su disentimiento frente al enfoque que el *a quo* efectuó frente a los cargos de falta de competencia y de desviación de poder sintetizados de la siguiente manera:

Señaló que las funciones señaladas en el artículo 277 constitucional sólo podrán ser ejercidas por el Procurador mismo o por medio de sus delegados y agentes, pero existen otras funciones que son las señaladas en el artículo 278 constitucional que únicamente pueden ser ejercidas por quien esté investido de la autoridad del cargo de Procurador General de la Nación en ejercicio, sin que las pueda delegar o encargar a otro funcionario de su dependencia.

Precisó que durante la comisión especial de servicios de la que hizo uso el Procurador General de la Nación en ejercicio, no se produjo vacancia en el empleo de Procurador General de la Nación. Que además, la Viceprocuradora General de la Nación, no tomó posesión del empleo de Procuradora, elemento habilitante de la competencia para ejercer un empleo público, ni la función exclusiva del Procurador General de la Nación, de remoción.

Que la conclusión del *a quo* según la cual en el caso se produjo la vacancia temporal del empleo de Procurador General de la Nación, desconoció que existe norma especial de servicios para la Procuraduría General de la Nación, Decreto 262 de 2000, cuando define en su artículo 105 la comisión especial de servicios.

Que el Tribunal desconoció que los artículos 92 y 93 del Decreto 262 de 2000, regulan las clases de situaciones administrativas laborales, en que se pueden encontrar los empleados de la Procuraduría General de la Nación; que de acuerdo a ellas, quienes se encuentran disfrutando de una comisión especial del servicio, permanecen en servicio activo que comporta el ejercicio de las funciones que son las propias del empleo que desempeñan y del cual han tomado posesión

y que por ello mal puede señalarse que existe una vacancia en el empleo, pues las funciones propias del empleo se desempeñan en un lugar diferente a la entidad, es decir, las ciudades que el Procurador General de la Nación estaba visitando investido de su cargo de Procurador General de la Nación y por tanto devengando los salarios y emolumentos del cargo del que había tomado posesión. Que por ello no podía desprenderse de la función de remover a los empleados de su dependencia.

Que se desconoció que el Capítulo VI del mismo Decreto, que regula de manera especial y concreta los casos de las situaciones administrativas al interior de la Procuraduría, que originan separación temporal del servicio, como se indica en el artículo 109. Que la aplicación de la norma especial al caso, tiene prevalencia sobre la general.

Que por ello, se tiene que la Viceprocuradora usurpó las funciones que le son propias al Procurador General de la Nación, pues se desconoce el artículo 89 del Decreto 262 de 2000 frente al tema del encargo en la Procuraduría General de la Nación ya que a la luz de esa norma, no es posible señalar que mediante la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009 se hubiese encargado de las funciones que comportan el cargo de Procurador General de la Nación, en tanto que éste nunca dejó de ejercer las funciones propias de su empleo, pues continuó en servicio activo, con el pleno de las funciones constitucionales y legales que le corresponden al empleo.

Que el artículo 17 del Decreto 262 de 2000 señala las funciones del Viceprocurador General de la Nación, entre las que se encuentra asumir las funciones del Procurador General de la Nación en sus ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona el nuevo titular; que dicha norma debe interpretarse en consonancia o armonía con las disposiciones antes analizadas, de acuerdo a lo previsto en el inciso 4° del artículo 132 del Decreto 262 de 2000, pues para que pueda darse el encargo señalado debe existir ausencia temporal o definitiva del cargo de Procurador General de la Nación y, que tal situación permaneciera mientras se posesiona el nuevo titular, es decir que se presente vacancia en el cargo.

Que las comisiones de servicio no generan vacancia transitoria ni definitiva en el empleo, pues el comisionado se mantiene en el servicio activo.

Indicó que el numeral 2° del artículo 17 del Decreto Ley 262 de 2000 no se refiere a que el Viceprocurador asuma las funciones del Procurador señaladas en el artículo 278 constitucional. Que la norma conduce a la necesidad de designar un nuevo Procurador que obviamente debe tomar posesión del cargo como lo manda el artículo 122 de la Carta. Que si éste no estaba vacante, no era posible jurídicamente que este se despojara de la facultad que se radica exclusivamente en su cabeza de desvincular a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación.

Que al no existir vacancia en el empleo no se dio el cumplimiento de la posesión que exige el artículo 122 de la Carta, como requisito habilitante de la competencia; que en consecuencia, lo que hizo el acto demandado Resolución 161 de 27 de mayo de 2009 fue establecer una delegación, con lo que hubo una extralimitación de funciones que conduce a la falta de competencia en la expedición del Decreto 1279 de 30 de junio de 2009.

En cuanto al cargo de desviación de poder recordó que el ingreso de la actora a la entidad fue por el sistema de méritos, en el año 2000, que no fueron entonces otras consideraciones de tipo político o de amistad las que permitieron a aquella el ingreso a la entidad.

Dijo que la capacitación de la actora es superior a la de su reemplazo Claudia Elisa Garzón Soler, pues esta se vinculó a la Procuraduría en el año de 1998, y la actora ha realizado los posgrados de gestión de entidades territoriales y contratación pública y ejercido ininterrumpidamente el cargo como Procuradora Judicial II Administrativa, que le valió el reconocimiento entre los 20 mejores Procuradores del país.

Reiteró los argumentos del cargo de falta de competencia de la Viceprocuradora para asumir las funciones del Procurador General de la Nación y agregó en esta oportunidad que existe una evidente posición de inferioridad y desventaja probatoria del empleado frente a su empleador.

8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

En esta oportunidad el **apoderado de la parte demandante (fls. 729-733)**,

efectuó un recuento acerca de los argumentos señalados para los cargos formulados de falta de competencia de la Viceprocuradora para asumir las funciones del Procurador General de la Nación y agregó que simultáneamente se encontraban dos personas en ejercicio del cargo de Procurador General de la Nación cuando uno solo es el titular y que por tanto únicamente al Procurador le correspondía la facultad de remoción del cargo que desempeñaba la actora y en consecuencia era evidente que para la expedición del Decreto 1279 de 30 de junio de 2009 se configuró el vicio en mención.

