



Cartagena de Indias D.T y C., veinte (21) de febrero de dos mil veinte (2020)

<b>Medio de Control</b>	<b>NULIDAD ELECTORAL</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-23-33-000-2019-00492-00</b>
<b>Demandante</b>	<b>SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES</b>
<b>Demandado</b>	<b>JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>
<b>Tema</b>	<i>Régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación es de carácter especial, por lo tanto no le aplican las normas contenidas en la Ley 909 de 2004 – No procede la nulidad de acto administrativo que prorroga un nombramiento en provisionalidad de un empleado que ocupa un cargo de carrera, que se encuentra con vacancia definitiva – toda vez que la potestad de proveer el empleo en encargo o por medio de provisionalidad es facultativa del Procurador General de la Nación.</i>

### **I.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede esta Sala de decisión a decidir, en única instancia, la demanda presentada por el SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES, a través del medio de control de nulidad electoral, contra el señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA.

### **II.- ANTECEDENTES**

#### **2.1. La demanda<sup>1</sup>.**

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES, instauró demanda de NULIDAD ELECTORAL en contra del señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

#### **2.2. Pretensiones**

PRIMERO: Que se declare la nulidad del artículo 38 del Decreto 1496 del 2 de julio de 2019, por medio del cual el Procurador General de la Nación prorrogó el nombramiento en provisionalidad, hasta por 6 meses, del señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA, en el cargo de Procurador 175 Judicial I para la Conciliación Administrativa de Cartagena, Código 3PJ, Grado EG.

---

<sup>1</sup> Folio 1-5



13-001-23-33-000-2019-00492-00

### 2.3 Hechos

Como sustento de su pretensión, la parte actora manifiesta que por medio de sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, la Corte constitucional declaró la inexecutable de la expresión "Procurador Judicial" contenida en el numeral 2º del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, al considerar que los cargos ocupados por dichos empleados es de carrera administrativa; en consecuencia, ordenó la realización de un concurso de méritos, para la provisión de dichos cargos.

Expone, que mediante Resolución No. 040 del 20 de enero de 2015, se convocó a concurso de méritos, para proveer entre otras vacantes, la de Procurador Judicial para la Conciliación Administrativa (convocatoria 013-2015); que, una vez superadas todas las etapas del concurso, se expidió la Resolución No. 338 del 8 de julio de 2016, la cual contenía la lista de elegibles para ocupar las vacantes ofertadas en la convocatoria en mención, por una vigencia de 2 años, es decir, vencía el **8 de julio de 2018**.

Indica, que en virtud de la lista de elegibles en mención, se nombró a la señora GLORIA GUZMÁN DUQUE, en el cargo Procuradora 163 Judicial II Penal en la ciudad de Santa Marta, mediante Decreto 3704 del 8 de agosto de 2016; que dicho cargo estaba siendo ocupado hasta la fecha, por el señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA.

Expone que, en virtud de una acción popular identificada con el radicado: 25-000-23-41-000-2018-00666-00, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca profirió el auto 2018-007-00419 AP, del 6 de julio de 2018, en el que se ordenó la suspensión de la vigencia de la referida lista; decisión a la que se le dio cumplimiento mediante la Resolución 402 del 10 de julio de 2018.

Afirma, que el señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA fue **nombrado en provisionalidad**, como Procurador 175 Judicial I para la Conciliación Administrativa de Cartagena, mediante Decreto 5046 del 14 de diciembre de 2018; nombramiento que posteriormente fue prorrogado mediante Decreto 1496 de julio de 2019.

Como concepto de violación, se expone que el señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA no cuenta con derechos de carrera para optar al cargo que ocupa,



13-001-23-33-000-2019-00492-00

y que en virtud de la constitución y la ley, en el mismo debió nombrarse, **en encargo**, un funcionario de carrera que cumpliera con los requisitos.

#### **2.4 Normas violadas y concepto de la violación**

El demandante expuso, como normas violadas, las siguientes:

- Constitución Nacional, art. 125
- Ley 1437 de 2011, artículos 137 y 275
- Ley 909 de 2004, artículo 24
- Ley 262 de 2000

Como concepto de violación expuso, que con el acto administrativo demandado viola las disposiciones superiores antes citadas, toda vez que al prorrogar el nombramiento en provisionalidad del señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA, como Procurador Judicial I para la Conciliación Administrativa en la ciudad de Cartagena, no se tuvo en cuenta la utilización de la figura del encargo, mecanismo éste que tiene una aplicación preferente según lo establece la Ley 909/04.

Sostiene, que todo nominador, incluido el Procurador General de la Nación, debe agotar el encargo antes de acudir al nombramiento en provisionalidad, en caso de que se presenten vacancias temporales dentro de la entidad. Explica, que toda entidad que maneje el sistema de carrera administrativa se encuentra obligada a proveer los cargos vacantes tal como lo establece el artículo 125 de la Constitución Política Colombiana, pues el encargo constituye un derecho preferencial de la carrera.

Indica, que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en determinar el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se disponen nombramientos en provisionalidad o en encargo, de cargos de carrera administrativa, en el sentido de imponer al nominador la obligación de justificar las razones por las cuales se acude a una figura que constituye una excepción para proveer dichos cargos.

Afirma, que se viola el principio del mérito establecido en el artículo 125 de la Constitución cuando se le da prevalencia al nombramiento en provisionalidad sobre la figura del encargo, lo cual constituye un derecho de carrera según lo establece la Ley 909 de 2004





### III.- ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda fue presentada el día 4 de octubre de 2019 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl. 25 y 55); siendo remitida por competencia a esta Corporación, según consta en auto del 10 de octubre de 2019 (fl. 57-58)
- El asunto en comento, fue recibido por la Oficina de Servicios el 28 de octubre de 2019 siendo repartida para su conocimiento al Despacho 006 de este Tribunal (fl. 63).
- En virtud de lo anterior, el 30 de octubre de 2019 se dictó el auto en el que se requirió una prueba esencial para la proceder con la admisión de la demanda (fl. 67); dicha información fue recaudada el 5 de noviembre de 2019 (fl. 78-87), por lo que el 14 de noviembre de esa misma anualidad se dictó auto admisión de la demanda, ordenándose la notificación respectiva a los demandados, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado (fl. 90-93). Además de lo anterior, en la misma providencia se decidió la medida cautelar solicitada por la parte actora, denegándose la suspensión del acto de nombramiento.
- El 19 de noviembre de 2019, se notificó personalmente a las partes la providencia de admisión de demanda. En la misma fecha acudió el demandado JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA, personalmente a este Tribunal para notificarse (94-98).
- El 18 de noviembre se fijó aviso a la comunidad informando sobre la existencia del presente asunto (fl. 99).
- El plazo para contestar la demanda en el otorgado en el art. 279 del CPACA, venció el **10 de diciembre de 2019**; y, dentro de esa oportunidad dieron respuesta a la demanda la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, el 4 de diciembre (fl. 101-113) y el señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA el 10 de diciembre (fl. 133-141)
- De acuerdo con lo anterior, el 16 de diciembre de 2019 se dictó auto señalando como fecha para la realización de la audiencia inicial, el 18 de febrero de 2020 (fl. 151).



