



**JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ**

Sección Segunda

Carrera 57 No. 43-91 Piso 5 CAN Bogotá D.C.

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veinte (2020)

Radicación : 11001-33-35-023-2017-00457-00
Demandante : JORGE ARMANDO MARIMON ACOSTA
Demandado : NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Vinculado : JAVIER ALBERTO SALAMANCA ALDANA
Asunto : SENTENCIA DE 1ª. INSTANCIA
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 107 de 2020

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponde, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011:

PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

El Señor **JORGE ARMANDO MARIMON ACOSTA** le solicita a esta Jurisdicción que declare la nulidad del Decreto No. 003370 del 05 de junio de 2017, mediante el cual, el Procurador General de la Nación terminó su vinculación con la entidad demandada.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se le ordene a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, que lo reintegre, sin solución de continuidad, al cargo de Asesor Código 1 AS Grado 21 o a un cargo equivalente y le pague los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de cancelar desde el momento del retiro hasta el día en que se haga efectivo el reintegro.

HECHOS DE LA DEMANDA

Se plantean en la demanda, en síntesis, los mismos hechos aceptados por las partes en la fijación del litigio y que fueron los siguientes:

1.-) De conformidad con la constancia proferida por la Jefe De La División De Gestión Humana (E) de la Procuraduría General de la Nación, el señor **JORGE ARMANDO MARIMÓN ACOSTA** ingresó a la entidad demandada el 06 de

diciembre de 2012, ocupando como último cargo el de Asesor Código 1AS, grado 21 de la Procuraduría Delegada para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos en provisionalidad (fol. 11 y fol. 4)

2.-) Que mediante Resolución No. 332 del 12 de agosto de 2015, el Procurador General de la Nación convocó a concurso abierto de méritos para ocupar 739 cargos correspondientes a empleos de carrera administrativa de la entidad, distribuidos en las convocatorias 015 a 128 de 2015, pertenecientes a los niveles asesor, profesional, técnico, administrativo y operativo. (Se extrae de la resolución No. 3020 del 24 de mayo de 2017 fol. 4)

3.-) Que el señor JAVIER ALBERTO SALAMANCA ALDANA se inscribió en la convocatoria No. 022 de 2015, seleccionando el cargo de Asesor, código 1AS, Grado 21, de la Procuraduría Delegada para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos con sede territorial en la ciudad de Bogotá y aprobó satisfactoriamente las etapas del concurso ofertado según convocatoria No. 022 de 2015 (Se extrae de la resolución No. 3020 del 24 de mayo de 2017 fol. 4)

4.-) El Procurador General de la Nación, profirió el Decreto No. 3020 del 24 de mayo de 2017, por medio del cual nombró al señor JAVIER ALBERTO SALAMANCA ALDANA en periodo de prueba en el cargo de Asesor, código 1AS, Grado 21, de la Procuraduría Delegada para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos con sede territorial en la ciudad de Bogotá y terminó la vinculación del señor JORGE ARMANDO MARIMÓN ACOSTA, quien ocupaba ese cargo en provisionalidad, a partir de la posesión del señor SALAMANCA ALDANA (fol. 4-5)

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Normas de carácter constitucional: Artículo 25, 53, 29.

Normas de carácter legal: Ley 909 de 2004 y demás normas concordantes.

El apoderado de la parte demandante manifestó que si bien es cierto, el acto administrativo impugnado motivó las razones por las cuales se da por terminada la vinculación del demandante en el cargo de asesor, código 1AS grado 21, en consideración a que fue nombrado el señor Javier Alberto Salamanca Aldana, por estar en lista de elegibles de la convocatoria 022 de 2015, también es cierto que el señor Salamanca se inscribió para el cargo de Asesor 1AS-21 de la Procuraduría Delegada para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos y el demandante desempeñaba funciones en la Oficina de Planeación, desempeñando

funciones de dirección, control y administración funcional del Sistema de Información Misional –SIM.

Aduce que hubo falsa motivación en la terminación de la vinculación del señor Jorge Marimon, pues mi mandante cumple funciones de dirección, control y administración funcional del Sistema de Información Misional – SIM. Y fue nombrado para ello, y como requisito para dicho nombramiento, era tener el grado de ingeniero de sistemas, porque se requería los conocimientos en esa área; contrario a ello, en la convocatoria No. 022 de 2015, se ofertó un solo cargo para la Procuraduría Delegada para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos y el requisito de estudio para ello es título de formación universitaria en Derecho y el propósito principal de este empleo ofertado es asesor en la implementación del proceso de prevención de acuerdo con los planes de la entidad y los requerimientos de la sociedad para asegurar la defensa del orden jurídico, garantías y derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente, en el marco de la normatividad vigente y los plazos establecidos para tal fin. Entonces dice que las funciones que realiza el actor, que son en el área de sistemas no tienen nada que ver con las funciones que va a realizar el cargo ofertado.