Hizo lo propio frente al cargo de desviación de poder respecto del cual reiteró las calidades profesionales y de experiencia de la actora, su hoja de vida, el ingreso y permanencia en la entidad y concluyó que comparándolas con las de la persona que fue nombrada en el cargo del que era titular, muestran el evidente desvío de poder y dijo que luego de la sentencia de la Corte Constitucional C- 1001- de 2013 puede entenderse que se tratan de cargos de carrera los cargos de Procuradores Judiciales.

Los alegatos de la parte demandada se basaron en reiterar la oposición a las pretensiones de la actora (fls. 734 - 750), señalar que la demanda no cumplió con el requisito de procedibilidad señalado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009. Precisó que el ejercicio de la facultad discrecional efectuada por la Procuradora General de la Nación (e) no puede asimilarse a arbitrariedad o a desconocimiento de determinado derecho sino que se produjo en el ejercicio de plenas facultades constitucionales y legales. Dijo que la función ejercida no se trató de una delegación sino que era el ejercicio que le correspondía como Procuradora General encargada, que se asume sin limitación de ninguna naturaleza.

Que dada la naturaleza de las funciones de los Procuradores Judiciales se tratan de cargos cuya provisión así como el retiro de los funcionarios que los desempeñen, corresponden a la facultad discrecional del nominador, como se indica en los artículos 158 numeral 3° y 165 del Decreto 262 de 2000.

Que la demandante no logró probar la existencia del desmejoramiento del servicio

con la designación de Claudia Elisa Garzón Soler en su reemplazo, pues aquella cumplía con los requisitos exigidos para ocupar el cargo y que la administración no puede negar el acceso a los cargos, máxime cuando se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Que no se configura el desvío de poder en atención a que la idoneidad, honestidad y, eficiencia en el ejercicio del cargo son condiciones que deben caracterizar sin excepción a todos los servidores públicos y por ende, ellas por sí solas no confieren estabilidad, con fuerza suficiente para enervar el ejercicio de la facultad discrecional. Que las calidades de la hoja de vida de Claudia Elisa Garzón Soler constituyen en sí mismas la prueba idónea y suficiente de que en este caso no hubo desmejoramiento del servicio, pues satisface todos los requisitos para el ejercicio del cargo.

En cuanto al tema de la falta de la competencia resaltó que no deben confundirse los conceptos de ausencia temporal y absoluta con vacancia temporal y absoluta. Finalizó indicando que la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009 se trató de un acto de carácter particular y por tanto no requiere de publicidad en el diario oficial.

9. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.³

La señora Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado consideró que la sentencia de primera instancia debía confirmarse.

Indicó, que pese a que el *a quo* no podía tomar la reglamentación que se tiene para el régimen ordinario de la función pública, atendiendo al régimen especial que gobierna a la Procuraduría contenido en el Decreto 262 de 2000, debía tenerse en cuenta la posibilidad de asignación de funciones a que daba lugar la comisión especial de servicios en el exterior -Art. 107-. Que de acuerdo al artículo 17 se tiene que la persona que ocupe el cargo de Viceprocurador General de la

³ Visible a folio 752-768.

Nación se encuentra plenamente facultado para asumir las funciones de Procurador General de la Nación en caso de ausencias temporales o absolutas.

Precisó, que el encargo como forma de provisión de empleos y movimientos de personal procede sobre los cargos de libre nombramiento y remoción y sobre los empleos de carrera administrativa en los términos en los que se establecen en los reglamentos de la función pública. Que el cargo de Procurador General de la Nación no es de libre nombramiento y remoción ni de carrera administrativa y por ende no son aplicables las previsiones normativas que alega la demandante, más aun cuando existe expresa disposición relativa a que el Viceprocurador asuma las funciones de Procurador General de la Nación.

Que el cargo de desviación de poder fue sustentado por la actora por el hecho de ingresar a la entidad en virtud de un concurso y sin palancas políticas; que no obstante, el mencionado concurso no puede homologarse a un concurso de méritos que otorgara derechos de carrera, que a pesar de su meritoria hoja de vida y su larga trayectoria se debe tener en cuenta que la persona que la reemplazó en el servicio cumplía con todos los requisitos para acceder al cargo. Que además no reposan pruebas que sustenten la desviación de poder en la expedición del acto de declaratoria de insubsistencia.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES.

PROBLEMA JURIDÍCO.

El marco de juzgamiento de esta instancia lo constituye el recurso de alzada y se contrae a establecer si el Decreto No. 1279 de 30 de junio de 2009, suscrito por la Procuradora (E) General de la Nación, que declaró insubsistente el nombramiento de la accionante en el cargo de Procuradora Tercera Judicial II Administrativa de Bogotá, Código 3PJ, Grado EC, debe ser anulado por cuanto adolece de los vicios

de falta de competencia del funcionario que lo expidió y desviación de poder, conforme al marco del recurso de alzada.

A fin de establecer la controversia planteada, la Sala inicialmente determinará la norma aplicable al caso concreto frente a las figuras del encargo, la comisión especial, las funciones del Procurador General de la Nación, así como del Viceprocurador General de la Nación, para luego, de conformidad con el marco de la alzada y el acervo probatorio obrante en el expediente, establecer si el acto censurado adolece de los vicios endilgados.

1. Cuestión previa.

Uno de los actos demandados se trata de la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009, en cuyo artículo 3° encargó a la señora Martha Isabel Castañeda, Viceprocuradora General de la Nación, de las funciones de Procurador General de la Nación. Frente a la naturaleza de éste acto, el Tribunal consideró que se trata de un acto de carácter particular y concreto, razón por la que consideró no era necesaria su publicación en el diario oficial.

Si bien es cierto, al analizar el contenido de dicha resolución, a la que se hará referencia en líneas posteriores, comparte la Sala el criterio del *a quo*, frente a los efectos y la naturaleza de la misma, pues se refiere a una situación jurídica concreta, de carácter subjetivo o individual, que contiene un derecho individual y excluyente, que sólo era susceptible de ser demandado por el sujeto de la afectación jurídica o a través de su vinculación procesal, lo que no ocurrió en el *sub lite*.