#### IV.- CONTESTACIÓN

##### **4.1 Contestación de la Procuraduría General de la Nación<sup>2</sup>**

Sostiene que los hechos de la demanda son ciertos, pero no comparte los argumentos de la misma, según los cuales no es posible el nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera que se encuentra con vacancia definitiva.

Afirma que, por medio de convocatoria contenida en Resolución 040 del 20 de enero de 2015, se abrió concurso de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II del país. Que, para Procurador Judicial I para la Conciliación Administrativa, se abrieron 107 vacantes y la lista de elegibles fue integrada por 91 concursantes, lo que quiere decir es que el número de empleos ofertados fue superior al número de integrantes de la lista; de ahí que quedarán cargos sin ocupar, en los cuales pueden ser nombrados funcionarios en provisionalidad, por lo que no es procedente cuestionar la actuación del Procurador General de la Nación.

Explica, que la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 338 del 8 de julio de 2016, para Procurador Judicial I, ya se encuentra vencida, pues la suspensión ordenada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca fue levantada el 18 de septiembre de 2018.

Sostiene, que la Constitución Política de Colombia, a través de su artículo 279 establece que la ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, en ese orden de ideas, se expidió el Decreto Ley 262 de 2000 el cual definió el sistema de ingreso y retiro a dicha entidad. Así las cosas, la norma en cita establece que el Procurador General de la Nación, en aras de garantizar la prestación y continuidad del servicio, podrá nombrar en provisionalidad en un empleo de carrera, mientras la entidad adelanta el proceso de selección por concurso de méritos.

Al respecto, invoca la sentencia C-077 de 2004, en la que la Corte Constitucional expone que la realización del concurso público de méritos para proveer un empleo vacante definitivamente requiere un tiempo mínimo, en el

---

<sup>2</sup> Folio 103-110 c. 1



13-001-23-33-000-2019-00492-00

cual puedan desarrollarse las etapas de convocatoria y la conformación de la lista de elegibles. Que la función pública requiere continuidad y, además, debe cumplir los principios de celeridad y eficacia, entre otros, consagrados en el Art. 209 de la Constitución, los cuales son condiciones para alcanzar los fines esenciales del Estado, consagrados en el Art. 2º ibídem. La providencia afirma que, en estos eventos, se impone como una necesidad la provisión del cargo en forma temporal o transitoria, mientras se puede hacer la provisión definitiva, lo cual se logra mediante las instituciones del nombramiento provisional de cualquier persona que reúna los requisitos para su desempeño o mediante el encargo a empleados de carrera, pues lo relevante en ese evento es la necesidad de darle continuidad a la prestación de la función pública, por el tiempo que dure la situación administrativa correspondiente.

En ese sentido, concluye diciendo que, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, los cargos de carrera que se encuentren con vacancia temporal o definitiva pueden ser provistos con encargos o con nombramientos en provisionalidad, sin que ello implique un atentado contra la integridad y regularidad de los concursos de mérito, y mucho menos, se menoscaben las expectativas legítimas de quienes se encuentren en lista de elegibles.

#### **4.2 Contestación del señor Jesús Antonio Herrera Palmera<sup>3</sup>**

Manifiesta que los hechos de la demanda son parcialmente ciertos y que es potestad del nominador, PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN, proveer las vacantes por encargo o en provisionalidad, toda vez que el legislador así lo determinó en el Decreto Ley 262 de 2000.

Afirma que, el nominador en este caso se encuentra plenamente facultado por la ley para proveer con un nombramiento en provisionalidad, las vacantes definitivas que se presenten en la entidad, sin necesidad de acudir, específicamente, a la figura del encargo de un empleado en carrera; igualmente acoge los argumentos expuestos por la Procuraduría General de la Nación en su defensa, haciendo énfasis en que dicha entidad cuenta con una norma especial que regula la carrera administrativa y por ello no es aplicable la Ley 909 de 2004.

<sup>3</sup> Folio 133-141 c. 1





13-001-23-33-000-2019-00492-00

Explica, que la prórroga de los nombramientos en provisionalidad no requiere ser motivada, sino que se entiende autorizada por la necesidad dar continuidad al servicio en virtud del artículo 188 del Decreto Ley 262 de 2000.

Agrega que tanto el acto de nombramiento, como el de prórroga aquí demandado, se expidieron con el lleno de los requisitos legales, puesto que en esas fechas ya la lista de elegibles se encontraba vencida, razón ésta que demuestra que no era necesaria una motivación detallada de la situación.

Adicionalmente, cita la sentencia 077 de 2004 y manifiesta que tiene más de 20 años de experiencia en cargos de la P.G.N., por lo que cumple con los requisitos para estar en el cargo.

### **V. - ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los alegatos fueron escuchados en audiencia del 18 de febrero de 2020, y quedaron consignados en audio visible a folio 179 del expediente, así:

**5.1 Alegatos de la parte demandante (Min: 2:59):** expone que la prórroga contenida en el Decreto 1496 de 2019 incurrió en violación del mérito y régimen de carrera administrativa, en virtud de las siguientes causales de nulidad: i) violación de las normas en que debería fundarse por violación del art. 125 de la CP., artículo 24 de la Ley 909 de 2004, además de las reglas jurisprudenciales que se señalan en la demanda; ii) falta de motivación del acto administrativo demandado pues en el mismo no se justificó por qué se accedió a un nombramiento en provisionalidad en vez de acudir a la figura del encargo; y mucho menos, se explicó cuáles fueron las razones del servicio que motivaron tal decisión.