Dice que igualmente los requisitos para el cargo también son opuestos porque para el desempeñado por el demandante se requería un ingeniero de sistemas y para el ofertado, se requiere un abogado, es decir que son carreras que no son afines o compatibles.

OPOSICIÓN A LA DEMANDA POR LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

El apoderado de la entidad, allegó contestación a la demanda manifestando que el demandante ingresó a la entidad demandada, inicialmente como asesor código 1AS grado 21 del Despacho del Procurador General de la Nación con funciones en el grupo SIM, sin embargo, mediante Decreto No. 1492 del 01 de marzo de 2017, se hizo un nuevo nombramiento como Asesor, código 1AS grado 21 de la Procuraduría Delegada Preventiva en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, con funciones en el Grupo SIM.

Que la vinculación del demandante se extendió hasta que el señor Javier Alberto Salamanca Aldana fue posesionado en dicho cargo en virtud del agotamiento de a de elegibles. De esta manera, la relación laboral del demandante se prorrogó en el tiempo bajo la misma modalidad de provisional ocupando como último cargo el de asesor grado 21, pero atendiendo al hecho que la entidad convocó a concurso el empleo que el actor ocupaba y que una persona superó todas las etapas de la

convocatoria No. 022 de 2015 y se le informó la terminación de su vínculo laboral con la entidad a través del oficio No. S.G. N° 003370 del 05 de junio de 2017.

Igualmente hizo énfasis en que los nombramientos en provisionalidad se efectúan cuando un empleo en carrera se encuentre en vacancia temporal o definitiva, luego, la permanencia en dichos cargos no son absolutos, sino que por el contrario, su ejercicio es relativo mientras la persona que en virtud del mérito ha superado todas las etapas, acepta y toma posesión.

Que la situación particular del demandante consistió en un nombramiento que se le hiciera en calidad de provisional para que se desempeñara como asesor grado 21, pero al haber sido ofertado el cargo en concurso de méritos y al haber superado el señor Javier Alberto Salamanca Aldana todas las etapas de la convocatoria, éste último goza de un mejor derecho que le permite acceder como funcionario de carrera al cargo que desempeñó el hoy demandante.

Citó jurisprudencia de la Corte Constitucional donde esa Corporación establece que en caso de tensión de los derechos de quien gana un concurso de méritos para proveer en carrera administrativa un empleo, frente a quien lo detenta en provisionalidad, prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de mérito, luego entonces no es posible desplazar a quien legítimamente ganó el concurso, el derecho a ocupar el cargo en carrera administrativa por quien lo ocupa en provisionalidad.

CONTESTACIÓN POR PARTE DEL VINCULADO SEÑOR JAVIER ALBERTO SALAMANCA ALDANA

La apoderada de la parte vinculada en su contestación a la demanda señaló que la Procuraduría General de la Nación en el marco del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política y la sentencia T-147 de 2013, procedió a convocar a concurso de méritos los cargos vacantes de la entidad demandada mediante la Resolución No. 332 del 12 de agosto de 2015, de la cual formó parte la Convocatoria No. 022 de 2015, con la que se ofertó el cargo de asesor 1AS-21 de la Procuraduría Delegada para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, cuyo perfil requerido fue Abogado Especializado.

Que el señor Salamanca Aldana, al verificar que cumplía con los requisitos exigidos para dicho cargo, en el marco de los principios de buena fe y confianza legítima se inscribió para participar en dicha convocatoria y por lo tanto concursar en virtud del mérito y en ese sentido, cumplió y superó todas las etapas requeridas para la inscripción en carrera administrativa.

Que su representado quedó en el primer lugar en la lista de elegibles, de conformidad con la Resolución No. 134 del 25 de abril de 2015 y al quedar en firme ésta, se generó un derecho adquirido para su poderdante y no existía entonces un camino distinto que materializar, por parte del nominador, el artículo 58 constitucional, mediante un decreto de nombramiento.

Por ello, el Procurador General de la Nación expidió el decreto No. 3020 del 24 de mayo de 2017, nombrando al señor Javier Alberto Salamanca en periodo de prueba en el cargo de asesor 1AS-21 en la Procuraduría Delegada para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, cargo del cual tomó posesión el 4 de julio de 2017 y fue inscrito en carrera administrativa, luego de superar el periodo de prueba, el 12 de diciembre de 2017.