Empero considera la Sala que es posible analizar el tema de la falta de competencia del funcionario que expidió el Decreto 1279 de 30 de junio de 2009⁴, pues se trata de una causal autónoma de nulidad que busca afectar la legalidad del acto de insubsistencia y como tal, para ser abordada, deberán analizarse los

⁴ Proferido por la Procuradora General de la Nación (E) que declaró insubsistente el nombramiento del cargo de Procuradora Tercera Judicial II Administrativo de Bogotá, Código 3 PJ, Grado EC, que desempeñaba la actora.

términos en que la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009, afectó la asunción de funciones de la Viceprocuradora como Procuradora General de la Nación.

Partiendo de lo anterior, se atenderá a los tópicos fundamentales señalados en el recurso de apelación que se refieren fundamentalmente a la inconformidad de la parte actora con el enfoque dado por el *a quo* a los cargos de falta de competencia del funcionario que expidió el acto demandado y de desvío de poder para la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora.

2. Del marco jurídico aplicable al caso.

Previo a abordar el marco de alzada, debemos recordar el *iter administrativo* que nos indica que a través de la Resolución No. 161 de 27 de mayo de 2009, suscrito por el Procurador General de la Nación, se dispuso otorgar **comisión especial** al citado funcionario, bajo las siguientes consideraciones:

“EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

en uso de la facultades constitucionales y legales y en especial de las conferidas en el artículo 105 del Decreto 262 de 2000,y

CONSIDERANDO:

Que el Procurador General de la Nación Doctor ALEJANDRO ORDOÑEZ Maldonado visitará la Oficina de la Alta Comisionada para las Naciones Unidas para la Defensa de los Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, el Comité Internacional de la Cruz Roja –CICR, la Organización Mundial de la Salud – OMS y otros Organismos Internacionales (sic) a fin de darles a conocer y lograr el acompañamiento en el programa referente a la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos, laborales, humanitarios y de la Salud de interés para la Procuraduría General de la Nación, la cual se llevará a cabo en Ginebra (Suiza) y Praga (República Checa), entre el 19 y el 30 de junio de 2009;

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- *Conceder comisión especial a las ciudades de Ginebra Suiza y Praga (República Checa), del 19 al 30 de junio de 2009, al Doctor **ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO**, Procurador General de la Nación, visitará (sic) Organismos Internacionales con el fin de hacer conocer el programa referente a la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos, laborales, humanitarios y de salud de interés para la Entidad.*

ARTÍCULO SEGUNDO.- *Para todos los efectos legales el tiempo que dura la presente comisión se entenderá como de servicio activo, por lo tanto lo (sic) servidores recibirán en pesos colombianos sus asignaciones correspondientes a sueldos y prestaciones a que haya lugar.*

PARAGRAFO.- *Tanto los viáticos como los pasajes serán cancelados con el presupuesto de la Procuraduría General de la Nación.*

ARTÍCULO TERCERO.- *Encárgase a la Doctora **MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO**, Viceprocuradora General de la Nación de las funciones de Procurador General de la Nación durante el lapso que dure la presente comisión.”.(fls. 3).*

Posteriormente, a través de la Resolución No. 1279 de 30 de junio de 2009, proferida por Martha Isabel Castañeda, Procuradora General de la Nación encargada, se dispuso, declarar insubsistente el nombramiento de Claudia Elizabeth Lozzi Moreno, del cargo de Procurador 3° Judicial II Administrativo de Bogotá, Código 3PJ, Grado EC (fl. 6).

La discusión acerca de la incompetencia, se centra en que según la actora, la funcionaria que emitió el decreto de insubsistencia actuó usurpando las funciones del Procurador General de la Nación, previstas en el artículo 278 de la Constitución, pues en su sentir, no era viable jurídicamente que se produjera la figura jurídica del encargo, al no existir vacancia del cargo pues el Procurador se mantuvo en servicio activo. Que lo que ocurrió se trató de una delegación de

funciones.

Es de resaltar, que frente a este cargo, en la demanda se indicó que deben aplicarse de manera análoga y supletiva las normas de la función pública⁵; no obstante, en el escrito de apelación se invirtió la afirmación y se dijo que la Procuraduría General de la Nación se rige por una normativa especial que regula las situaciones administrativas señaladas, que son las únicas que gobiernan la situación de la actora.

En términos generales, las normas que regulan la figura del encargo y otras situaciones administrativas se encuentran recogidas a través del ordenamiento jurídico que regula la función pública e incluye algunas que precisan la situación de los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación contenidos en el Decreto Ley 262 de 2000, sin que ello obste para que las señaladas en el ordenamiento general no se apliquen con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que rige a los servidores públicos de las carreras especiales, como es el caso de la entidad accionada, como precisamente lo indica el numeral 2° del artículo 3° de la Ley 909 de 2004.

En este contexto para dilucidar el marco de la alzada es conveniente, verificar el marco normativo que regula la situación a efectos de confirmar sus consecuencias frente al tema de la competencia. Analizaremos entonces los temas del encargo, la vacancia, la ausencia y la comisión especial, tanto en las normas del marco general de la función pública como en el Decreto 262 de 2000⁶, para identificar la norma aplicable al caso.

En primer lugar, debe recordarse que el encargo tiene un doble carácter. El primero referido a la provisión de empleos y el segundo como situación administrativa (Art. 18 Decreto 2400 de 1968). El artículo 23 del Decreto-Ley 2400 de 1968, regula esta figura así:

⁵ fls. 370 y ss y 389 – 390.

⁶ “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”.

“Artículo 23. Los empleados podrán ser encargados para asumir **parcial o totalmente** las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, **por ausencia temporal o definitiva del titular.**

Cuando se trate de ausencia temporal el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en casos de vacante definitiva hasta por el plazo máximo de tres (3) meses. Vencido este término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales.”

A su turno, el artículo 34 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973:

“ARTICULO 34. 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.”

En igual sentido, el mismo **Decreto 1950**, en su artículo 24, consagra que el movimiento del personal en servicio se puede hacer por traslado, encargo y ascenso. El empleado encargado tiene derecho a recibir el sueldo correspondiente al empleo para el cual ha sido encargado; sin embargo, en el caso de vacancia temporal, la remuneración se hará de forma antedicha, siempre que no sea percibida por el titular del empleo objeto de encargo.