**5.2 Alegatos del señor Jesús Antonio Herrera (Min: 7:00):** Manifiesta que el acto administrativo no está incurrido en ninguna de las causales alegadas por la parte actora, toda vez que éste es prórroga de un acto que fue el que creó derecho en favor del demandado, y el cual adquirió firmeza toda vez que no fue demandado en la oportunidad correspondiente. Considera que el Decreto 1496/19 encuentra fundamento en la facultad discrecional del PGN con fundamento en el D. 262/00, art. 85., en el cual se establece que se puede nombrar en provisionalidad cuando existan cargos de carrera con vacancia definitiva. Insiste en el hecho de que la lista de elegibles para Procurador Judicial I Administrativo se encuentra vencida, y que además, en el Ministerio



13-001-23-33-000-2019-00492-00

Público no se encuentra una persona con mejor derecho que haya opcionado al cargo, por lo que en ninguna medida se transgredió o violó ninguna norma.

Sostiene que el accionado tiene suficiente experiencia y requisitos para ocupar el cargo en mención por lo que debe mantenerse la legalidad del acto acusado.

**5.3 Alegatos de la procuraduría General de la Nación (Min: 14:30):** Propone que se confirme la legalidad del acto acusado, toda vez que no se atentó contra la regularidad del concurso de mérito; explica que, en el caso de los Procuradores Judiciales se ofertaron 107 plazas y solo 91 concursantes cumplieron con todas las etapas del concurso por lo que todas fueron nombrados, en ese orden de ideas, al Procurador le quedó la necesidad de cubrir las plazas que quedaron vacantes con nombramiento en provisionalidad para mantener la prestación del servicio, tal y como lo establece el Decreto Ley 262/00; por lo que no se le violó el derecho de carrera a ningún funcionario. Manifiesta que se ratifica en los argumentos de la contestación de la demanda.

**5.4 Concepto del Ministerio Público (Min: 16:20):** Expresa que la provisión de los cargos de carrera que se encuentren vacantes, corresponden a la discrecionalidad del Procurador General de la Nación, pues así lo dispone el Decreto 262/00, norma de especial regulación para el sistema de carrera de dicha entidad, por lo tanto deben negarse las pretensiones de la demanda, puesto que los argumentos de la misma no resultan ser suficientes para declarar la nulidad solicitada. Además, tampoco se encuentra probado que se haya dejado de nombrar, en encargo, a un empleado de carrera con mejor derecho y que cumpla con los requisitos que exigidos en la norma en cita.

## VI.- CONSIDERACIONES

### **6.1. Control de legalidad**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

### **6.2. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en única instancia, por disposición del numeral 12 del artículo 151 del CPACA.



### 6.3 Actos administrativos demandados.

- Que se declare la nulidad del artículo 38 del Decreto 1496 del 2 de julio de 2019, por medio del cual el Procurador General de la Nación prorrogó el nombramiento en provisionalidad, hasta por 6 meses, del señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA, en el cargo de Procurador 175 Judicial I para la Conciliación Administrativa de Cartagena, Código 3PJ, Grado EG.

### 6.4 Problema jurídico.

Teniendo en cuenta que el objeto de la controversia, este Tribunal considera que el problema jurídico a resolver es el siguiente:

*¿Debe declararse la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Decreto 1496 del 2 de julio de 2019, por ser contrario a la Ley 909 de 2004 y Decreto Ley 262 de 2000?*

Para resolver la petición anterior, se hace necesario determinar lo siguiente:

*¿Es obligatorio proveer los cargos de carrera, con vacancia temporal o definitiva, mediante encargos; o es procedente realizar nombramientos en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación?*

*¿Cuál es la norma aplicable para el caso de los nombramientos en la Procuraduría General de la Nación: la Ley 909 de 2004 o la Ley 262 de 2000?*

*¿Existe falta de motivación del acto administrativo que prórroga el nombramiento del señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA, en el cargo de Procurador 175 Judicial I para la Conciliación Administrativa de Cartagena?*

### 6.5 Tesis de la Sala

Para la Sala, se deben denegar las pretensiones de la demanda, toda vez que no se encuentran demostradas las causales de nulidad que se invocan en la misma; lo anterior, teniendo en cuenta que no es obligación del Procurador General de la Nación proveer los cargos vacantes de los empleos de carrera, por medio de la figura del encargo, como derecho de carrera preferencial,



13-001-23-33-000-2019-00492-00

como quiera que dicha disposición solo aplica para las entidades públicas que se encuentren regidas por la Ley 909 de 2004.

En ese caso, la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con el artículo 279 de la Constitución Política de Colombia cuenta con un régimen de carrera especial, que se encuentra contenido en el Decreto Ley 262 de 2000, el cual consagra la posibilidad de que este tipo de empleos sean provistos ya sea en provisionalidad o en encargo; sin darle a éste último algún tipo prioridad especial.

En ese orden de ideas se tiene que, en efecto, el Procurador General de la Nación cuenta con facultades legales para proveer empleos de carrera con vacancia definitiva, ya sea por medio de nombramientos en provisionalidad o en encargo, hasta tanto se lleve a cabo el respectivo concurso de méritos; lo que constituye suficiente motivación para expedir el acto.

#### **6.6 Marco Normativo y Jurisprudencial**

De acuerdo con la Constitución Política de 1991, el sistema de mérito constituye la forma general de provisión de los empleos públicos del Estado, el mismo, tiene por finalidad dar primacía al criterio meritocrático como mecanismo para consolidar los derechos de los ciudadanos relacionados con el acceso y desempeño de cargos públicos, al derecho a la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

El anterior principio, se encuentra consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, que establece lo siguiente:

*"ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*



13-001-23-33-000-2019-00492-00

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción."*

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-963/03 ha expuso que:

*"En salvaguarda de los propósitos, derechos y deberes que engloba el régimen de carrera, el artículo 125 in fine le prohíbe al nominador apoyarse en la filiación política de los ciudadanos para nombrarlos en un empleo de carrera, para ascenderlos o finalmente para removerlos. Esta prohibición comporta una fortaleza jurídica que le corresponde al Estado mantener y desarrollar en todas las etapas e instancias del concurso de méritos, en la vinculación y posterior evaluación del desempeño para efectos del ascenso, y por supuesto, en la ponderación y aplicación de las causales de retiro. Igualmente, la prohibición en comento se erige como bastión del derecho fundamental a la libertad de conciencia, dado que, el nominador debe respetar el fuero interno de los aspirantes y empleados de su resorte, inhibiéndose de cualquier alusión o conducta que pueda lesionar el derecho que toda persona tiene a proclamar y ejercer las ideas políticas de su preferencia. Advirtiendo al punto que el quebrantamiento de esa prohibición redundaría en detrimento del derecho al trabajo, a la igualdad, al desempeño de funciones y cargos públicos, y por tanto, en la medida en que la ponderación del mérito pierde peso, se atenta contra los fundamentos y objetivos de la función administrativa, de la función judicial, y de todas las demás funciones que al Estado le corresponde realizar con personal de carrera en el espectro de los fines esenciales y no esenciales que la Constitución le encomienda.*

*En relación con el régimen de carrera, en el plano general, mediante sentencia C-517 de 2002 afirmó esta Corte:*

*Esta Corporación reiteradamente ha expresado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta Política, por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera (...) la carrera administrativa tiene el carácter de principio del ordenamiento superior "que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, a tiempo que se erige en instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría, como los de igualdad e imparcialidad, y de derechos fundamentales tales como el consagrado en el numeral 7º del artículo 40 de la Constitución, que le garantiza a todos los ciudadanos, salvo las excepciones que establece la misma norma superior, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos".*

*Los contornos de esta facultad, según la jurisprudencia, están delimitados por tres objetivos fundamentales a saber:*



13-001-23-33-000-2019-00492-00

i) *La búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público, ya que la administración debe seleccionar a sus trabajadores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional empleando el concurso de méritos como regla general para el ingreso a la carrera administrativa;*

ii) *La garantía de la igualdad de oportunidades, pues de conformidad con lo preceptuado en el artículo 40-7 de la Carta todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas; y*

iii) *La protección de los derechos subjetivos consagrados en los artículos 53 y 125 de la Carta, pues esta Corporación ha señalado que las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos que deben ser protegidos y respetados por el Estado".*

### **6.6.1 Del régimen general de carrera administrativa.**

Conforme con el artículo 130, de la Constitución Política, el régimen general de carrera administrativa es responsabilidad de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en cuanto su administración y vigilancia. En virtud a la norma anterior, se expidió la Ley 909 de 2004, "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", y cuyo objeto es "la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública"

En ese orden de ideas, el artículo 3º la norma en comento expone:

#### **ARTÍCULO 3. Campo de aplicación de la presente ley.**

*1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:*

a) *A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.  
(...)*

b) *A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:*

c) *A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;  
(...)*



13-001-23-33-000-2019-00492-00

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

**2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:**

- Rama Judicial del Poder Público.

**- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.**

- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

- Fiscalía General de la Nación.

(...)

**PARÁGRAFO.** Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley.

En lo que se refiere al sistema de provisión de cargos con vacancia temporal o permanente, la norma en cita establece:

**ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.**

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

**El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.**

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.



13-001-23-33-000-2019-00492-00

**En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.**

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicara para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.

**ARTÍCULO 25. 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 serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

### **6.6.3 Régimen especial de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación.**

En lo que se refiere al régimen especial de la Procuraduría General de la Nación, se tiene que la constitución, en su artículo 279 dispone lo siguiente:

**"ARTICULO 279.** La ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo".

En obediencia a lo anterior, el legislativo colombiano expidió la Ley 201 del 28 de julio de 1995, con el fin de regular la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, sin embargo, tal disposición fue derogada parcialmente por medio del Decreto Ley 262 del 22 de febrero de 2000, "Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos" establece lo siguiente:



13-001-23-33-000-2019-00492-00

**ARTÍCULO 1º. Suprema dirección del Ministerio Público.** La Procuraduría General de la Nación es el máximo organismo del Ministerio Público. Tiene autonomía administrativa, financiera y presupuestal en los términos definidos por el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional y ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación.

**ARTÍCULO 7º. Funciones.** El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones:

45. Ejercer la suprema dirección y administración del sistema de carrera de la entidad, (...)

En cuanto al régimen de carrera administrativa, la norma en cita establece lo siguiente:

**"ARTÍCULO 82. Clases de nombramiento.** En la Procuraduría General de la Nación se pueden realizar los siguientes nombramientos:

a) *Ordinario:* para proveer empleos de libre nombramiento y remoción.

b) *En período de prueba:* para proveer empleos de carrera con personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de méritos.

**c) Provisional: para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso.**

**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.**

Parágrafo. Nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos".

**"TÍTULO XIV  
RÉGIMEN DE CARRERA DE LA PROCURADURÍA GENERAL  
CAPÍTULO I  
DISPOSICIONES GENERALES**

**ARTÍCULO 183. Concepto.** La carrera de la Procuraduría es un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la entidad y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso a ella, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascender, como también establecer la forma de retiro de la misma.



13-001-23-33-000-2019-00492-00

Para alcanzar estos objetivos, el ingreso, la permanencia y el ascenso en los empleos de carrera de la Procuraduría se hará exclusivamente con base en el mérito, sin que las consideraciones de raza, religión, sexo, filiación política u otro carácter puedan influir sobre el proceso de selección.

**ARTÍCULO 184. Provisión de los empleos de carrera por vacancia definitiva.** La provisión de los empleos de carrera por vacancia definitiva se hará de acuerdo con el orden de prioridad establecido en el artículo 190 de este decreto. Si no fuere posible, el empleo se proveerá, previo concurso, por nombramiento en período de prueba, o en propiedad cuando se supere el período de prueba o cuando se ascienda sin cambiar de nivel, como resultado de un concurso de méritos.

**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.

**PARÁGRAFO.** Lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo, regirá a partir del 1º de enero del año 2001 y lo dispuesto en el inciso quinto regirá a partir de agosto del año 2000.

**ARTÍCULO 186. Nombramiento provisional.** El nombramiento tendrá carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, aunque en el respectivo acto administrativo no se determine la clase de nombramiento de que se trata.

También tendrá carácter provisional la vinculación del servidor que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que, en virtud de la ley o de decisión judicial, se



13-001-23-33-000-2019-00492-00

convierta en cargo de carrera. En este caso, el concurso para proveer definitivamente la vacante respectiva será abierto.