Que así las cosas, es claro que el Decreto No. 3020 del 24 de mayo de 2017, es el resultado de un concurso de méritos que surtió una serie de etapas obligatorias hasta su culminación, al cual se presentó el señor Javier Alberto Salamanca, quien surtió y avanzó en todas las etapas obligatorias y resultó vencedor.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Una vez allegadas las pruebas decretadas en audiencia inicial celebrada el **11 de julio de 2019**, este Despacho mediante providencia del **10 de julio de 2020**, corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

El apoderado de la **parte demandante**, allegó sus alegatos de conclusión dentro del término, solicitando acceder a las pretensiones de la demanda, fundamentado en los argumentos y las normas de carácter constitucional y legal, a las que se refirió en la demanda.

La apoderada de la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, allegó, dentro del término, sus alegatos de conclusión, manifestando que se ratifica en todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en los antecedentes administrativos que dieron lugar a la controversia que aquí nos ocupa.

La apoderada del señor **JAVIER ALBERTO SALAMANCA ALDANA**, allegó sus alegatos de conclusión dentro del término, manifestando que el acto administrativo demandado es el resultado de un concurso de méritos, cuyas etapas superó su poderdante, a quien le asisten los derechos de carrera. Solicitó a este Despacho no acceder a las pretensiones de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se concreta en establecer si la parte demandante tiene derecho o no a que la entidad demandada lo reintegre, sin solución de continuidad, al cargo de Asesor Código 1 AS Grado 21 o a un cargo equivalente y le pague los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de cancelar desde el momento del retiro hasta el día en que se haga efectivo el reintegro.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

NORMAS APLICABLES Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

De carácter general

El ingreso, ascenso y retiro de la función pública, fue regulado por nuestra Carta Magna en su artículo 125, el cual estableció las modalidades de vinculación con el Estado y la regla general, conforme a la cual los empleos en los órganos y entidades estatales se proveen por medio del sistema de carrera, al cual se accede a través del concurso público de méritos.

También preceptúa la Carta Política que, en los casos expresamente señalados en la Constitución o en la ley, habrá cargos excluidos del régimen de carrera, entre ellos los de elección popular y los de libre nombramiento y remoción.

A su vez, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, definió la carrera administrativa como: *“... un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna”*.

De otro lado, el artículo 5º de este mismo cuerpo normativo, determinó que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos con funciones de dirección, conducción y orientación institucional, que conllevan la adopción de políticas y directrices, lo que implica confianza, administración y manejo directo de bienes, dineros y valores del Estado.

Definido lo anterior, oportuno resulta señalar que entre estos cargos se encuentran los dos extremos de estabilidad en el empleo público, pues por un lado existe la estabilidad reforzada de los cargos de carrera, lo que conlleva que el retiro solo se

podrá hacer conforme el artículo 125 de la Constitución, esto es, 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, disposición que tiene por objeto garantizar que razones ajenas al servicio puedan determinar el ingreso, ascenso o remoción de aquellas personas que aspiran hacer parte del empleo público.

Contrario sensu, los cargos de libre nombramiento y remoción implican discrecionalidad del nominador, ya que solamente éste puede determinar a quién le confía el desarrollo de ciertas labores públicas y por cuánto tiempo, teniendo en consideración calidades personales y subjetivas del funcionario, lo cual evidentemente no se puede medir de manera objetiva.

Entre estos dos extremos, existe un punto intermedio, habida cuenta que excepcionalmente los cargos de carrera pueden ser ocupados en provisionalidad, a través de una figura que busca responder a la necesidad de personal de la administración en aquellos casos en los que se presentan vacancias definitivas o temporales, mientras finaliza la situación que dio origen a la vacancia o mientras se provee según el mecanismo legalmente establecido para tal fin.

Ahora bien, mal puede considerarse que tal situación temporal modifica la naturaleza del cargo provisto, pues la circunstancia de hecho carece de la potencialidad de cambiar una determinación de orden legal.

En tal razón, al realizarse un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera, es menester tener en cuenta las consideraciones técnicas y de mérito que permiten considerar que la persona cumple con las calidades necesarias para acceder a dicho empleo público.

Igualmente, la designación de un servidor provisional en un cargo de carrera, por cuestiones simplemente temporales de necesidad en el servicio, no modifica la entidad del cargo a uno de libre nombramiento y remoción y, en tal medida, el nominador no adquiere discrecionalidad para disponer del puesto.

Así pues, la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene una expectativa de permanencia en el cargo hasta que este sea provisto mediante concurso de méritos, carece de la estabilidad propia del servidor nombrado en propiedad, en tanto no se ha hecho merecedor de derechos de carrera.