Este decreto, frente a la figura de la vacancia la clasifica como definitiva y temporal de la siguiente manera:

“CAPÍTULO V

DE LA VACANCIA DE LOS EMPLEOS

Artículo 22º.- Para efecto de su provisión se considera que un empleo está **vacante definitivamente**:

1. Por renuncia regularmente aceptada.
2. Por declaratoria de insubsistencia.
3. Por destitución.
4. Por revocatoria del nombramiento.
5. Por invalidez absoluta del empleado que lo desempeña.
6. Por retiro del servicio civil con pensión de jubilación o de vejez.
7. Por traslado o ascenso.
8. Por declaratoria de nulidad del nombramiento.
9. Por mandato de la ley.
10. Por declaratoria de vacante en los casos de abandono del cargo, y
11. Por muerte del empleado.”

“Artículo 23º.- Para los mismos efectos se produce **vacancia temporal** cuando quien lo desempeña se encuentra:

1. En vacaciones.
2. En licencia.
3. **En comisión**, salvo en la de servicio.
4. Prestando servicio militar.
5. Cuando se encarga al empleado de otro empleo desligándolo de las funciones que ejerce, y
6. En los casos de suspensión en el ejercicio del cargo.” Se resalta.

En vista de lo anterior, puede definirse, el encargo como la designación que hace el titular que tiene dicha función administrativa de manera temporal a un empleado para que asuma total o parcialmente las funciones propias de un empleo diferente a aquél para el cual fue nombrado, con la posibilidad de continuar con las propias del empleo titular, ya sea para ausencia o vacancia temporal o definitiva. Nótese que en el Decreto 2400 de 1968 no se hablaba de vacancia sino de ausencia. Sólo hasta el Decreto 1950 de 1973, se asumió el término vacancia.

Ahora bien, cuando se trate de vacancia temporal el encargo se confiere transitoriamente, por su tiempo de duración.

En cuanto a la remuneración a que tiene derecho un servidor público encargado de otro empleo, el artículo 37 del Decreto 1950 de 1973 indicó, de igual manera, que el empleado encargado tendrá derecho al sueldo asignado al empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.

En igual sentido la Ley 344 de 1996 prevé en su artículo 18:

“Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando. (...)”⁷

Interesa al caso citar el Decreto Ley 262 de 2000 *“Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación (...); 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”*, que respecto a la figura del encargo consagró en su artículo 89:

“ARTÍCULO 89. Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. 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.

⁷ Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 1997.

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. Se resalta.

En su capítulo IV, el mencionado decreto regula las situaciones administrativas laborales como 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**, como quedó previsto en el artículo 92:

“ARTÍCULO 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*". Se resalta.

En el *sub lite*, el Procurador General de la Nación mediante Resolución No. 161 de 2009, salió del país con el fin de cumplir una comisión especial cuyo objetivo consistió en visitar Organismos Internacionales con el fin de *"hacer conocer el programa referente a la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos, laborales, humanitarios y de salud de interés para la Entidad."* Esta figura, está regulada en el mencionado capítulo y artículo del Decreto 262 de 2000 como una situación administrativa que suponía para el Procurador General de la Nación continuar **en servicio activo**.

A su turno, la finalidad de las comisiones especiales se encuentra regulada en el artículo 105, del siguiente tenor:

"Tiene por objeto **cumplir actividades de asesoría al Estado, Estados Extranjeros, u Organismos Internacionales, desempeñar cargos en cualquier entidad del Estado, o asistir, en calidad de conferencista, a seminarios, foros o cualquier evento académico nacional o internacional por un término no mayor de dos (2) años.**

La remuneración para desempeñar empleos en cualquier entidad del Estado, podrá ser asumida por la Procuraduría.

La comisión especial podrá dar lugar al pago de viáticos y gastos de viaje, será conferida por el Procurador General y se sujetará a los procedimientos que para el efecto se contemplen en la regulación interna." Se resalta.

Como se observa, en los términos del Decreto Ley en cita, es irrelevante que se hubiese señalado en el acto administrativo Resolución 161 de 2009, la continuidad en servicio activo para el funcionario, pues de acuerdo a su naturaleza y objetivos,

la norma anunció su consecuencia.

Ahora bien, verifiquemos cual es la regulación que el Decreto 262 de 2000 aplica a las figuras de ausencia y vacancia del cargo.

Frente a la **ausencia**, señala en el artículo 17, que corresponde al Viceprocurador General de la Nación: *“Asumir las funciones del Procurador General en sus ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona el nuevo titular.”*. También se habla de ella frente a la figura del encargo para los cargos de libre nombramiento y remoción - artículo 87⁸-, la ausencia por calamidad doméstica – art. 134⁹-, en el artículo 239 frente a la figura de la comisión de carrera y el reemplazo de los suplentes en caso de ausencia temporal y definitiva¹⁰.

Ahora frente a la **vacancia** el artículo 82, inciso primero, retoma el término para referirse a las clases de nombramientos, para señalar que *“Igualmente, se hará nombramiento en provisionalidad para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción **temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo.**”*; luego, se refiere a la vacancia en el artículo 87,

⁸ **“ARTÍCULO 89. Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción.**

*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.” Se resalta.

⁹ **“ARTÍCULO 134. Ausencia por calamidad doméstica.** *Cuando la causa de la **ausencia** sea una calamidad doméstica, en el momento en que el servidor se reincorpore al ejercicio de sus funciones, deberá acreditar ante el jefe inmediato el motivo que la originó, quien determinará si existió mérito suficiente para la ausencia.”* Se resalta.

¹⁰ “...

Cada uno de los representantes de los procuradores delegados y de los empleados inscritos en carrera tendrá un (1) suplente, que lo reemplazará en caso de ausencia temporal o definitiva.

...”

inciso primero, frente al traslado definitivo para suplir una vacancia definitiva¹¹; en el artículo 132 inciso 4° para indicar que los permisos no generan vacancia del empleo; en el artículo 138, para referirse a los días de vacancia; en el artículo 158 frente al retiro del servicio, numeral 7°, para señalar que se produce vacancia por el abandono del empleo, en concordancia con los artículos 166 y 167 que regulan dicha figura; en los artículos 174 y 175 para la vacancia del cargo por muerte y en la declaración en caso de muerte violenta; en el artículo 184 de cara a la provisión de empleos de carrera en caso de vacancia definitiva y, en el artículo 185 que regula el encargo para vacancia definitiva en un empleo de carrera¹².