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** El empleado que esté desempeñando un cargo de carrera en calidad de provisional al momento de la entrada en vigencia de este decreto, podrá participar, en igualdad de condiciones, en el concurso realizado para la provisión del respectivo empleo, aunque éste sea de ascenso.

**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".

En sentencia C- 077 del 2004, la Corte Constitucional expuso que "La gestión de personal del Estado colombiano tiene como principio general el sistema de carrera administrativa (art. 125 C.P.), el cual tiene dos claros objetivos, uno referente al Estado y otro que hace relación con la persona. En primer lugar, la carrera administrativa busca la vinculación y permanencia al aparato estatal de las mejores personas, a través de la selección y evaluación, bajo el criterio de méritos y calidades; el Estado, entonces, garantiza el mejor nivel de aptitud en los elementos que lo integran, lo cual aumenta la posibilidad de desarrollar con eficiencia y eficacia sus funciones. Como segunda medida, el sistema de carrera brinda la posibilidad a todas las personas, o a todos los ciudadanos, en



13-001-23-33-000-2019-00492-00

los casos respectivos, de acceder en igualdad de oportunidades a los cargos públicos, sin mediar otras variables diferentes a los méritos y calidades. La carrera administrativa protege así no sólo la eficiencia y eficacia de la actividad estatal sino también la igualdad en el acceso a la función pública".

De igual forma explica:

"Específicamente respecto de la Procuraduría General de la Nación, el Art. 183 del Decreto ley 262 de 2000 señala que "[l]a carrera de la Procuraduría es un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la entidad y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso a ella, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascender, como también establecer la forma de retiro de la misma"

"Para alcanzar estos objetivos, el ingreso, la permanencia y el ascenso en los empleos de carrera de la Procuraduría se hará exclusivamente con base en el mérito, sin que las consideraciones de raza, religión, sexo, filiación política u otro carácter puedan influir sobre el proceso de selección".

4. El demandante plantea que el nombramiento en provisionalidad contemplado en las disposiciones parcialmente acusadas es contrario a la regulación constitucional de la carrera administrativa, en cuanto impide el acceso a los cargos públicos mediante concurso público, con base en los méritos y calidades de los aspirantes, permitiendo que aquellos sean ejercidos por sujetos que no cumplen los requisitos constitucionales y legales, y quebranta el principio de igualdad de todas las personas, al negarles dicho acceso.

Las mencionadas normas prevén, en lo acusado, que en la Procuraduría General de la Nación se puede realizar nombramiento provisional para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso y, también, 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 (Art. 82); que 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; efectuado el nombramiento en encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento (Art. 185); que el nombramiento tendrá carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, aunque en el respectivo acto administrativo no se determine la clase de nombramiento de que se trata (Art. 186); 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 (Art. 187), y que el



13-001-23-33-000-2019-00492-00

encargo y la provisionalidad, cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera, tendrán un término que podrá prorrogarse (Art. 188).

**La realización del concurso público de méritos para proveer un empleo vacante definitivamente requiere un tiempo mínimo, en el cual puedan desarrollarse las etapas de convocatoria, pruebas de selección y conformación de la lista de elegibles. Por otra parte, la función pública requiere continuidad y, además, debe cumplir los principios de celeridad y eficacia, entre otros, consagrados en el Art. 209 de la Constitución, los cuales son condiciones para alcanzar los fines esenciales del Estado consagrados en el Art. 2º ibídem.**

**Por estas razones, con un criterio racional y práctico se impone como una necesidad la provisión del cargo en forma temporal o transitoria, mientras se puede hacer la provisión definitiva, lo cual se logra mediante las instituciones del nombramiento provisional de cualquier persona que reúna los requisitos para su desempeño o mediante el encargo a empleados de carrera.**

(...)

Así mismo, la afirmación del demandante en el sentido de que el nombramiento en provisionalidad posibilita que la autoridad nominadora designe a personas que no cumplen los requisitos legales para el ejercicio del cargo de carrera respectivo, no es exacta, pues el parágrafo del Art. 82 del Decreto ley 262 de 2000, que no forma parte de las expresiones acusadas, estatuye que "nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos", disposición ésta que es reiterada expresamente en los apartes demandados del Art. 185 de dicho decreto.

**Se observa que en esta forma el nombramiento en provisionalidad para proveer una vacante definitiva en un cargo público de carrera no atenta contra la integridad y la regularidad del concurso público de méritos y, por el contrario, permite su realización y por tanto el logro de sus fines y protege el derecho de todas las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, con base en los méritos y calidades y en igualdad de condiciones, conforme a lo previsto en los Arts. 13, 40 y 125 superiores.**

**Por otra parte, cuando la vacante en el cargo público de carrera no es definitiva, sino temporal, el mismo debe ser provisto también en forma transitoria, por la misma razón anotada de la necesidad de continuidad en la prestación de la función pública, por el tiempo que dure la situación administrativa correspondiente, mediante encargo o mediante nombramiento provisional, de acuerdo con las mismas normas legales.**

Por estas razones los cargos formulados carecen de fundamento y, en consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad de las expresiones acusadas, por los cargos examinados en esta sentencia".



## 7.8 Caso concreto

### 7.8.1 Hechos Probados

- Por medio de Resolución 040 del 20 de enero de 2015, se dio apertura a la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad. Dentro de los cargos ofertados, se encontraban 317 para Procurador Judicial I, entre los cuales se encuentra la convocatoria 3PJ-EG, para Procurador Judicial I Delegados para la Conciliación Administrativa<sup>4</sup>.
- Al proceso se aportó la Resolución 338 del 8 de julio de 2016<sup>5</sup>, por medio de la cual se expidió la lista de elegibles del concurso abierto realizado para proveer los cargos de Procurador Judicial I en mención<sup>6</sup>.
- Con auto interlocutorio del 6 de julio de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección B, decidió suspender, de manera transitoria, la vigencia de la lista de elegible del concurso convocado mediante Resolución 040 de 2015, en atención a la medida cautelar presentada en virtud de la acción popular iniciada por Esteban Garcés Naranjo, identificada con el Radicado No. 25-000-23-41-000-2018-00666-00<sup>7</sup>.
- Según consta en el Decreto 3704 del 8 de agosto de 2016, el Procurador General de la Nación, nombró en periodo de prueba a la señora Gloria Guzmán Duque, en el cargo de Procurador Judicial II Código 3PJ, Grado EC, en la Procuraduría 163 Judicial II Penal en la ciudad; dicho cargo, estaba siendo ocupado, en provisionalidad por el señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA y por lo tanto dio por terminado su vínculo laboral con ésta entidad<sup>8</sup>.
- Por medio del Decreto 5046 del 14 de diciembre de 2018, el Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad al señor JESÚS ANTONIO