Es entonces, en dicha circunstancia en la que se predica la estabilidad intermedia del empleado público nombrado en provisionalidad, toda vez que su ingreso se debe a condiciones técnicas que permiten establecer que cuenta con las calidades necesarias para el desempeño del cargo y si bien no ha aprobado las etapas propias de un concurso de méritos, su nominación no se debe a consideraciones

“*intuitio personae*” relativas a la confianza que el nominador tiene en este para el desempeño de funciones de dirección y manejo, lo que impone una carga para la administración en el entendido que deberá motivar el acto administrativo de desvinculación de estos funcionarios.

El deber de motivación de los actos administrativos

El principio general de que los actos administrativos han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, es una manifestación del Estado Social de Derecho, cuya finalidad no es otra que la de evitar que se cometan arbitrariedades y a su vez permite su control efectivo.

Ciertamente, por regla general la Administración debe dar cuenta de las razones que justifican su actuar y, excepcionalmente, estos motivos no se pondrán en conocimiento conforme a los casos señalados en la Constitución y la ley.

La obligatoriedad de motivar los actos administrativos se encuentra estrechamente ligada a principios y pilares de nuestra Constitución Política de 1991, entre los cuales se pueden destacar el principio democrático, de publicidad, legalidad y debido proceso, al ser la forma en que la administración da cuenta de las razones que le llevan a proceder en cierto sentido, con lo cual viabiliza la contradicción de los actos, tanto por vía administrativa como por vía judicial.

Respecto al punto en cuestión, la Corte Constitucional en sentencia SU 250 de 1998, señaló:

“La motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. Pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la Constitución”.

También ha desarrollado la Corte Constitucional una extensa línea jurisprudencial en relación con la necesidad y contenido de la motivación del acto administrativo mediante el cual se desvincula a empleados nombrados en provisionalidad.

De acuerdo con la jurisprudencia de esa Alta Corporación la estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe corresponder a una motivación coherente con las necesidades del servicio y la función pública, a su vez que se garantiza el debido proceso y el acceso en condiciones de igualdad al servicio público del interesado.

Por tal motivo, el retiro debe:

“atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo”¹.

En otras palabras, la motivación del acto de desvinculación exige que en éste queden consignadas las circunstancias particulares y concretas, tanto de hecho como de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, es decir, argumentos puntuales, como lo son la provisión definitiva del cargo, la calificación insatisfactoria del funcionario, la imposición de sanciones disciplinarias y otras razones específicas atinentes al servicio que se está prestando. De otro lado, no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado².

La carga de motivar los actos de retiro de servicio de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, permite al administrado disponer de los elementos de juicio necesarios para decidir si adelanta o no el respectivo medio de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues si no sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa, difícilmente podrá controvertirse la misma.

Corolario de lo anteriormente expuesto, en sentencia de unificación 556 del 2014, ha concluido la Corte Constitucional que: *“El desconocimiento del deber de motivar el acto es una violación del debido proceso del servidor público afectado por tal decisión, en tanto la naturaleza del cargo le reconoce una estabilidad relativa que en los eventos de desvinculación se materializa en el derecho a conocer las razones por las cuales se adoptó tal determinación”*.³

Es importante aclarar que en el régimen general de empleo público, carrera administrativa y gerencia pública, la postura expuesta fue acogida por el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que es del siguiente tenor literal:

*“Art. 41.- Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...)
Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.
La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”*.

¹ Sentencia C-279 de 2007

² Ver entre otras: Sentencias T1316 del 13 de diciembre de 2005 y C 279 de 2000

³ SU 556- del 24 de julio de 2014

En igual sentido, el Consejo de Estado, dando un giro a las posiciones jurisprudenciales planteadas de vieja data, no desconoce que en los casos de los empleados vinculados en provisionalidad el retiro pueda producirse de manera arbitraria, por desviación de poder, falta o falsa motivación del acto de insubsistencia; así las cosas, en fallo del 23 de septiembre de 2010, radicado 2005-01341 (0883-08) con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, puntualizó:

“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004)”

De esta manera, se debe entender con base en la Constitución Política de Colombia, la ley y la jurisprudencia que, la motivación de los actos de retiro de servidores que ejerzan un cargo de carrera en provisionalidad, es una manifestación de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, por tanto, se reitera, los actos de retiro de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, deben ser motivados. La mencionada carga quedó consignada en la Ley 909 de 2004 y, por ende, es claro que antes o después de la existencia de la normatividad expresa, e incluso en aquellos regímenes especiales de empleo público, el desconocimiento del deber de motivar este tipo de actos constituye un vicio de nulidad.

Falsa motivación

En relación con la falsa motivación, el Consejo de Estado, en sentencia del 23 de octubre de 2017, con ponencia del Honorable Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, la ha definido en los siguientes términos: *“La falsa motivación o falsedad del acto administrativo constituye una causal genérica de violación que se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica o jurídica, o ambas, que induce a la producción del acto o a los motivos argüidos tomados como fuente por la Administración Pública”*⁴.