Es importante precisar que los artículos 187 y 188¹³ se refieren a la provisión de los empleos por vacancia temporal y la duración del encargo y el nombramiento provisional, ambos referidos a las vacancias temporal y definitiva.

¹¹ “El traslado definitivo se producirá cuando un servidor de la entidad se designe para suplir la vacancia definitiva de un empleo o para intercambiarlo con otro cuyas funciones sean afines al que desempeña y tenga la misma naturaleza, categoría, nomenclatura y remuneración.”.

¹² **“ARTÍCULO 185. Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales.** En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, el Procurador General podrá nombrar en encargo a empleados de carrera, o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.

Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto. Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación podrá nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.

El empleo del cual sea titular el servidor encargado podrá proveerse por encargo o en provisionalidad mientras dure el encargo de aquél.

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

Efectuado el nombramiento por encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento.”

¹³ **“ARTÍCULO 187. Provisión de los empleos por vacancia temporal.** Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos podrán ser provistos por encargo o en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones.

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

“ARTÍCULO 188. Duración del encargo y del nombramiento provisional. El encargo y la provisionalidad, cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera, podrán hacerse hasta por seis (6) meses. El término respectivo podrá prorrogarse por un período igual.

Si vencida la prórroga no ha culminado el proceso de selección, el término de duración del encargo y de la provisionalidad podrá extenderse hasta que culmine el proceso de selección.

Cuando la vacancia sea el resultado de ascenso que implique período de prueba, el encargo o el nombramiento provisional podrán extenderse por el tiempo necesario para determinar la superación del mismo.

Parágrafo. Por razones del servicio el Procurador General de la Nación podrá desvincular a un servidor nombrado en provisionalidad o dar por terminado el encargo, aún antes del vencimiento del término establecido en el presente artículo.”

También, la previsión contenida en el artículo 187, transcrito en la correspondiente nota de pie de página, se refiere a la provisión de los empleos por vacancia temporal asimilando dicha figura a aquella situación administrativa que implique separación temporal del cargo, que como vimos son aquellas contempladas en el artículo 92¹⁴. No obstante la misma **sólo aplica para el caso de los cargos de carrera administrativa**, situación diversa a la actual, atendiendo a que el cargo del Procurador General de la Nación, se trata de aquellos de periodo fijo, como lo señala el numeral 3° del artículo 182.

Empero, el artículo **89** arriba reseñado, dispone 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**.

De acuerdo a lo anterior, en efecto se tiene que si el Procurador General de la Nación, funcionario de periodo fijo, como supremo director del Ministerio Público, a quien según voces del artículo 277.2 de la C.P. le corresponde proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad e hizo uso de la figura conocida como **comisión especial** para poder asistir ante Organismos Internacionales con el fin de hacer conocer precisamente *“el programa referente a la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos, laborales, humanitarios y de salud de interés para la Entidad”*, es apenas obvio que debía permanecer en servicio activo para el cumplimiento de una de sus funciones en el exterior. Es así que no existió un desprendimiento total de las obligaciones como erróneamente concibe el recurrente, sino que se ausentó del país, en cumplimiento de una de las más

¹⁴ *“...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.”

caras misiones por las que debe propender el Jefe de la mencionada entidad.

Como se vio, tal figura de comisión especial no goza de ninguna clasificación según el Decreto 262 de 2000, ya sea para determinarla como vacancia o como ausencia, punto de la controversia a partir de la cual sustenta la apelante su discurso frente a la causal de incompetencia; empero, es apenas obvio que la salida del país del Procurador General de la Nación en comisión especial se trata de situación administrativa del servicio activo, que se realiza con un objetivo, pero que impide para el mismo funcionario continuar en el normal desarrollo de todas y cada una de las obligaciones que le impone el ordenamiento jurídico como si continuará en el país, pues es evidente que se produce una ausencia en el servicio que para este caso fue temporal. Tal circunstancia por sí misma no puede interrumpir el normal desarrollo de la entidad, situación para la que el artículo 17 del Decreto 262 de 2000 ha dispuesto en su numeral 2° una previsión cardinal de carácter eminentemente tutelar, dispone que corresponde al Viceprocurador General de la Nación *“Asumir las funciones del Procurador General en sus ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona el nuevo titular”*.

Nótese que la norma únicamente diferencia entre ausencias temporales y definitivas, éstas últimas en las que el Viceprocurador debe continuar en el desarrollo de las funciones de Procurador General de la Nación hasta que se efectúe la posesión del nuevo titular. Si la ausencia es temporal, consecuencia apenas lógica es que no existirá la posesión de un nuevo titular, contrario a la tesis que plantea el apelante.

Se desprende entonces que para nuestro caso, se configuraron las siguientes situaciones que hacen posible la figura del encargo:

- El Viceprocurador General de la Nación se trata de un empleado de libre nombramiento y remoción, según voces del artículo 182.
- La norma no exige que el cargo cuyas funciones se asumen a través del encargo, deba ser igualmente de libre nombramiento y remoción, por lo que es perfectamente viable que se pueda encargar las funciones de Procurador General de la Nación, que es un cargo de periodo fijo.

- El encargo fue temporal, es decir del 19 al 30 de junio de 2009.
- Se asumieron, de manera parcial, las funciones de Procurador General de la Nación, pues éste continuó en servicio activo precisamente para el ejercicio de una función de índole constitucional ante organismos extranjeros, como lo es la promoción y defensa de los derechos humanos y laborales.
- La norma, -artículo 89-, dispone, que se produce por ausencia temporal o definitiva de su titular, situación que se correlaciona con la previsión señalada en el artículo 17.2, cuya configuración es apenas evidente para nuestro caso, ante la ausencia del Procurador General de la Nación por más de 12 días del país, sin que sea necesario que exista vacancia definitiva, separación temporal del servicio o desprendimiento total de las funciones para que pueda darse el encargo, simplemente porque así no lo exigió la norma.
- No puede aplicarse al caso la norma señalada para el encargo en empleos de carrera – Art. 187-, precisamente al no darse ese supuesto fáctico en el *sub lite*. Al contrario la norma aplicable, como se dijo es el artículo 89.
- El artículo 17.2 del Decreto 262 de 2000, no excluyó para el Viceprocurador General de la Nación, ninguna de las funciones a asumir, en caso de ausencia temporal o definitiva del Procurador General de la Nación, como se analizará en seguida.