<sup>4</sup> Prueba 6 del CD visible en la carpeta delantera del expediente

<sup>5</sup> También se puede verificar en el siguiente link:

[https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/323%2013%20elegibles\\_convocatoria\\_013.pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/323%2013%20elegibles_convocatoria_013.pdf)

<sup>6</sup> Folio 40-44

<sup>7</sup> Prueba 9 del CD visible en la carpeta delantera del expediente

<sup>8</sup> Folio 45-46





13-001-23-33-000-2019-00492-00

HERRERA PALMERA en el cargo de Procurador Judicial I, Código 3PJ Grado EG, de la Procuraduría 175 Judicial I Administrativa de Cartagena<sup>9</sup>.

- Decreto 1496 del 2 de julio de 2019, por medio del cual el Procurador General de la Nación, decidió prorrogar el nombramiento en provisionalidad, por el término de 6 meses, al señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA, en el cargo de Procurador Judicial I, Código 3PJ Grado EG, de la Procuraduría 175 Judicial I Administrativa de Cartagena (artículo 38)<sup>10</sup>.

### **7.8.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial**

Advierte este Tribunal que mediante sentencia C-101 de 2013, la Corte Constitucional declaró 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. En consecuencia, ordenó a la Procuraduría General de la Nación que, en un término máximo de seis meses contados a partir de la notificación de dicho fallo, convocara a la realización de un concurso de méritos para la provisión, en propiedad, de los cargos de Procurador Judicial.

En obediencia a lo anterior, el Procurador General de la Nación expidió la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, mediante la cual se dio apertura y reglamentó la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad. Dentro de los cargos ofertados, se encontraban 317 para Procurador Judicial I, dentro de los cuales se hallaba la convocatoria para Procurador Judicial I Delegados para la Conciliación Administrativa (3PJ-EG)<sup>11</sup>.

De igual forma se tiene que, por medio de la Resolución 338 del 8 de julio de 2016, publicada en la misma fecha, se expidió la lista de elegibles del concurso en mención, la cual tendría una vigencia de 2 años contados a partir de la fecha de su publicación, según se expone en el artículo tercero de la misma<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Folio 47

<sup>10</sup> Folio 30-39

<sup>11</sup> Prueba 6 del CD visible en la carpeta delantera del expediente

<sup>12</sup> Folio 40-44



13-001-23-33-000-2019-00492-00

El acto administrativo anterior, fue suspendido de manera transitoria en virtud del auto interlocutorio del 6 de julio de 2018<sup>13</sup>, por orden del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subseccion B, en atención a la medida cautelar presentada en virtud de la acción popular iniciada por Esteban Garcés Naranjo, identificada con el Radicado No. 25-000-23-41-000-2018-00666-00; sin embargo, dicha medida fue levantada mediante auto del 18 de septiembre de 2018, según consta en la página de consulta de procesos de la Rama Judicial<sup>14</sup>.

Por otra parte, encuentra demostrado que el señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA se encontraba nombrado en provisionalidad, en la ciudad de Santa Marta, ocupando el cargo de Procurador Judicial II Código 3PJ, Grado EC, en la Procuraduría 163 Judicial II Penal de esa ciudad, hasta el 8 de agosto de 2016, cuando fue relevado del cargo debido al nombramiento en carrera de Dra. GLORIA GUZMÁN DUQUE.

Que el señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA posteriormente fue nombrado mediante Decreto 5046 del 14 de diciembre de 2018 (cuando la lista de elegible ya se encontraba vencida), en el cargo de Procurador Judicial I, Código 3PJ Grado EG, de la Procuraduría 175 Judicial I Administrativa de Cartagena, en provisionalidad, siendo prorrogada su nominación mediante Decreto 1496 del 2 de julio de 2019.

### **1.2.1 Del régimen de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación.**

En el caso de marras, se demanda la nulidad del artículo 38 del Decreto 1496 del 2 de julio de 2019, por medio del cual se prorrogó el nombramiento en provisionalidad del señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA, aduciendo que se violó el régimen de carrera administrativa de la Procuraduría, pues a su parecer, debió dársele aplicación a la Ley 909 de 2004, en cuanto prevé que en caso de vacancia temporal o definitiva de un cargo de carrera, debe

<sup>13</sup> Prueba 9 del CD visible en la carpeta delantera del expediente

<sup>14</sup>

<https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=Dw0mAOp7OJrbw9BOK0qDzpeq0Wk%3d>



13-001-23-33-000-2019-00492-00

proveerse el mismo por medio de encargo, pues este constituye un privilegio del derecho de carrera.

Como ya se mencionó en el marco normativo de esta providencia, el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia consagra el principio del mérito como forma de proveer los empleos en los órganos y entidades del Estado, para ello, dispone que todos éstos son de carrera salvo los cargos de elección popular, los de trabajadores oficiales, libre nombramiento y remoción, y los demás que señale la ley, y que compete al legislador la determinación del régimen jurídico correspondiente, señalando el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes así como las causales de retiro del servicio oficial.

En ese orden de ideas, se tiene que la Ley 909 de 2004 determina el régimen general de la carrera de la administración pública; en la misma, se regula el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública.

Su ámbito de aplicación se encuentra descrito en el artículo 3º, que establece lo siguiente:

**"Art. 3º. Campo de aplicación de la presente ley.**

(...)

**2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:**

- Rama Judicial del Poder Público.
  - **Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.**
  - Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.
  - Fiscalía General de la Nación.
  - Entes Universitarios autónomos.
  - Personal regido por la carrera diplomática y consular.
  - El que regula el personal docente.
  - El que regula el personal de carrera del Congreso de la República
- (...)"

La norma que se transcribe permite establecer que el legislador, al regular la carrera administrativa de los empleados públicos, no incluyó a la Procuraduría General de la Nación dentro de su ámbito de aplicación general, sino de manera supletoria. En efecto, la literalidad del numeral 2 del artículo 3º mencionado, excluye de su aplicación a la Procuraduría General de la Nación,



13-001-23-33-000-2019-00492-00

reafirmando de esta manera que dichos entes deben regirse por una carrera administrativa especial. Sin embargo, el numeral 2 del mismo artículo considera aplicable a ellos la norma general de carrera, cuando se presenten vacíos en la "normatividad que los rige", esto es, en el Decreto Ley 262 de 2000.

Considera esta judicatura que, al no incluir la Ley 909 de 2004 a la Procuraduría General de la Nación dentro de su ámbito de aplicación, y por el contrario, excluirla expresamente, dejando su aplicación sólo de manera supletoria; es claro que el legislador fue consecuente con lo dispuesto en el artículo 279 de la Carta Magna, que le reconoce su autonomía y régimen especial constitucional.

En ese sentido, advierte esta Judicatura que la norma que regula de forma especial el régimen de la Procuraduría General de la Nación, es el Decreto Ley 262 de 2000, por lo que, solo en caso de que la misma presente vacíos, se acudir a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004.

Ahora bien, en lo tocante a las carreras especiales la Corte Constitucional en sentencia C-517 de 2002 dijo:

*"La Corte también ha señalado que de conformidad con el artículo 130 de la Carta Política existen varias carreras administrativas, **unas administradas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y otras que se separan de dicha competencia por tener carácter especial en los términos previstos en la ley. Regímenes especiales que pueden tener origen constitucional o legal y que también deben ser configurados por el legislador bien directamente o mediante el otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo.***

La Corte mediante Sentencias C-391 de 1993 y C-356 de 1994 ha determinado que los regímenes especiales creados por la Constitución son: el de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (artículos 217 y 218); Fiscalía General de la Nación (artículo 253) Rama Judicial del poder público (artículo 256, numeral 1º); Contraloría General de la República (artículo 268 numeral 10º), y **Procuraduría General de la Nación** (artículo 279). Lista a la que hay que agregar la carrera de la universidades del Estado (artículo 69), de acuerdo con lo expresado en la sentencia C-746 de 1999.

Además de los regímenes especiales de rango constitucional, pueden existir regímenes especiales de origen legal. Al efecto, el artículo 4º de la Ley 443 de 1998, por la cual se expidieron normas sobre carrera administrativa, dispone que los regímenes especiales de carrera creados por la ley son aquellos que "en razón de la naturaleza de las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan el sistema general". El mismo artículo 4º determina que estos son los que rigen



13-001-23-33-000-2019-00492-00

*para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-; en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC; en la Registraduría Nacional del Estado Civil; en la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales; los que regulan la carrera diplomática y consular y la docente. Así mismo el parágrafo 2º de dicha disposición establece que "...el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, en razón de que su misión, objeto y funciones básicas consisten en la investigación y/o el desarrollo tecnológico, tendrán un régimen específico de carrera y de administración de su personal, de conformidad con el reglamento que para el efecto adopte el Gobierno Nacional..."*

*Para la Corte el establecimiento por parte del legislador de regímenes especiales de carrera debe responder a un principio de razón suficiente, en la medida en que a través de ellos debe tomar en consideración la especificidad de las funciones que cumple el respectivo órgano o institución, de manera que el sistema específico de carrera que se adopte contribuya eficazmente al cumplimiento de las funciones que le han sido asignadas por la Constitución o la ley.*

*Estos regímenes especiales serán constitucionales "en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general".*

*Vale la pena anotar que según la jurisprudencia el origen de creación de un régimen de carrera constitucional o legal no es el único criterio para diferenciar si un régimen es especial o no, pues, al legislador le corresponde, al hacer las determinaciones del caso, atender la propia naturaleza del régimen y las consecuencias que su decisión implica, entre ellas el hecho de que sobre un determinado régimen de creación legal la Comisión Nacional del Servicio Civil tenga o no la competencia señalada en el artículo 130 de la Constitución".*

En ese orden de ideas, se tiene que la carrera administrativa de los empleados públicos administrativos de la Procuraduría General de la Nación, es de índole constitucional y tiene un régimen especial, en virtud de lo señalado en el artículo 279 de la Carta; en ese sentido, solo es procedente acudir a la Ley 909/04, cuando se presenten vacíos normativos en el Decreto Ley 262/00.

Ahora bien en lo que respecta a la forma de proveer los cargos con vacancia definitiva de dicha entidad, el Decreto Ley 262 de 2000 dispone:



13-001-23-33-000-2019-00492-00

**"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."*

De acuerdo con lo anterior, debe concluirse que en efecto el Decreto Ley 262 de 2000 sí establece en forma clara la manera como deben ser provistos los cargos de carrera con vacancia definitiva, pues el artículo 185 en cita, expone que, el Procurador General de la Nación cuenta con la potestad de nombrar a un empleado **en encargo o<sup>15</sup> en provisionalidad.** Debe resaltarse en esta instancia, que la vocal "o" en este artículo actúa como una conjunción disyuntiva que indica alternativa. En ese orden de ideas, debe interpretarse que la norma en mención le otorga al Procurador General de la Nación la alternativa de, en caso de presentarse vacancia definitiva de un cargo de carrera, pueda nombrar en provisionalidad o en encargo a otro empleado, sin que sea obligatorio privilegiar ésta última figura, pues la norma en comento no lo exige.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra esta judicatura que no le asiste razón a la parte accionante, como quiera que no logró demostrar el carácter privilegiado que le asiste a la figura del encargo de los empleados que disfrutaban derechos de carrera, en las condiciones en las que lo establece la Ley 909 de 2004, como quiera que la misma solo se aplica al régimen de la Procuraduría General de la Nación, de forma subsidiaria, más no principal. Además, tampoco se demostró en el proceso que existieran empleados en la institución

<sup>15</sup> Según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra "o" es una conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o **alternativa** entre dos o más personas, cosas o ideas. "Antonio o Francisco. Blanco o negro. Herrar o quitar el banco. Vencer o morir". Lo anterior



13-001-23-33-000-2019-00492-00

pública, que pudieran ocupar el cargo de Procurador Judicial I, al cumplir con los requisitos previstos en el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000 como es, tener una 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.