⁴ Consejo de Estado Sección Tercera Subsección “C” Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa 23 de octubre de 2017 radicación número: 25000-23-36-000-2013-00802-01(53206) actor: Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. demandado: Instituto de Desarrollo Urbano - IDU

También ha indicado la jurisprudencia contenciosa, que está causal se puede producir por error de hecho y de derecho. El error de hecho se produce cuando la Administración desconoce los supuestos fácticos en que sustenta su decisión, ya sea porque la autoridad que profiere el acto administrativo los pasó por alto o porque pese a considerarlos voluntariamente los excluyó, para en su lugar tomar circunstancias de modo, tiempo y lugar contrarias a la realidad; en otras palabras el acto administrativo no se sustentó en hechos ciertos, verdaderos y existentes.

Por su parte, el error de derecho tiene lugar cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento al acto acusado, lo cual se puede presentar: **(i)** cuando no existen las normas que sustentan la decisión adoptada, **(ii)** cuando no hay relación entre los preceptos que fundamentan la decisión y los supuestos de hecho de la misma y **(iii)** cuando invocando las disposiciones jurídicas adecuadas se realizan interpretaciones erróneas.

CASO CONCRETO.

Referido el marco normativo y jurisprudencial debe determinar el Despacho si es procedente la declaratoria de nulidad del Decreto No. **3020 del 24 de mayo de 2017**, mediante la cual el **Procurador General de la Nación**, terminó la vinculación del señor **JORGE ARMANDO MARIMON ACOSTA** y **nombró en periodo de prueba al señor JAVIER ALBERTO SALAMANCA ALDANA, en el cargo de Asesor Código 1AS Grado 21 de la Procuraduría Delegada para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, con sede en la ciudad de Bogotá D.C.** Como consecuencia de ello, y a modo de restablecimiento del derecho, ordenar a la entidad demandada que ordene su reintegro al cargo de Asesor Código 1AS Grado 21 o a un cargo equivalente y se le pague los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir, desde el momento del retiro hasta el día en que se haga efectivo el reintegro.

En este punto precisa el despacho que la inconformidad de la parte demandante frente al acto acusado radica en que el mismo fue falsamente motivado por cuanto se encontraba ubicado en la oficina de planeación, cumpliendo funciones de dirección, control y administración funcional del Sistema de Información Misional SIM y como requisito para su nombramiento era tener título de formación en Ingeniería de Sistemas y que la convocatoria 022 de 2015 para la cual participó el señor Javier Alberto Salamanca, exigía como requisitos de estudio el título de formación universitaria en derecho y era para proveer la vacante en la Procuraduría Delegada para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos.

Al respecto, trae a colación el despacho el Decreto 262 de 2000, mediante 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.”, que en su artículo 7, numeral 39 establece que:

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

(...)

39. Distribuir y reubicar los empleos de la planta de personal globalizada, entre las distintas dependencias de la Procuraduría, y fijar el número de integrantes de la Sala Disciplinaria, de acuerdo con las necesidades del servicio. (...)”

Por su parte, el artículo 81 del mismo Decreto, es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 81. Ingreso a la Procuraduría General de la Nación. El ingreso al servicio en la Procuraduría General de la Nación se efectúa por medio de decreto de nombramiento expedido por el Procurador General y la respectiva posesión.

Los servidores de la **planta de personal globalizada** prestarán sus servicios en las dependencias para las que fueron nombrados o donde las necesidades del servicio así lo exijan.”

En el artículo 2 del Decreto 265 de 2000, “Por el cual se establece la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación incluida la del Instituto de Estudios del Ministerio Público” dice:

ARTÍCULO 2. El Procurador General de la Nación podrá distribuir los empleos de la planta globalizada mediante acto administrativo, de acuerdo con la estructura interna, las necesidades del servicio y los planes y programas trazados por la Procuraduría General de la Nación. **Parágrafo.** El Procurador General de la Nación podrá modificar la denominación y sede de las procuradurías territoriales, incluidas las que en este decreto se establecen con planta fija mínima, de acuerdo con las necesidades del servicio y los planes y programas trazados por la Procuraduría General de la Nación

Entonces, de conformidad con lo anterior, tenemos que el Procurador General de la Nación puede distribuir los diversos empleos de la planta de la entidad, en atención a la estructura interna, a las necesidades del servicio y a los planes y programas trazados por la entidad, porque, como quedó establecido, la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación es globalizada.

Frente a ello, el Despacho recuerda que una planta de personal globalizada es aquella que tiene como requisitos indispensables el estudio previo de las necesidades y la configuración de su organización, es decir, que debe existir una relación detallada de los empleos requeridos para el cumplimiento de las funciones de la entidad, sin identificar su ubicación en las unidades o dependencias que hacen parte de la organización interna de la institución.

De conformidad con este tipo de planta de personal, el Director General de la entidad, que en este caso es el Procurador General de la Nación, distribuirá los empleos y ubicará al personal, de acuerdo con los perfiles requeridos para el ejercicio de las funciones, la organización interna, las necesidades del servicio y los planes, programas y proyectos trazados por la entidad.

De esta forma, la planta global permite que en forma general se determinen los empleos que se requieren en la respectiva entidad, sin que sean designadas a una dependencia en particular, lo que permite que sean movidos de una dependencia a otra, de acuerdo con las necesidades de la entidad, logrando así una administración más ágil y dinámica con una mejor utilización del recurso humano.

Ahora, al revisar minuciosamente el manual de funciones correspondiente al cargo de Asesor 1AS-21, visible a folio 146 del expediente, este Despacho advierte que los requisitos de estudio son los siguientes:

“II. REQUISITOS DE ESTUDIO.

Título de formación universitaria en disciplina que corresponda a las siguientes áreas del conocimiento: sociales y humanas; de la salud; economía, administración, contaduría; ingenierías; arquitectura, urbanismo; de la educación, matemáticas o ciencias naturales; bellas artes; agronomía o los afines a éstas y a las funciones del empleo, dependiendo de las necesidades del servicio y los proyectos a asignar, y posgrado en áreas relacionadas con las funciones del cargo. (...)”

Es por ello que, el demandante pudo ejercer dicho cargo, teniendo en cuenta su formación profesional en Ingeniería de Sistemas.

Ahora bien, en cuanto a la convocatoria No. 022 de 2015, la misma identificó el empleo requerido así:

1. Identificación del empleo							
Denominación del empleo	Asesor	Código y grado	1AS-21	Nivel jerárquico	Asesor	Asignación básica	\$ 6.112.837
Ubicación (es) inicial (es) del cargo	Bogotá	Dependencia(s) inicial (es) del cargo	Procuraduría Delegada para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos		No. De cargos convocados	Uno (1)	

La Convocatoria No. 022 de 2015 exigía como requisito, formación profesional en derecho y título de posgrado en derecho constitucional, ciencias constitucionales, derechos fundamentales, derechos humanos, defensa de los derechos humanos, justicia transicional, derecho internacional humanitario o de los derechos humanos, defensa, promoción y/o protección de derechos humanos o ciencias penitenciarias.

El señor Javier Alberto Salamanca Aldana, se presentó en dicha convocatoria y de conformidad con la Resolución No. 134 del 25 de abril de 2017, visible a folio 144 del expediente, superó las etapas del concurso de méritos y se posicionó como número 1 en la lista de elegibles.

Teniendo en cuenta que mediante la Resolución No. 332 del 12 de agosto de 2015, el Procurador General de la Nación convocó a concurso abierto de méritos para ocupar 739 cargos correspondientes a empleos de carrera administrativa de la entidad, distribuidos en las convocatorias 015 a 128 de 2015, pertenecientes a los niveles asesor, profesional, técnico, administrativo y operativo y en vista que el señor Salamanca Aldana ocupó el 1º puesto en la lista de elegibles anteriormente mencionada, resolvió, a través de la Resolución No. 3020 del 24 de mayo de 2017, en uso de sus facultades constitucionales y legales, entre ellas las dadas por los Decretos 262 de 2000 y 265 de 2000, lo siguiente:

“(…)

ARTICULO PRIMERO: Nómbrase en periodo de prueba, por un término de cuatro (4) meses, a JAVIER ALBERTO SALAMANCA ALDANA, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.445.609, en el cargo de Asesor, Código 1AS, Grado 21, de la Procuraduría Delegada para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, con sede en la ciudad de Bogotá D.C. (...)”

Y como consecuencia de ello, terminar la vinculación como provisional del señor JORGE ARMANDO MARIMON ACOSTA, quien desempeñaba el cargo de asesor 1AS-21 pero en otra dependencia, pues en su momento también cumplió con los

requisitos para ocuparlo, esto es, título de formación universitaria en ingeniería, específicamente, ingeniería de sistemas.

Entonces, si bien es cierto, el demandante no ejercía el cargo en la Procuraduría Delegada para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, también lo es que debido a que la planta de personal de la entidad demandada es global, el Procurador General de la Nación, de acuerdo a las necesidades del servicio estableció que para el cargo de Asesor 1 AS-21 de dicha Procuraduría Delegada, debía cumplir con los requisitos establecidos en la convocatoria No. 22 de 2015.

No obstante lo anterior y en cuanto a proveer cargos que no fueron ofertados a concurso a través de convocatorias, no se debe perder de vista que el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, se ha ocupado de estudiar la legalidad de la regla que habilita el uso de la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en la convocatoria a concurso, siempre que sean equivalentes o similares.

En reciente sentencia de 26 de julio de 2018, proferida dentro del expediente 2015-1101 (4970-2015), la Sección Segunda de esa Corporación conservó la presunción de legalidad de varios apartados del Acuerdo No. 001 de 9 de abril de 2015, “por el cual se convoca y se fijan las bases y el cronograma del Concurso de Méritos Público y Abierto para el nombramiento de Notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial”, que así lo señalaban, manifestando que:

“Agrega esta Corporación, que la regla jurisprudencial que autoriza el uso de la lista de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer cargos diferentes a los que fueron ofertados, siempre que sean de la misma naturaleza, perfil y denominación, y se haya establecido así en las bases de la respectiva convocatoria, tiene un claro arraigo constitucional, pues, materializa principios fundamentales de la función administrativa consagrados en el artículo 209 Superior, tales como economía, celeridad, eficiencia y eficacia, garantizando que un mayor número de plazas o empleos, sean provistas con quienes superaron todas las etapas del concurso y se ubicaron en la lista de elegibles. En este punto, la Sala retoma y afianza el argumento expuesto por el Ministerio de Justicia y del Derecho y por la Superintendencia de Notariado y Registro, cuando señalan, que para el caso en concreto, no tiene sentido realizar un esfuerzo presupuestal de más de 6 mil millones de pesos desarrollando el concurso público de méritos, cuyo resultado es una lista de elegibles que sólo se usaría para proveer las vacantes ofertadas, pudiendo realizar una utilización más eficiente de dichos recursos, permitiendo que mientras esté vigente, dicho registro

definitivo de elegibles sea utilizado para cubrir vacantes adicionales a las ofertadas cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación. Sin lugar a dudas, ello permite un uso racional de los recursos públicos, ya que se evita tener que convocar nuevos concursos a muy corto plazo, tantos como vacantes se vayan presentando, con los altos costos que ello demanda para el erario público, por cuanto no se obliga a la administración a efectuar concursos cada vez que se presenten vacantes, haciéndose uso del registro de elegibles que se encuentre vigente, el cual existe para llevar a cabo la provisión de cargos en forma rápida y eficaz, conforme con las reglas del mérito. Por otra parte, también se garantiza el postulado fundamental del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución, pues, permitir el uso de las listas de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer empleos adicionales a los inicialmente ofertados, pero iguales o equivalentes a estos, parte precisamente, de la premisa según la cual, las personas designadas tienen comprobados méritos para desempeñar el cargo de notario. Es decir, se están nombrando a personas que han superado un concurso de mérito, diseñado de acuerdo a las necesidades del servicio y, especialmente, para cargos de igual naturaleza y categoría, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública, arbitrario e inconsulto. Ello apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano, en cuanto se acude a personal capacitado y previamente evaluado sobre las condiciones necesarias para el ejercicio de los cargos por proveer. De esta manera, se asegura que a la función pública accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose la inclusión de otros factores de valoración que son contrarios a la esencia misma del Estado Social de Derecho, y a la filosofía que inspira el sistema de carrera, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, pues, mientras se surten los nuevos concursos, los cargos de carrera a proveer quedarían sujetos a la sola voluntad del nominador y lo serían a través de la figura de la provisionalidad. Y finalmente, se garantiza el ejercicio del derecho subjetivo de que son titulares quienes hacen parte de la lista de elegibles, en cuanto permite que éstos accedan a un cargo igual para el que concursaron y demostraron su idoneidad. (...) En el caso objeto de análisis, observa la Sala que en lo que tiene que ver con la utilización de las listas de elegibles en el Sistema Específico de Carrera Notarial, para el último concurso de méritos, de acuerdo con el artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, en las bases mismas de la convocatoria se estableció que una vez provistos la totalidad de los cargos ofertados en la convocatoria, se puedan usar los registros de elegibles, para proveer eventuales cargos vacantes, aunque estos no

hayan sido objeto de oferta en el proceso de selección, así como para proveer las notarías que se lleguen a crear durante la vigencia de las listas de elegibles. Por lo tanto, para la Sala se encuentran satisfechas las dos condiciones exigidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando habilitó el uso de las listas de elegibles para proveer empleos no ofertados inicialmente en la respectiva convocatoria, esto es, (i) que las bases de la respectiva convocatoria así lo establezca, y (ii) que los cargos que no fueron sacados a concurso al inicio del proceso de selección, y que se proveerían con las listas de elegibles, sean iguales o equivalentes a aquellos para los que se conformaron esos registros de elegibles. En consecuencia, para el caso concreto es aplicable la excepción dispuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 2010 y reiterada en la SU-446 de 2011, según la cual, el uso de la lista de elegibles para proveer cargos diferentes a los ofertados es procedente, siempre y cuando las bases de la convocatoria respectiva lo permitan y los empleos no contemplados inicialmente en el proceso de selección, sean iguales o equivalentes a los ofertados. Por otra parte, en criterio de esta Corporación y, para el caso concreto del concurso de notarios adelantado en virtud de la convocatoria abierta mediante el demandado Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, es totalmente razonable, proporcional y justificado considerar utilizar de manera eficiente todo el esfuerzo que el Consejo Superior de la Carrera Notarial ha desarrollado para sacar adelante el proceso de selección, los recursos económicos sufragados, así como el talento humano que se ha desplegado; siendo este el norte o propósito que guía la regla contenida en la convocatoria que implica el alcance de la lista de elegibles para permitir su uso más allá de la provisión de las notarías inicialmente ofertadas, y de esta manera, cubrir también las que, durante la vigencia del registro de elegibles, quedaren vacantes o fueren creadas. En ese sentido, luego del estudio realizado, la Sala considera que los apartes normativos demandados del artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, al autorizar a los aspirantes inscritos en el concurso que fueron incluidos en las listas de elegibles, a que opten por aquellas notarías que resultaren vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera, o que se llegaren a crear por el Gobierno Nacional durante la vigencia de las listas, no es contrario a las normas invocadas como vulneradas.”.

Así pues, desvirtuando el argumento de la parte demandante donde manifiesta que el cargo que ocupaba no fue ofertado, este Despacho pone de presente que, de conformidad con los argumentos expuestos por el Consejo de Estado en los apartes de la sentencia citada con anterioridad, la entidad que convoca a concurso

puede disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que, entre otras cosas, los nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

Igualmente, se trae a colación el informe visible a folio 170 del expediente, suscrito por el Jefe de Oficina de Selección y Carrera de la Procuraduría General de la Nación, donde se evidencia que el cargo ocupado por el demandante, al momento de su retiro del servicio, era el de Asesor 1AS-21, que se ubicaba en la Procuraduría para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, seguramente en virtud de las necesidades del servicio y porque el señor Marimón Acosta reunía los requisitos de estudio y de experiencia que se requerían para ocuparlo.

De lo anterior, podemos inferir que el acto administrativo acusado, en cuanto a su motivación, cumplió con el principio de razón suficiente, pues se observa con claridad y detalle las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decidió remover al señor Jorge Armando Marimón Acosta del cargo de Asesor Código 1AS Grado 21 de la Procuraduría Delegada para la Prevención de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, sustentada en argumentos puntuales como fue la provisión definitiva del cargo por quien superó el concurso de méritos, es decir, el señor Javier Alberto Salamanca.

En consecuencia, considera el Despacho que el acto administrativo acusado, **Decreto No. 3020 del 24 de mayo de 2017**, proferido por el **Procurador General de la Nación**, se encuentra plenamente ajustado a derecho.

En ese sentido, realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no deben prosperar, pues el demandante a través de las pruebas no logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley.

COSTAS

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte accionante, de las cuales hacen parte las agencias derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de la parte demandante. El Consejo de Estado ha señalado: *“(...) sólo cuando La Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que,*

contrario sensu, *significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas*⁵, y en vigencia de la Ley 1437 de 2011 ha reiterado⁶, acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: “*En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.*” (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C. G. del P., dan lugar a las costas.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veintitrés (23) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Se niegan las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO: No se condena en costas ni agencias en derecho a la parte demandante, por las razones expuestas.

TERCERO: Se le reconoce personería a la Doctora **YALETH SEVIGNE MANYOMA LEUDO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.130.599.387 y T.P. No. 190.830 del C.S. de la J; como apoderada de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el poder allegado a este proceso.

CUARTO: Se le reconoce personería a la Doctora **YADIRA ESTHER RODRIGUEZ CERVERA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.543.857 y T.P. No. 137.889 del C.S. de la J; como apoderada sustituta del señor Javier Alberto Salamanca Aldana, de conformidad con el poder allegado a este proceso.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado **DEVUÉLVASE** a la interesada el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA TERESA LEYES BONILLA
JUEZ

Firmado Por:

⁵Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C.- Sría. EDUCACIÓN.

⁶Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

**MARIA TERESA LEYES BONILLA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 023 ADMINISTRATIVO-SECCION 2 DEL CIRCUITO DE BOGOTA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
d24e3b8cdedaf7ddb61f5ddf4972b7ff3a5de850975b55837a64b3755108cd3f
Documento generado en 18/08/2020 09:50:37 p.m.