Se recauda de lo expuesto, 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 ausencia o vacancia definitiva o temporal de su titular. El empleado encargado tiene derecho a percibir la remuneración asignada al nuevo cargo que ejerce, con la salvedad de que en el encargo se exige como presupuesto que el titular del cargo no lo haya percibido¹⁵. La anterior precisión tiene sustento en el contenido de los artículos 122 y 128 superiores, en cuanto señalan el primero, que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y que para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente; y el segundo, que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo

¹⁵ Artículo 89 Decreto 262 de 2000

público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

A esta conclusión se llega analizando sistemáticamente tanto las normas de la función pública, Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, como el Decreto 262 de 2000, norma especial para la Procuraduría General de la Nación, que además de describir las situaciones administrativas en que puede encontrarse un funcionario de la entidad, incluye para nuestro caso la regulación completa de la situación, por lo que debe indicarse que le asiste razón a la actora, únicamente por éste aspecto, no así en cuanto a la decisión a adoptar frente al cargo planteado.

Finalmente valga indicar, que en el caso que se analiza, la Viceprocuradora General de la Nación asumió en encargo temporal y parcial, las funciones de Procurador General de la Nación, situación que como se dijo ocurrió por la necesidad de la asistencia del citado funcionario ante organismos extranjeros, en cumplimiento de una de las funciones que le imprime a su cargo la misma Constitución Nacional. Por ello, al no darse el desprendimiento total de funciones, es evidente que, jurídicamente no es viable posesionar a la Viceprocuradora para el ejercicio parcial de funciones, como lo disponen los artículos 46 a 53 del Decreto 1950 de 1973, presupuesto que como se deduce no era necesario en este caso, pues ha quedado claro que no hubo desprendimiento total sino parcial y temporal de las funciones de Procurador General de la Nación.

Ahora bien, frente al argumento de apelación según el cual radica de manera exclusiva en el Procurador General de la Nación la función de nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia atendiendo a lo señalado en el numeral 6°, artículo 278 de la Constitución Política, valga recordar que el Ministerio Público, que cuenta con el Procurador General de la Nación como su Supremo Director, de conformidad con lo señalado en el artículo 275 de la Carta Política, tiene tres funciones básicas en el orden constitucional vigente, como son, la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas¹⁶.

¹⁶ Art. 118, CP.

Frente a las funciones particulares del Procurador General de la Nación, el artículo 277 constitucional, establece aquellas funciones que el Procurador realiza por sí mismo, o por medio de sus delegados y agentes. Por su parte, el artículo 278, prevé aquellas funciones que él realiza directamente, como son:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.
2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial.
3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.
4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes.
5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.
6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia

Como se aprecia, frente a la primera de las disposiciones normativas, artículo 277, impone que el desarrollo de las funciones allí contenidas, sean realizadas por el mismo Procurador General de la Nación, **o por medio de sus delegados y agentes**, norma frente a la cual existen numerosos pronunciamientos de la Corte Constitucional que pueden traerse a colación como los efectuados en las sentencias C-399/95, C-743/98, C-245/95, C- 230/04, C-611/94, C-429/01, C-230/04 y T-350/11.

Empero, en cuanto a las funciones descritas en el artículo 278, particularmente el numeral 6°, perentoriamente dispone que el Procurador General de la Nación tiene la facultad de "*nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios de su dependencia*", norma que dispone el ejercicio de dicha facultad de manera directa, imponiendo restricciones a la figura de la delegación.

Para este caso, de acuerdo al análisis efectuado en precedencia, la figura desarrollada a través de la Resolución No. 161 de 2009 se trató de un encargo y no de una delegación de funciones, que debe, por supuesto analizarse en concomitancia con artículo 17, numeral 2°, del Decreto 262 de 2000, norma vigente y aplicable al caso, que señala que corresponde a la Viceprocuraduría General de la Nación asumir las funciones del Procurador General de la Nación en sus ausencias temporales y definitivas, mientras se posesiona el nuevo titular.

Por ello, en tanto que como ha quedado ampliamente analizado, al producirse una ausencia temporal del Procurador, al acudir en comisión especial ante organismos extranjeros con el fin de dar cumplimiento a una de las funciones que precisamente le impone la Constitución, era válido que la Viceprocuradora asumiera las funciones de las cuales se desprendió el titular, atendiendo esencialmente al carácter previsorio de la norma, que propende por el normal desenvolvimiento de la entidad de cara a las ausencias de su titular, en atención a que la misma norma no impuso ninguna restricción frente a las funciones a asumir¹⁷.

Aceptar la tesis de la actora, haría inviable la aplicación de la previsión contenida en el artículo 6° del Decreto 262 de 2000, que señala que en caso de falta absoluta del Procurador General de la Nación, se procederá a nueva elección, y que mientras se realiza ésta y la posesión, el Viceprocurador ejercerá como Procurador General de la Nación. De igual manera, tampoco permitiría que el Viceprocurador reemplazara al Procurador General en caso de impedimentos (Art. 17.3 Decreto 262 de 2000) aún en tratándose de rendir concepto en los procesos

¹⁷ Artículo 17, numeral 2°, Decreto Ley 262 de 2000.

de constitucionalidad, función también contemplada en el numeral 5° del artículo 278 constitucional.

3. Del cargo de desviación de poder.

La decisión del *a quo* frente a ésta causal de anulación se refirió a que conforme a la hoja de vida de la demandante se deduce que era una empleada idónea que cumplía con las funciones de su cargo, debido a sus altas condiciones académicas y experiencia laboral, lo que no comportaba la anulación del acto demandado, pues a partir de allí no se podía desdibujar la facultad discrecional del nominador; que la entidad allegó documentos en los que se desmiente la supuesta carencia de calidades y requisitos de la persona que fue nombrada en reemplazo de la actora y, que además, lo que debía cuantificar el juez sobre la no idoneidad del reemplazo eran los requisitos mínimos para el desempeño del mismo.

La apelación se refiere a que la actora ingresó a la entidad por el sistema de mérito, sin ninguna recomendación política; que desempeñó su labor con idoneidad, trasferencia y aptitud que llevó a que le encargaran de otras vacantes, que su labor fue exaltada y, que cuenta con una capacitación superior a la de su reemplazo (fl. 715). Que en el corto lapso en que se dio el encargo de funciones no era posible que se perdiera la confianza y seguridad frente a las labores que venía desempeñando la actora, situaciones que no se debían presumir ante la desventaja probatoria de la parte actora.