En el caso bajo estudio, se evidencia que el señor JESÚS ANTONIO HERRERA PALMERA, se encuentra nombrado en un cargo de carrera, con vacancia definitiva, toda vez que la lista de elegibles para proveer dicho empleo se encuentra vencida; que, el Procurador General de la Nación, actuó en uso de su facultades legales, y en aplicación del artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000, que lo ampara para realizar nombramientos en provisionalidad, en los casos en los que se presente vacancia definitiva de empleos de carrera; por lo que debe concluirse que tal actuación se encuentra ajustada a derecho.

Debe también destacarse que, las sentencias del Consejo de Estado que se aportan con la demanda, no tienen aplicación en este caso, comoquiera que las mismas tratan sobre la figura del encargo, y su supremacía sobre el nombramiento en provisionalidad en entidades que se rigen netamente por la Ley 909 de 2004, mas no se refieren a entidades que cuentan con régimen especial de carrera, como es el caso de la Procuraduría General de la Nación.

### **1.2.2 falta de motivación del acto demandado.**

El segundo cargo de nulidad del acto, se refiere a la falta de motivación del mismo, como quiera que a juicio de los demandantes el Procurador General de la Nación debió justificar por qué dio prevalencia a un nombramiento en provisionalidad sobre la figura del encargo.

De acuerdo con lo expresado por el Consejo de Estado, en sentencian del 29 de agosto de 2018, dictada dentro del proceso con radicación número: 44001-23-33-000-2013-00085-01(21662), se tiene que:

*"Concretamente, la falta de motivación, como presupuesto de nulidad, tiene relación con las razones fácticas y jurídicas que dan origen a la decisión de la Administración. De acuerdo con los artículos 35 y 59 ibídem, los actos deberán ser motivados, siquiera sumariamente, una vez se haya dado la oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles. Así, la falta de motivación*



13-001-23-33-000-2019-00492-00

*de los actos administrativos afecta los preceptos de un Estado de derecho, especialmente, los principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública. Implica también la violación del debido proceso, en la medida en que no le permite a los administrados controvertir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativas y judiciales. Es por ello que esa clase de vicios constituye una causal de nulidad de los actos administrativos que incurran en ese defecto, como lo expresó la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010. La motivación de un acto administrativo es, entonces, la expresión escrita de las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión de la Administración. Por tal razón, el artículo 42 del CPACA exige una ilustración de las circunstancias fácticas y jurídicas que soportan la decisión administrativa, de modo que la primera resulte suficiente, apta e idónea para explicar la segunda. A tal fin, no es válido que se empleen fórmulas vagas, genéricas e indeterminadas para justificar la decisión adoptada. Bajo este contexto, la sustentación del acto garantiza, además de la realización del principio de publicidad, la efectividad del derecho de defensa del administrado, en la medida en que permite apreciar con exactitud los motivos determinantes de la decisión; así como la tutela judicial efectiva de la que se debe encargar la jurisdicción contenciosa administrativa".*

Ahora bien, advierte esta judicatura que la pretensión del actor se ampara en sentencias del Consejo de Estado que hacen referencia al deber de motivación del acto, cuando se retira del servicio a un empleado nombrado en provisionalidad, en un cargo de carrera; situación fáctica que no se acompasa con el caso bajo estudio, pues en el mismo se verifica es el deber de motivación del acto que prorroga el nombramiento de un empleado en provisionalidad en un cargo de carrera.

En efecto, es amplia la jurisprudencia del Consejo de Estado que establece la obligatoriedad de motivar los actos administrativos que desvinculan del servicio a un funcionario que, aunque es nombrado en provisionalidad, ocupa un cargo de carrera; sin embargo, no ocurre lo mismo frente a los eventos en los que lo pretendido es la vinculación de este tipo de empleados a la administración. A pesar de lo anterior, considera esta Corporación que el Procurador General de la Nación cuenta con facultades para realizar este tipo de nombramientos sin acudir a argumentos diferentes de la ley y la constitución, que son las normas que lo facultan para adoptar este tipo de decisiones.

En ese orden de ideas, se verifica que en efecto, los Decretos 5046 del 14 de diciembre de 2018<sup>16</sup>, y 1496 del 2 de julio de 2019<sup>17</sup>, fueron expedidos conforme

---

<sup>16</sup> Folio 47

<sup>17</sup> Folio 30-39





13-001-23-33-000-2019-00492-00

a las facultades otorgadas por la constitución y la ley al Procurador General de la Nación, en atención a la vacancia presentada en el cargo de Procurador Judicial I, Código 3PJ Grado EG, de la Procuraduría 175 Judicial I Administrativa de Cartagena, por lo que el acto demandado se encuentra ajustada a derecho.

Como corolario de lo expuesto, concluye esta Corporación que los cargos invocados en la demanda, como es, la violación de las normas superiores (art. 125 de la CP., artículo 24 de la Ley 909 de 2004), y la falta de motivación del acto administrativo demandado; no están llamados a prosperar, en la medida en que la Procuraduría General de la Nación cuenta con una norma de carrera especial que avala al Procurador para nombrar, en provisionalidad, a un empleado para ocupar un cargo de carrera con vacancia definitiva, en virtud de la necesidad del servicio y con el objeto de que no se vea interrumpida la prestación del servicio para el cumplimiento de los fines del estado (art. 2 de la CP) tal y como se expone en la Sentencia C-77 de 2004; además, no se demostró que en la entidad en comento existiera una persona en carrera que cumpliera con los requisitos señalados en el Decreto 262/00 para ser nombrada en encargo, y que ésta efectivamente se hubiera postulado como una opción para el cargo. Por último, se destaca que el artículo 38 del Decreto 1496 del 2 de julio de 2019, encuentra su fundamento en la Ley y la constitución por lo que no necesita de mayores argumentos que fundamenten la decisión adoptada en el mismo.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal procederá a NEGAR las pretensiones de la demanda.

#### **VII.- COSTAS**

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, no se condenará en costas en esta oportunidad, atendiendo que el asunto de marras trata sobre un tema de interés público.

#### **VIII.- DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



13-001-23-33-000-2019-00492-00

**FALLA**

**PRIMERO: NIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda, conforme con los argumentos esgrimidos en esta providencia.

**SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS** a la parte vencida en este asunto, por tratarse de un tema de interés público, conforme lo establece el artículo 188 del CPACA.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No 09 de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**



**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**



**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**



**CLAUDIA PATRICIA PENÚELA ARCE**