Ya en los alegatos de conclusión, el apoderado de la actora indica que el cargo de la actora debe considerarse como un cargo de carrera luego de la sentencia C-101 de 2013 de la Corte Constitucional y que por ello, la facultad de libre nombramiento y remoción no es aplicable a los Procuradores Judiciales como el caso de la actora cuyo empleo debe ser tratado como cargo de carrera.

Si bien es cierto, el anterior argumento no hace parte de la demanda inicial y fue adicionado solo hasta el recurso de apelación, la Sala asumirá su conocimiento

precisamente porque para analizar el vicio en el que insiste el apelante, debe precisarse la naturaleza del cargo que desempeñaba la actora, a la luz de las disposiciones vigentes al momento del retiro.

3.1. De la naturaleza del cargo.

El artículo 125 de la Carta Política, dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Ahora bien, el artículo 279 *ibídem* le otorga al legislador la facultad de determinar de manera especial lo relativo a la estructura, ingreso y retiro del servicio, concurso de méritos, inhabilidades, incompatibilidades y régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de la Procuraduría General de la Nación.

El Decreto 262 de 2000, en su artículo 182, previo a la declaratoria de inexecutable introducida por la sentencia C- 101 de 2013, clasificó los empleos de acuerdo a su naturaleza y forma de provisión, como de carrera, de periodo fijo y de libre nombramiento y remoción, contando entre estos últimos el de Procurador Judicial.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-146 de 7 de febrero de 2001, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, declaró executable, la expresión "*Procurador Judicial*", al precisar que:

"(...) 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. (...)"

No obstante, mediante sentencia C-101 de 2013 de la mencionada Corporación, con ponencia del Magistrado Dr. Mauricio González Cuervo, declaró inexecutable la mencionada disposición, con las siguientes conclusiones señaladas en la misma providencia:

"6. Razón de la decisión de inconstitucionalidad.

6.1. Síntesis del caso.

6.1.1. Al examinar la demanda de inconstitucionalidad de la norma del artículo 182 del DL 262/00, que definió el empleo de "procurador judicial" como de libre nombramiento y remoción, la Corte encontró que se configuró el fenómeno de cosa juzgada constitucional respecto del cargo por violación del artículo 125 de la Constitución, en virtud de la declaración de exequibilidad de que fue objeto en la C-146/01. Allí la Corte concluyó, en la línea de anteriores pronunciamientos, "que no se viola el principio general de la carrera administrativa" -art 125 de la Constitución-.

6.1.2. En relación con el artículo 280 de la Constitución, se consideró que no existe cosa juzgada, por cuanto ni en la citada sentencia ni en las allí mencionadas, se cotejó la disposición demandada frente al deber constitucional de equiparación de los agentes del ministerio público que ejercen ante jueces y magistrados con las autoridades judiciales ante quienes actúan, en materia de "calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones".

6.1.3. Examinada la disposición acusada, la Corte determina que entre los "derechos" a ser homologados a favor de los procuradores judiciales, en virtud del artículo 280 constitucional, se halla el que su empleo sea considerado de carrera administrativa. En consecuencia, declarará la inexecutable de la expresión "Procurador Judicial" del numeral 2 del artículo 182 del decreto Ley 262 de 2000, por la vulneración del artículo 280 de la Constitución Política. Y ordenará la

convocación de un concurso público de méritos para la provisión, en propiedad, de los cargos de Procuradores Judiciales que se desempeñan ante magistrados y jueces de carrera.

6.2. Razón de la decisión.

6.2.1. Las sentencias que dicta la Corte Constitucional, en desarrollo del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional respecto de los cargos de vulneración de normas constitucionales en ellas decididos.

6.2.2. Entre los “derechos” de los jueces y magistrados, que en virtud del artículo 280 constitucional deben ser extendidos a los agentes del ministerio público que ejercen su cargo ante ellos, se encuentra de no ser catalogado su empleo por el Legislador como de libre nombramiento y remoción, es decir, ser reconocido como cargo de carrera.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. *Declarar la **INEXEQUIBILIDAD** de la expresión “Procurador Judicial” del numeral 2), del artículo 182, del Decreto Ley 262 de 2000, por la vulneración del artículo 280 de la Constitución Política.*

Segundo.- ORDENAR *a la Procuraduría General de la Nación que en un término máximo de seis meses, contados a partir de la notificación de este fallo, convoque a un concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial, que deberá culminar a más tardar en un año desde la notificación de esta sentencia.”*

Como se aprecia, en la parte resolutive no se indicó orden alguna en particular

acerca de los efectos en el tiempo de la mencionada providencia.

Por ello, considera ésta Sala que a efectos de los principios de eficacia de la justicia y de seguridad jurídica, debe atenderse al tenor del artículo 45 de la Ley 270 de 1996. Así pues, la declaratoria de inexecutable de la norma que le había servido de fundamento a la entidad, para considerar al mencionado cargo como de libre nombramiento y remoción rige hacia el futuro, salvo que la misma providencia determine lo contrario, criterio que no sólo está fundado en el principio de la presunción de legalidad, de respeto por los efectos que ya surtió la ley y por las situaciones establecidas bajo su vigencia, sino también, se repite, por el principio de seguridad jurídica, máxime cuando existía un pronunciamiento de constitucionalidad precisamente sobre el mismo aparte normativo.

Ahora bien, en lo que atañe a esta controversia, debe recordarse que es el artículo 158 del Decreto Ley 262 de 2000 el que establece el retiro definitivo de los servidores de la Procuraduría General de la Nación mediante la inexistencia discrecional del nombramiento.

A su vez, el artículo 165 *ibídem* definió el acto de inexistencia como aquella decisión que se produce en ejercicio de la facultad discrecional para remover a un servidor de la entidad que esté ocupando un cargo de libre nombramiento y remoción, y contra el cual no procede recurso alguno.

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, la Sala reitera que:

“...el acto de retiro del servicio de un empleado de libre nombramiento y

remoción, expedido en ejercicio de la facultad discrecional, se presume encaminado al buen servicio público y se puede ejercer en cualquier momento sin necesidad de que se consignen las razones o motivos que determinan la decisión. Ello en razón a que por no estar escalafonada no puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera.”¹⁸

Empero, se recuerda que tal presunción legal, desde luego, puede ser desvirtuada, aduciendo y demostrando en el proceso que no fueron razones del servicio o motivos de interés general, los que llevaron al nominador a declarar la insubsistencia del nombramiento.

Así pues, las afirmaciones que se hagan en la sustentación de este cargo deben cumplir con la carga de la prueba que le corresponde de conformidad con el artículo 177 del C.P.C., aplicable por expresa remisión del artículo 267 del Decreto 01 de 1984 y es por ello que a la parte actora le corresponde aportar las pruebas que lleven al juez a la certeza de que los motivos o fines que tuvo la administración son ajenos al interés público en que se funda la facultad que tiene la autoridad nominadora para separar del empleo a los funcionarios que no gozan de fuero de estabilidad.

Para desvirtuar lo anterior, el apelante insiste en que en el presente caso se evidencian los vicios de desviación de poder por cuanto la hoja de vida de la actora era superior a la de su reemplazo, por cuanto no necesitó recomendaciones políticas para su ingreso y poseía una alta capacitación y desempeño laboral.

Como se aprecia, los argumentos del recurso, insisten en las mismas razones de la demanda, pero no señalan las razones de digresión acerca de la decisión del Tribunal salvo en que no se atendió a la hoja de vida de la actora.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 25000-23-25-000-2001-10005-01(0389-09).

En efecto, examinada la hoja de vida de la actora, nos da cuenta de las siguientes condiciones:

Mediante Decreto 818 del 7 de noviembre de 2000¹⁹ fue nombrada como Procuradora 44 Judicial II Administrativa de Sincelejo, Código 3PJ, grado EC, cargo para el que se posesionó el 1 de diciembre de 2000.²⁰

Que se le encargó de las funciones de Procurador 212 Judicial I penal de Magangué, desde septiembre 10 de 2001 hasta septiembre 23 del mismo año; Procuradora 19 Judicial II agrario de Sincelejo, desde el 13 de julio de 2004 hasta el 16 de mayo de 2005 y como Procuradora 27 Judicial II de Familia de Sincelejo, nombrada por Decreto 737 de 5 de abril de 2006 y se posesiona el 21 de abril de 2006.

Mediante Decreto No. 1351 de 29 de mayo de 2008 se le nombró en el cargo de Procuradora Tercera Judicial II Administrativa de Bogotá, Código 3PJ, Grado EC²¹.

También está demostrado que mediante Decreto 1279 de 30 de junio de 2009²², proferido por la Procuradora General de la Nación (E), se declaró insubsistente el mencionado nombramiento a la actora a partir de la fecha de su comunicación, que le fue efectuada mediante Oficio de 3 de julio de 2009²³.

Además, esta comprobado porque así se infiere de la hoja de vida de la actora su formación profesional en donde no sólo muestra ampliamente los cargos que ocupó sino igualmente su preparación académica.

Estudios Superiores²⁴:

Fecha	Título	Universidad
-------	--------	-------------

¹⁹ Folio 148.

²⁰ Folio 23

²¹ Folio 326.

²² Folio 132.

²³ Folio 7.

²⁴ Folios 105 y ss.

24/08/84	Abogado	Universidad Libre
16/09/89	Especialización en Derecho Comercial	Universidad de Los Andes
3/9/93	Especialización en Legislación Financiera	Universidad de Los Andes
9/05/96	Especialización en Derecho Administrativo	Universidad del Rosario
19/11/2007	Especialización en Función Pública	Universidad Externado de Colombia
3/12/08	Especialización en Derecho Constitucional y Parlamentario	Universidad Externado de Colombia

Trayectoria Laboral previa a la vinculación a la Procuraduría General de la Nación²⁵:

Fecha	Cargo	Lugar
20 de agosto de 1975 al 31 de agosto de 1994	Ultimo cargo desempeñado fue el de Jefe de División	Fondo Nacional del Ahorro
10 de junio a 31 de diciembre de 1996 10 de enero a 31 de diciembre de 1997	Contratista	Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social Fis
5 de septiembre de 1994 a 29 de marzo de 1995	Directora Jurídica	La Previsora
30 de marzo de 1995 al 14 de enero de 1996	Vicepresidenta Fondo de Prestaciones	La Previsora
15 de enero de 1996 hasta el 4 de abril de 1996	Asesor de Presidencia I	La Previsora
Diversos periodos en los años 1994 a 1997	Contratista	Instituto de desarrollo Urbano

²⁵ Folio 185 y s.s.

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, 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.

No se refirió la actora a que la hoja de vida de su reemplazo no reuniera los requisitos para el ejercicio del cargo, sino únicamente se concretó en que su hoja de vida era superior a la de la señora Garzón Soler, situación que como se ha dicho en anteriores pronunciamientos, compromete la decisión del juzgador en caso de demostrarse el desmejoramiento del servicio aspecto sobre el que ninguna prueba se allegó al respecto.

Si bien es cierto, de acuerdo al material probatorio allegado, de los documentos que componen la hoja de vida laboral de la actora ya relacionados en precedencia, se aprecia su trayectoria laboral, profesional y académica, sin embargo, esta Sección ha afirmado en numerosas oportunidades que las cualidades laborales y personales de un funcionario, por sí solas no otorgan inamovilidad en el empleo ni coartan la facultad discrecional, más aún tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción.

Finalmente, valga señalar que es obligación de todo servidor público prestar sus servicios en forma óptima y eficiente, en cuanto ello contribuye a la consecución de los fines esenciales del Estado y garantiza a los ciudadanos el goce de sus derechos y el acceso a los distintos beneficios previstos para el adecuado desarrollo social; por tanto, la buena conducta de la actora en el ejercicio de su cargo no garantiza su estabilidad, sino que se constituye en el presupuesto natural del ejercicio del cargo.

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 legalidad, la Sala confirmará la sentencia del *a quo* por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en la parte motiva.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

CONFÍRMASE por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia, la sentencia de 31 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección - Segunda - Subsección "F" –Sala de Descongestión, que negó las súplicas de la demanda instaurada por CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO