

**CARRERA ADMINISTRATIVA - Definición. Objeto / DERECHOS DE CARRERA - Forma como se adquieren / CARRERA ADMINISTRATIVA - Un cargo de esta naturaleza debe proveerse previo concurso, por nombramiento en periodo de prueba o por ascenso / SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Constituye la regla general para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado**

De acuerdo con lo establecido por el artículo 125 de la Carta Magna, los empleos en los órganos y entidades del Estado se deben proveer a través del sistema de selección de méritos denominado carrera administrativa, que se constituye en el instrumento idóneo para el manejo de quienes ejercen la Función Pública, a fin de facilitar el cumplimiento de los principios y fines estatales, como los de la igualdad, la eficacia y la celeridad. Se tiene entonces, que la carrera administrativa es 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. El ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa deben hacerse con fundamento en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad sin discriminación alguna. Según lo dispuesto por la Ley 443 de 1998, un cargo de carrera administrativa, debe proveerse previo concurso, por nombramiento en período de prueba o por ascenso. En caso de que se presente una vacancia definitiva, y solo cuando se haya convocado a concurso de méritos, la provisión del empleo debe hacerse mediante el encargo y de no ser posible el mismo, se hará por nombramiento provisional. Resalta la Sala, que no obstante que el sistema de carrera administrativa se constituye en la regla general para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, debe tenerse en cuenta que el Legislador se encuentra facultado para establecer excepciones y es ahí donde surgen los empleos de libre nombramiento y remoción.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 125 / LEY 443 DE 1998

**EMPLEOS DE ORGANISMOS Y ENTIDADES ESTATALES - Clasificación / EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Clasificación. Procedencia / EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Depende de la facultad discrecional del nominador, la que no requiere de motivación**

Se tiene que por vía de excepción, los empleos de los organismos y entidades estatales también pueden ser de libre nombramiento y remoción. Es en acatamiento al principio de razón suficiente, que dichos nombramientos no pueden constituirse en la regla general. Los cargos de libre nombramiento y remoción no pueden ser otros que los creados de manera específica, en razón a la naturaleza y características de los mismos, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En suma, obedecen a una relación subjetiva, porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar o ejecutar una política, en la que se establece una relación in tuito personae entre el nominado y el nominador. El ingreso, permanencia y el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, depende de la facultad discrecional del nominador, la que no requiere de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la

escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza, siempre que cumpla con los requisitos de ley.

**FUENTE FORMAL:** LEY 443 DE 1998 - ARTICULO 5

**PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Funciones / PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Estructura y organización. Normatividad / RETIRO DEL SERVICIO - En la Procuraduría General de la Nación se produce por la insubsistencia discrecional del nombramiento / INSUBSISTENCIA DISCRECIONAL - Definición / EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Tiene tal naturaleza el cargo de Procuradores Judiciales y Delegados**

En lo que a la Procuraduría General de la Nación hace referencia, la Sala precisa, que la Carta Política en su artículo 278, establece que el Procurador General de la Nación ejercerá directamente, entre otras funciones, según su numeral 6º, nombrar y remover de conformidad con la ley los funcionarios y empleados de su dependencia. Por su parte el Decreto Ley No. 262 de 2000, en su artículo 158, señala las causales por las cuales se retira en forma definitiva a un servidor de la Procuraduría, entre las que se encuentra, como lo indica su numeral 3º, la insubsistencia discrecional. Esta figura se contempla en su artículo 165 como "...la decisión que se produce en ejercicio de la facultad discrecional del nominador para remover a un servidor de la entidad que ocupe un empleo de libre nombramiento y remoción. Contra la resolución que declara la insubsistencia del nombramiento no procede recurso alguno". De otro lado, el artículo 182 del aludido Decreto, al establecer la clasificación de los empleos de acuerdo a la naturaleza y forma de provisión, determina que son de carrera, de libre nombramiento y remoción, dentro de los que se encuentra el de Procurador Judicial y el de Procurador Delegado y de período fijo como el de Procurador General de la Nación. Resalta la Sala, que la Corte Constitucional, consideró en relación con los Procuradores Judiciales y con los Procuradores Delegados, que ellos representan directamente a la persona del Procurador General, lo que conlleva de manera implícita una alta carga de confianza objetiva propia de los empleos de libre nombramiento y remoción, que no viola el principio general de carrera administrativa. Y, sobre el carácter de libre nombramiento y remoción de los Procuradores Judiciales y Delegados, existe cosa juzgada constitucional.

**DESVIACION DE PODER - Concepto. Configuración / DESMEJORAMIENTO DEL SERVICIO - No probado / EFICIENCIA, CAPACIDAD Y EXCELENCIA EN EL DESEMPEÑO DEL CARGO - Tratándose de empleado no amparado por fuero alguno de estabilidad, estas circunstancias no enervan el ejercicio de la facultad discrecional del nominador / INSUBSISTENCIA DE PROCURADOR JUDICIAL - Procede por facultad discrecional del Procurador General de la Nación / DESVIACION DE PODER - No se configuró por desmejora en el servicio ya que el reemplazo reúne las calidades para dicho cargo**

Reposa en el expediente el Decreto No. 479 de 25 de mayo de 1993, por medio del cual se nombró al demandante en propiedad en el cargo de Procurador 158 en lo Judicial Penal, Grado 21, Código 21PJ237 con sede en Quibdó-Chocó. Además aparece el Acta de Posesión No. 351 de 25 de junio de 1993. Consta, que según las Actas No. 1504 de 24 de julio de 1996 y 1914 de 5 de agosto del mismo, el actor asume el cargo de Procurador Judicial II, Código OPJ, Grado ES de la Procuraduría 158 Judicial II en materia penal, Quibdó- Chocó, en propiedad, de acuerdo con el Decreto No. 315 de 15 de julio de 1996, por medio del cual se incorporan y distribuyen las sedes y los cargos de la planta de personal. La

desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el fin que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; entonces, este vicio se configura, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse. A punto de la afirmación del actor, en el sentido que se produjo una desmejora en el servicio con ocasión de la declaratoria de insubsistencia; advierte la Sala, que tal aseveración impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar. Y es que no puede ser de otra manera, cuando en el proceso, en relación con la supuesta desviación de poder y luego de un ponderado análisis comparativo de las dos hojas de vida, es fácil inferir que la persona a quien el Procurador General de la Nación, nombró en reemplazo del demandante, en atención a la facultad discrecional que le asiste, por tratarse de un empleo de libre nombramiento y remoción, cumplía a cabalidad con el perfil para ocupar el cargo para el cual fue designada. En estos eventos de insubsistencia el cotejo es procedente frente a un mismo empleo, funciones y carga laboral, situación que habilita el análisis entre el desempeño del servidor declarado insubsistente y la persona que ingresa en su reemplazo y para tal efecto, ha debido allegarse la prueba del rendimiento laboral del empleado entrante, que permita establecer de forma fehaciente que con la salida del declarado insubsistente, se causó una desmejora en la prestación del servicio; prueba de la cual carece en absoluto el proceso. Aclara la Sala, que el contraste entre dos servidores que ocupan un cargo similar, tiene lugar cuando se trata de una supresión de cargo, situación diametralmente opuesta a la de la insubsistencia, en la que existe una carga de confianza entre el nominador y su subalterno que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción. Vale la pena resaltar, que aunque en el proceso reposan certificaciones y constancias del ejercicio funcional del actor, de las que se logra inferir el cumplimiento y la eficiencia en el desempeño de los cargos que ostentó, tal documentación, no fue allegada en forma regular al proceso, circunstancia que la hace inapreciable, salvo la que fue decretada al interior del mismo, además de que aquella documentación no comprueba el desmejoramiento en el servicio por causa del nombramiento del reemplazo, pues debe recordarse que la excelencia, la capacidad y la eficiencia del empleado que no se encuentra amparado por fuero de estabilidad alguno, no son por sí solas condiciones suficientes para enervar el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción del nominador, pues las mismas se constituyen en un deber del servidor público. Se tiene entonces, que le asiste razón a la parte demandada, en el sentido de que con la declaratoria de insubsistencia del actor no se configuró la desviación de poder por desmejora en el servicio, que obedeciera a la arbitrariedad intencional de la Administración con fines personales, para favorecer a terceros o con influencia de una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, en abuso de sus poderes para fines diferentes de aquellos que le fueron conferidos por la ley; todo lo cual impone la revocatoria de la sentencia apelada.

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCION SEGUNDA**  
**SUBSECCION "A"**

**Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**

**Bogotá D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009)**

**Radicación numero: 27001-23-31-000-2003-00471- 02(1385-09)**

**Actor: SILVIO ELIAS MURILLO MORENO**

**Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 19 de diciembre de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, que accedió a las súplicas de la demanda promovida por el señor SILVIO ELIAS MURILLO MORENO, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el acto administrativo por medio del cual la Procuraduría General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador 158 Judicial II Penal de Quibdó, Código 3PJ, Grado EC.

**ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor SILVIO ELIAS MURILLO MORENO, mediante apoderado judicial, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Chocó, a fin de obtener la nulidad del Decreto No. 746 de 4 de abril de 2003 expedido por el Procurador General de la Nación, a través del cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador 158 Judicial II Penal de Quibdó, Código 3PJ, Grado EC que desempeñaba en dicha Entidad.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía; que se condene a la Entidad a pagarle los salarios, prestaciones, indemnizaciones y demás derechos laborales dejados de devengar desde el momento del retiro y hasta la fecha de su reintegro; que se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del

servicio y que las condenas sean actualizadas en su valor y con intereses moratorios, de conformidad con los artículos 177 y 178 del C.C.A.

Relató el actor en el acápite de hechos, que es Abogado de la Universidad Santiago de Cali, con postgrados en Derecho Penal y Criminalística de la Universidad de Medellín y con Diplomado en Derecho Disciplinario.

Que se vinculó a la Procuraduría General de la Nación el 7 de junio de 1993, como Procurador 158 Judicial II de Quibdó, contando con amplia experiencia laboral en razón de los cargos que desempeñó con anterioridad y con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Carta Política y por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia; que las funciones del cargo que desempeñaba, eran las de intervenir en los procesos penales y disciplinarios que se tramitaban ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó-Sala Penal, el Consejo Seccional de la Judicatura, los Juzgados Penales del Circuito y Especializados, la Fiscalía ante el Tribunal Superior, las Fiscalías Seccionales y Especializadas; y que dichas funciones las cumplió de forma ejemplar, porque durante los 10 años de vinculación no le aparece registro de sanción disciplinaria alguna.

Advirtió, que se encontraba afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Procuraduría General de la Nación y en el año 2002, lideró un proceso de constitución de una Subdirectiva Sindical, situación que no fue del agrado del Procurador Regional del Chocó, quien puso en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación dicha situación, que culminó con su declaratoria de insubsistencia, que le fue comunicada por Oficio de 4 de abril de 2003, habiendo desempeñado las funciones del cargo hasta el 4 de mayo del mismo año.

El 29 de abril de 2003 se constituyó la Subdirectiva Sindical del Chocó, habiendo sido elegido como primer suplente de la Junta Directiva, fecha para la que no había dejado su cargo, es decir, que aun era Funcionario de la Procuraduría, y el 26 de mayo del mismo año se ordenó la inscripción de la Junta Directiva de dicha organización sindical, acto que se encuentra en firme. Entonces, el hecho de haber sido elegido miembro de la Junta Directiva de la referida Subdirectiva Sindical y adquirir las garantías propias del fuero sindical, enervó la presunción de validez de la insubsistencia e impedía su ejecución.

Manifestó, que la persona que lo reemplazó no poseía experiencia alguna en el área penal, lo que desmejoró el servicio en forma ostensible, con lo que su retiro no obedeció a razones del buen servicio sino a motivos ajenos al mismo.

Invocó como normas violadas el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, porque el acto que declaró su insubsistencia fue expedido con desviación de poder, habida cuenta que no tuvo como finalidad la de perseguir el buen servicio, porque para el desempeño del cargo se requerían conocimientos y experiencia en las áreas penal y disciplinaria, que no poseía la persona que lo reemplazó, con lo que el servicio se desmejoró ostensiblemente, además su rendimiento fue superior al de la Procuraduría 157 Judicial Penal II, quien desempeñaba la misma función y cuyo titular aún permanece en el cargo. Existe también desviación de poder, evidenciada en que el nominador tenía como finalidad no sólo golpear a la organización sindical, sino frustrar la adquisición inminente de su derecho a la pensión de jubilación.

Sostuvo, que el Decreto demandado violó normas de superior jerarquía, porque al momento de su desvinculación era miembro de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores, en atención a que su designación como suplente de la Subdirectiva fue comunicada al Procurador General de la Nación y al Jefe de División de Relaciones Colectivas de la Dirección Regional del Trabajo, el 29 y 30 de abril de 2003, respectivamente; con lo que no le era dable a la demandada materializar la insubsistencia, pues para ese momento ya gozaba de fuero sindical, lo que le otorgaba estabilidad en el empleo. Es decir, para la fecha del retiro se encontraba amparado por fuero sindical, no obstante que dicha circunstancia se produjo con posterioridad al acto de insubsistencia, lo que afectó su validez, pues, técnica y jurídicamente ese hecho dio lugar, en los términos del artículo 66 del C.C.A., a una especie de decaimiento de dicho acto.

### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

La Procuraduría General de la Nación se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas y al efecto señaló, que la insubsistencia se produjo en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 278-6 de la Carta Política; 136 de la Ley 201 de 1995; y 158, 165 y 182-2 del Decreto Ley 262 de 2000; que contemplan como causal del retiro del servicio, la insubsistencia discrecional,

siempre que se trate de funcionarios de libre nombramiento y remoción que trabajen en dicho Organismo.

Mencionó, que según lo considerado por la Corte Constitucional, la discrecionalidad de los actos de nombramiento y retiro de los Agentes del Ministerio Público, obedece al grado de confianza y a la inmediación del vínculo funcional que tienen los Procuradores Delegados y Judiciales con el Procurador General de la Nación, y que de acuerdo con la Jurisprudencia de esta Corporación, el retiro de un empleado que ostente esta calidad, puede producirse sin que medie motivación alguna, pues se trata de decisiones cuya expedición se presume inspirada en el buen servicio.

Señaló, que mal puede aducirse que se produjo una desmejora en el servicio, porque la hoja de vida de la persona que se nombró en reemplazo del actor, da cuenta que se trata de un profesional con amplia experiencia y trayectoria.

En cuanto la naturaleza jurídica del cargo que desempeñaba el demandante manifestó, que como su nombre lo indica, se trata de un agente, de tal suerte que el Procurador General de la Nación delega sus funciones en dichos agentes, que son personas muy cercanas y de confianza.

Sostuvo, que no puede afirmarse que el acto de insubsistencia se produjo con desviación de poder, porque lo cierto es, que no existe nexo entre la desvinculación del actor y el nombramiento de su reemplazo, pues en atención al poder discrecional que le otorga la ley al Procurador General de la Nación y por sus calidades e idoneidad profesional, la designación del nuevo funcionario, se encaminó de manera inequívoca al mejoramiento del servicio. Además, la carga de demostrar que la decisión administrativa es contraria al ordenamiento jurídico, recae sobre el demandante, situación que no se satisfizo en este caso.

Adujo con relación al presunto fuero sindical, que el actor fue declarado insubsistente el 4 de abril de 2003 y el mismo día se le comunicó tal decisión, como aparece probado en el proceso, fecha para la cual no gozaba de fuero sindical alguno, pues la constitución de la Subdirectiva Regional se produjo el 29 de abril de 2003, es decir, 25 días después de haberse producido el acto de insubsistencia.

Por último, propuso las excepciones de Falta de Jurisdicción, porque el asunto debatido no corresponde a la Jurisdicción Administrativa, sino que por tratarse de una controversia basada en el fuero sindical debe tramitarse ante la Justicia Ordinaria Laboral y de Falta de Competencia, porque la misma radica en el Juez Laboral del Circuito de Quibdó, en razón a que el actor al momento de ser retirado efectivamente del servicio, supuestamente se encontraba amparado por el fuero sindical, además, de que en dicho Despacho cursa demanda de reintegro instaurada por el hoy demandante contra la Procuraduría General de la Nación.

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo del Chocó, accedió a las súplicas de la demanda.

Al efecto inicialmente estimó, luego de referir la normativa que regula la situación particular, que el cargo ocupado por el actor al momento del retiro se catalogaba como de carrera administrativa, no obstante, no accedió al mismo mediante sistema de méritos, por lo que se podía ejercer válidamente la facultad discrecional.

Luego precisó, que el cargo por desviación de poder, fundado en que el demandante gozaba de la condición de aforado sindical, quedó desvirtuado con los fallos de primera y segunda instancia proferidos por la Justicia Ordinaria, dentro de la acción de reintegro por fuero laboral incoada por el mismo. Sin embargo advirtió, que ello no era óbice para estudiar dicha causal y con fundamento en providencia de la Sección Segunda de esta Corporación, analizó el presupuesto del indicio grave y su relación con el cargo propuesto, para determinar, que la facultad discrecional en los casos de libre nombramiento y remoción debe girar en torno a una motivación fundada en el interés general y debe atender a los principios de eficacia y moralidad, entre otros.

En este orden de ideas, en el caso concreto consideró, luego de hacer una valoración probatoria y comparación de resultados entre los dos Funcionarios que ejercían el cargo de Procurador Judicial 157 y 158, que la desvinculación del actor no obedeció al mejoramiento en el servicio, pues superaba en más del 100% el rendimiento laboral del Procurador 157; con lo que era lógico que fuese despedido el funcionario con menor rendimiento, lo que no sucedió en el *sub lite*. Además, si



bien se ha sostenido que el buen desempeño no genera fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que se pueda ejercer la facultad discrecional, también es cierto, que cuando la Administración desborda los límites de tal facultad, puede llegar a incurrir en desviación de poder, lo que en el presente caso se encuentra acreditado por vía de indicio grave.

Cuando funcionarios de distinta categoría y posiciones jurídicas encontradas proclaman al unísono la idoneidad del actor frente a los factores objetivos de vocación de sindicalista y rendimiento laboral excelente, el indicio se constituye en demostración inequívoca de que el acto acusado no fue inspirado en el mejoramiento ni en la buena prestación del servicio.

Con lo anterior, el acto acusado es violatorio de lo dispuesto por los artículos 84 y 36 del Decreto 01 de 1984, pues al tiempo que fue expedido con desviación de poder, no se emitió de manera adecuada a los fines de la norma que lo autorizaba, ni mucho menos proporcional a los hechos que le sirvieron de causa, con lo que queda desvirtuada su presunción de legalidad; por lo que ordenó el restablecimiento solicitado y las condenas respectivas.

## **LA APELACION**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandada interpuso oportunamente recurso de apelación.

Reiteró, que la decisión que se acusa fue adoptada con fundamento en los artículos 278-6 de la Constitución Política, 158-3, 165 y 182-2 del Decreto 262 de 2000, de los que se infiere que el cargo de Procurador Judicial, tiene el carácter de libre nombramiento y remoción, por lo que bien se podía ejercer la facultad discrecional, contrario a lo considerado por el Tribunal, quien catalogó dicho cargo como de carrera administrativa.

Agregó, que aunque el *a-quo* inicialmente consideró que el buen desempeño laboral no se constituye en factor de inamovilidad, extrañamente cuestiona el desempeño laboral del Procurador 157, quien desarrollaba las mismas funciones que el actor y además le fue encargada la coordinación judicial de las Procuradurías y su intervención en procesos de gran importancia y trascendencia

jurídica. Fue desconocido el carácter meramente informativo de las estadísticas de labores reportadas por los Procuradores Judiciales, que solo reflejan la participación cuantitativa y no la cualitativa, evidenciada en las intervenciones judiciales de los Procuradores, que en cada caso es diferente y que en particular sobrepasaban las del demandante.

Además, el comparativo no es viable con un servidor ajeno al cargo de Procurador Judicial 158 ocupado por el actor, pues ha debido hacerse frente al servidor que lo reemplazó, quien por su amplia experiencia se logra establecer que es un profesional idóneo para ocupar el mismo, con lo que resulta ser erróneo el análisis del Tribunal, cuando establece como parámetro y soporte de la desviación de poder, comparaciones de índole funcional, desconociendo con ello los criterios de razonabilidad en el uso de la potestad discrecional, la cual está determinada por diferentes factores, entre ellos, los aspectos de conveniencia, oportunidad, eficacia y moralidad.

Insiste, en que el desempeño laboral no genera fuero de estabilidad, por lo que la causal de desviación de poder sustentada en el desmejoramiento del servicio no tiene cabida, habida cuenta que conforme a jurisprudencia de la Corporación, la eficiencia del empleado por sí sola, no enerva el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción del nominador. Con lo que se tiene que el actor no logró desvirtuar que el acto acusado se haya inspirado en razones ajenas al buen servicio, por lo que debe mantenerse su legalidad.

En cuanto al cargo de desviación de poder en razón a la *“vocación de sindicalista”*, manifestó, que de acuerdo con los testimonios se constata que la conformación de la Subdirectiva Quibdó, no causó incomodidad en las instancias de la Procuraduría General de la Nación como tampoco entre los compañeros sindicalizados; lo anterior, sumado al hecho de que el nombramiento del actor como suplente de la Junta Directiva, ocurrió con fecha posterior a la desvinculación de su cargo, situación de la que se desprende que quería utilizar esa elección para evitar la remoción del empleo, bajo el supuesto amparo que le otorgaban las leyes laborales. Y, sobre la calidad de aforado del demandante, la Justicia Ordinaria dentro de la demanda de reintegro negó las pretensiones.

## **ALEGATOS DE CONCLUSION**

**La parte demandante** expresó, que a la Corporación no le asiste competencia para conocer del proceso en segunda instancia, porque se incurrió en antiprocesalismos y en cuanto al asunto de fondo sostuvo, que si bien el cargo es de libre nombramiento y remoción, las razones para la insubsistencia deben fundamentarse en el buen servicio, lo que quedó desvirtuado en la sentencia.

Arguyó, que era apenas obvio que la comparación se hiciera con el Procurador Judicial 157 y no con el Funcionario que reemplazó al actor, quien aún no había empezado a desempeñar sus funciones y por sustracción de materia, no se podía calificar su rendimiento laboral, además, de que al proceso se allegó la hoja de vida del reemplazo y de ella no se deduce que tuviera formación y experiencia específicas en el campo penal.

Agregó, que el acto acusado incurrió en desviación de poder, en la medida que afectó los derechos al libre desarrollo de la personalidad y de asociación sindical del demandante, pues al momento del retiro se estaba gestando la creación de la Subdirectiva de SINTRAPROAM. Por tanto, la acción de reintegro ejercida ante la Jurisdicción Ordinaria no tiene relevancia, pues ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa se ventila el cargo en razón de la violación a los aludidos derechos, porque desde el punto de vista constitucional no había lugar a la declaratoria de insubsistencia del actor.

**La parte demandada**, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada y añadió, que el cargo que desempeñaba el demandante es de libre nombramiento y remoción y que, conforme a jurisprudencia de la Corporación, es de aquellos denominados de confianza y manejo directo del Despacho del Procurador General de la Nación. Agregó, que no se transgredieron las normas aludidas por el actor, en la medida que la Entidad gozaba de autonomía, otorgada por la misma Carta Política y por el Decreto 262 de 2000, para modificar la estructura del Ente y el régimen de competencias interno.

Señaló, que las pruebas que pretende hacer valer el demandante, relativas a su desempeño laboral no constituyen un planteamiento idóneo, ni la demostración inequívoca para desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado. Si bien, en la sentencia se hizo un análisis comparativo con el Procurador 157, éste debió realizarse frente a su reemplazo, quien cumplía con los requisitos exigidos para el

ejercicio del empleo y con el cual se ofrecen los criterios de razonabilidad en uso de la potestad discrecional del Procurador en pro del mejoramiento del servicio.

Añadió, que la vocación de sindicalista del demandante no fue la causa de su retiro, pues el acto de insubsistencia fue expedido 25 días antes de que resultara electo como suplente de la Junta Directiva de SINTRAPROAM, aunado a que la Procuraduría no presentó incomodidad alguna frente a la creación de esa organización.

**El Ministerio Público**, sobre el supuesto yerro procedimental en que incurrió la Corporación, señaló, que no existe irregularidad procesal alguna, pues se adelantó el trámite correcto en cada una de las etapas.

Respecto al caso concreto señaló, que el cargo desempeñado por el demandante, según los artículos 136 de la Ley 201 de 1995 y 182 del Decreto Ley 262 de 2000, corresponde a los llamados de libre nombramiento y remoción; por lo cual el Tribunal incurrió en error al catalogarlo como empleado de carrera administrativa y/o judicial, es decir, que los derechos derivados de tal condición no le asisten. El acto de retiro de un funcionario de libre nombramiento y remoción no requiere motivación, además, el Procurador se encuentra facultado para, de forma discrecional, determinar los empleados que de este carácter estarán a su cargo, tal y como lo establece el artículo 158 del Decreto Ley 262 de 2000, vigente inclusive para la época de los hechos. Además, conforme a la Sentencia C-146 de 2001, es constitucional que el nominador nombre y retire libremente al titular del empleo de Procurador Judicial, juicio que comparte el Consejo de Estado.

Adujo, que la carga de probar que el retiro se produjo por razones diferentes a mejorar el servicio, corresponde a quien pretende demeritar la presunción, lo que en este caso no se satisface, pues el actor no logró desvirtuar que existieron causas ajenas, innobles o fútiles al buen servicio, porque aunque alega que el Funcionario que lo reemplazó carecía de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo, revisada su hoja de vida se encuentra que éste acreditó el cumplimiento de los mismos. Además, se aportan certificaciones sobre el desempeño del actor y los testimonios refieren sobre su compromiso, pero eso resulta acorde con la obligación que como servidor público le asistía y no implica que se incurra en desviación de poder el hecho de nombrar a otra persona que cumplía con las condiciones requeridas ni que se afecte el servicio público.

Sobre el argumento de que el acto de insubsistencia se produjo como retaliación a la participación del actor en el movimiento sindical señaló, que no es válido, pues su afiliación operó con años de antelación a la decisión acusada. Además, el retiro no afectó la creación de la Subdirectiva, que tuvo ocurrencia con posterioridad a la insubsistencia y el demandante fue escogido como miembro suplente. Y En lo relacionado con el fuero sindical manifestó, que ya había sido objeto de pronunciamiento por parte de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, la que determinó su no acreditación.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El problema jurídico planteado por la demanda se contrae a establecer si el Decreto No. 746 de 4 de abril de 2003, por medio del cual la Procuraduría General de la Nación, declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Procurador 158 Judicial II Penal de Quibdó, Código 3PJ, Grado EC; adolece de desviación de poder, porque no se propendió por el mejoramiento del servicio.

A fin de decidir el objeto de la controversia, la Sala inicialmente, hará alusión a la forma de provisión de los empleos en el sector público, que por regla general se hace por el sistema de carrera administrativa, siendo la excepción los empleos de libre nombramiento y remoción, con consideración de la normativa que regula a la Procuraduría General de la Nación en este tema, para seguidamente determinar, si de acuerdo con los elementos probatorios obrantes en el expediente, la declaratoria de insubsistencia del demandante, quien ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, adolece de nulidad por incurrir en desviación de poder.

### **EMPLEADOS DE CARRERA**

De acuerdo con lo establecido por el artículo 125 de la Carta Magna, los empleos en los órganos y entidades del Estado se deben proveer a través del sistema de selección de méritos denominado carrera administrativa, que se constituye en el instrumento idóneo para el manejo de quienes ejercen la Función Pública, a fin de facilitar el cumplimiento de los principios y fines estatales, como los de la igualdad, la eficacia y la celeridad.

Se tiene entonces, que la carrera administrativa es 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. El ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa deben hacerse con fundamento en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad sin discriminación alguna.

Según lo dispuesto por la Ley 443 de 1998, un cargo de carrera administrativa, debe proveerse previo concurso, por nombramiento en período de prueba o por ascenso. En caso de que se presente una vacancia definitiva, y solo cuando se haya convocado a concurso de méritos, la provisión del empleo debe hacerse mediante el encargo y de no ser posible el mismo, se hará por nombramiento provisional.

Resalta la Sala, que no obstante que el sistema de carrera administrativa se constituye en la regla general para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, debe tenerse en cuenta que el Legislador se encuentra facultado para establecer excepciones y es ahí donde surgen los **empleos de libre nombramiento y remoción**.

## **EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION**

Se tiene entonces que por vía de excepción <sup>1</sup>, los empleos de los organismos y entidades estatales también pueden ser de libre nombramiento y remoción. Es en acatamiento al principio de razón suficiente, que dichos nombramientos no pueden constituirse en la regla general.

Los cargos de libre nombramiento y remoción no pueden ser otros que los creados de manera específica, en razón a la naturaleza y características de los mismos, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales o

---

<sup>1</sup> **Ley 443 de 1998.** “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”. **Artículo 5.** “De la clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades reguladas por la presente ley son de carrera, con excepción de: ... 2. Los empleos de libre nombramiento y remoción que correspondan a los siguientes criterios: a) los de dirección, conducción y orientación, institucionales, que adelante se indican, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices...”.

los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.

En suma, obedecen a una relación subjetiva, porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar o ejecutar una política, en la que se establece una relación *in tuito personae* entre el nominado y el nominador.

El ingreso, permanencia y el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, depende de la facultad discrecional del nominador, la que no requiere de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza, siempre que cumpla con los requisitos de ley.

En lo que a la Procuraduría General de la Nación hace referencia, la Sala precisa, que la Carta Política en su artículo 278, establece que el Procurador General de la Nación ejercerá directamente, entre otras funciones, según su numeral 6º, nombrar y remover de conformidad con la ley los funcionarios y empleados de su dependencia.

Por su parte el Decreto Ley No. 262 de 2000 <sup>2</sup>, en su artículo 158, señala las causales por las cuales se retira en forma definitiva a un servidor de la Procuraduría, entre las que se encuentra, como lo indica su numeral 3º, la **insubsistencia discrecional**. Esta figura se contempla en su artículo 165 como *“...la decisión que se produce en ejercicio de la facultad discrecional del nominador para remover a un servidor de la entidad que ocupe un empleo de libre nombramiento y remoción. Contra la resolución que declara la insubsistencia del nombramiento no procede recurso alguno”*.

De otro lado, el artículo 182 del aludido Decreto, al establecer la clasificación de los empleos de acuerdo a la naturaleza y forma de provisión, determina que son de carrera, **de libre nombramiento y remoción, dentro de los que se encuentra**

---

<sup>2</sup> **Decreto Ley No. 262 de 22 de febrero de 2000** “*Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos*”.

**el de Procurador Judicial y el de Procurador Delegado** y de período fijo como el de Procurador General de la Nación.

Resalta la Sala, que la Corte Constitucional <sup>3</sup>, consideró en relación con los Procuradores Judiciales y con los Procuradores Delegados, que ellos representan directamente a la persona del Procurador General, lo que conlleva de manera implícita una alta carga de confianza objetiva propia de los empleos de libre nombramiento y remoción, que no viola el principio general de carrera administrativa. Y, sobre el carácter de libre nombramiento nombramiento y remoción de los Procuradores Judiciales y Delegados, existe cosa juzgada constitucional.

## **LO PROBADO EN EL PROCESO**

Habida cuenta que el motivo de inconformidad se concreta en el cargo de desviación de poder que imprime ilegalidad al acto acusado; es que la Sala, procederá a analizar el acervo probatorio obrante en el proceso a fin de dilucidar la situación fáctica que rodeó la declaratoria de insubsistencia en orden a desatar el objeto de la litis.

Reposa en el expediente el Decreto No. 479 de 25 de mayo de 1993, por medio del cual se nombró al demandante en propiedad en el cargo de Procurador 158 en lo Judicial Penal, Grado 21, Código 21PJ237 con sede en Quibdó-Chocó. Además aparece el Acta de Posesión No. 351 de 25 de junio de 1993. (Folios 423 y 420 Cuaderno Principal).

Consta, que según las Actas No. 1504 de 24 de julio de 1996 y 1914 de 5 de agosto del mismo, el actor asume el cargo de Procurador Judicial II, Código OPJ, Grado ES de la Procuraduría 158 Judicial II en materia penal, Quibdó- Chocó, en propiedad, de acuerdo con el Decreto No. 315 de 15 de julio de 1996, por medio del cual se incorporan y distribuyen las sedes y los cargos de la planta de personal. (Folios 414 y 415 Cuaderno Principal).

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-146 de 2001. Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, en la que se declaró **exequible** la expresión “*Procurador Judicial*”, del numeral 2) del artículo 182 del Decreto 282 de 2000.



Aparece el Acta sin Número de 4 de agosto de 1999, que da cuenta de la posesión del demandante en el cargo de Procurador Judicial II, Penal, Código OPJ EC77, según el Decreto No. 256 de 28 de julio de 1999, por el cual se incorpora a la planta de personal a unos servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación. (Folios 402 a 404 Cuaderno Principal).

Se observa Acta de Posesión No. 020 de 2000, que informa que el demandante asumió el cargo de Procurador Judicial II, Código 3PJ, Grado EC de la planta globalizada según Decreto de Nombramiento No. 0101 de 23 de marzo de 2000. (Folios 398 y 399 Cuaderno Principal).

Además, se aprecia el Decreto No. 746 de 4 de abril de 2003, por medio del cual la demandada declaró insubsistente el nombramiento del actor. (Folios 194 Cuaderno Principal).

Reposan los Fallos emitidos por la Jurisdicción Ordinaria en primera y segunda instancia, en los que se niegan las pretensiones de reintegro del hoy demandante, en atención a que no le asistía la calidad de aforado para el momento en el que se produjo la declaratoria de insubsistencia. (Folios 505 a 520 Cuaderno Principal).

Se aprecia el Decreto No. 773 de 4 de abril de 2003 por el cual se nombra al señor Fernando Enrique Barboza Díaz, en reemplazo del demandante en el cargo de Procurador 158 Judicial II Penal de Quibdó, Código 3PJ, Grado EC, y la respectiva Acta de Posesión No. 003 de 5 de mayo de 2003. (Folio 75 y 72 Cuaderno 6).

Aparece la Hoja de Vida del señor Fernando Enrique Barboza Díaz que da cuenta que es Abogado de la Universidad del Cauca-Popayán desde el 9 de diciembre de 1976, con Curso de Especialización en Derecho Público del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá del 2 de mayo de 1977, y con diversos Diplomados, cursos y seminarios entre otros, los de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Cartagena; Actualización en Derecho Público de la Escuela Superior de Administración Pública; en el Nuevo Régimen Disciplinario del Instituto de Estudios del Ministerio Público; Nivel Básico de Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena; VIII Simposio Internacional de Criminalística en Cartagena organizado por la Policía Nacional; Jornadas de la Fiscalía General de la Nación de Difusión Proyecto Fortalecimiento Institucional Proceso Penal en Barranquilla; en Derecho Penal, Procesal Penal y Probatorio de la Universidad

Externado de Colombia y la Fiscalía General de la Nación en Cartagena; de Argumentación y Estructura del Discurso Jurídico de la Fiscalía en Cartagena; Encuentro de Juristas de la Costa Caribe de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla; Introducción a la Investigación en Delitos Financieros de la Fiscalía General de la Nación; la Conciliación y la Negociación en el Proceso Penal de la Fiscalía General de la Nación; XI y XII Simposio de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Cartagena; Técnica Probatoria y Criminalística de Asonal, Política Criminal y Orientaciones Modernas en la Teoría del Delito de la Universidad la Gran Colombia; Sobre Extradición de la Fundación Jurídica Colombiana; Pruebas Penales, Nociones de Casación Penal, Legislación de Menores y Legislación Penal Militar de la Universidad del Cauca; Actualización del Código de Procedimiento Penal del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad del Cauca. (Folios 44, 43, 40, 42, 92, 94, 111, 112, 115, 116, 119, 120-124, 131, 128, 136, 137 Cuaderno 6).

Además, en la Procuraduría General de la Nación, se desempeñó entre abril 16 de 1980 y 31 de octubre de 1983 como Abogado Visitador 16, Abogado Visitador 17 y Abogado Asesor 18 de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, Procurador Regional de Quibdó, Procurador Agrario Grado 21 de Bucaramanga. (Folio 81 Cuaderno 6).

En la Rama Judicial ejerció como Juez Promiscuo Municipal de Bahía Solano, Juez Promiscuo del Circuito de Itsmina, Juez 2º Penal Municipal de Quibdó, Conjuez ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó. (Folios 88 y 85 Cuaderno 6).

En la Fiscalía laboró desde el 15 de septiembre de 1992 hasta el 30 de diciembre de 1998, ocupando los cargos de Fiscal Seccional de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena, Fiscal Delegado en Encargo ante el Tribunal Superior de Cartagena, Director Seccional de Fiscalías en Cartagena. (Folio 79 Cuaderno 6).

En el Ministerio de Salud prestó sus servicios entre el 6 de octubre de 1975 y el 10 de agosto de 1979, como Abogado Clase 4-Grado 25 de la Oficina Jurídica y Jefe de Sección de Personal Técnico III Grado 28 de la Sección de Profesiones de la División de Vigilancia de Instituciones y Profesiones de la Dirección de Vigilancia y Control. (Folios 82 y 83 Cuaderno 6).

En el Inderena entre julio de 1985 y marzo de 1987, laboró como Profesional Universitario 3020-04 Sección Jurídica-Regional Bolívar (Folio 36 y 37 Cuaderno 6).

En la Registraduría Nacional del Estado Civil, desde agosto de 1991 hasta enero de 1992, se desempeñó como Delegado del Registrador Nacional del Estado Civil 2045-08 del Chocó. (Folio 33 Cuaderno 6).

En la docencia universitaria, se desempeñó en la Universidad La Gran Colombia en el año 1984 como profesor de la cátedra de Instituciones Jurídicas; en la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano durante el año 1990 y el primer período de 1991 como docente en la cátedra de Ética; en la Corporación Universitaria Rafael Núñez en el primer semestre del año 2000 como docente de la asignatura de Criminología; en el mismo año y por el mismo período en la Corporación de Educación Superior Instituto de Administración y Finanzas de Cartagena en las asignaturas de Derecho electoral, Teoría Constitucional I, Derecho Constitucional Colombiano II y Siquiatría Forense; en la Universidad Tecnológica del Chocó Diego Luis Córdoba, en el 2001 en las materias de Derecho Procesal Administrativo, Derecho Administrativo Colombiano, Derecho Internacional Público; en el primer semestre de 2002 en las asignaturas de Procedimiento Administrativo y Derecho Administrativo Colombiano II; en la Universidad Cooperativa Multiactiva Universitaria Nacional -Comuna de Quibdó en el año 2001 como profesor de Derecho Internacional Público, Privado y Humanitario. (Folios 38, 34, 26, 29, 25, 23, 24 Cuaderno 6).

De igual manera, se aprecia testimonio rendido por el señor Edgar Andrés Asprilla Mosquera, pensionado de la Procuraduría, quien manifestó que el actor cumplía con sus funciones a cabalidad y que escuchó que algunos de sus compañeros iban a ser investigados por la creación de la Subdirectiva en el Chocó, lo que al parecer produjo la renuncia de alguno de ellos. Y la declaración de la señora Dominga Palacios Lemus, quien se desempeñaba como Auxiliar Administrativo de la Procuraduría Regional del Chocó y Presidenta de la Subdirectiva Chocó, quien informó que en la Procuraduría no se creó malestar por ser afiliado al sindicato; que para la fecha en la que se constituyó la Subdirectiva Sindical de la Procuraduría Regional Chocó, el actor ya había sido declarado insubsistente; y que era un profesional dedicado a su trabajo. (Folios 129 y 130 y 133 a 135 Cuaderno Principal).

Se observa además la Hoja de Vida del demandante, que informa que es Abogado de la Universidad Santiago de Cali desde 26 de octubre de 1984, con Especialización en Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Medellín en convenio con la Universidad Tecnológica del Chocó de 27 de febrero de 1998, y con diversos Diplomados, cursos y seminarios entre otros, los de Actualización del Nuevo Régimen Disciplinario Ley 734 de 2002 del Instituto de Estudios del Ministerio Público de Quibdó; de Derecho Disciplinario del instituto de Estudios del Ministerio Público de Quibdó; de Derechos Humanos del Instituto de Estudios del Ministerio Público de Quibdó; sobre Extradición, Extinción de Dominio, Enriquecimiento Ilícito de Particulares del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. (Folios 387, 328, 320, 326, 330, 332 Cuaderno Principal).

En la Procuraduría General de la Nación, se desempeñó desde el 6 de octubre de 1986 hasta el 2 de febrero de 1987 como Abogado Visitador 17 de la Procuraduría Regional de Quibdó; desde el 18 de septiembre de 1987 hasta el 16 de abril de 1988 como Abogado Coordinador de Policía Judicial Grado 17 de la Procuraduría Regional de Quibdó; desde el 7 de junio de 1993 como Procurador 158 en lo Judicial Penal Grado 21 sede Quibdó. (Folios 436, 432, 426, 469, 473 Cuaderno Principal).

En la Fiscalía General de la Nación Seccional Chocó ocupó el cargo de Responsable de la Unidad de Indagación Preliminar del Cuerpo Técnico de Policía Judicial Grado 17 desde el 16 de abril de 1988 hasta el 31 de agosto de 1991. (Folio 347 Cuaderno Principal).

En la Rama Judicial laboró como Juez Promiscuo Municipal de Bellavista de 1º de febrero al 30 de abril de 1985; Juez Promiscuo Municipal de Acandí del 16 de mayo de 1985 hasta el 5 de octubre de 1986; Juez 6º de Instrucción Criminal de Acandí en Encargo desde el 21 de noviembre de 1985; Juez 3º Penal Municipal de Quibdó de 26 de mayo al 6 de junio de 1993. (Folios 348, 349, 359 Cuaderno Principal).

En la Procuraduría General de la Nación desempeñó el cargo de Abogado Coordinador de Policía Judicial Grado 17 de la Procuraduría Regional de Quibdó (Folios 367 Cuaderno Principal).

Certificaciones que dan cuenta de su labor como Abogado ante el Juzgado 3º Penal del Circuito y del Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó del 1º de septiembre de 1991 hasta el 25 de mayo de 1993; como asesor jurídico de la Empresa Metales Preciosos del Chocó desde 2 de febrero hasta 17 de septiembre de 1987; asesor jurídico del Municipio de Condoto desde el 1º de junio de 1992 hasta el 25 de mayo de 1993 (Folios 350 a 352, 356 Cuaderno Principal).

## **DE LA DESVIACION DE PODER**

En sentir del actor, la Entidad demandada incurrió en desviación de poder, porque con la expedición del Decreto de Insubsistencia, el Procurador General de la Nación no tuvo como finalidad la de perseguir el buen servicio a cargo del Ministerio Público, pues la persona que lo reemplazó no poseía experiencia alguna en materia penal, con lo que se produjo una desmejora ostensible del servicio; argumento que rechaza la apelante, porque por el contrario, la persona que reemplazó al demandante, sí cumplía a cabalidad con el perfil para desempeñar el cargo de Procurador Judicial Delegado en lo Penal.

La Sala señala, que la desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el fin que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; entonces, este vicio se configura, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse.

A punto de la afirmación del actor, en el sentido que se produjo una desmejora en el servicio con ocasión de la declaratoria de insubsistencia; advierte la Sala, que tal aseveración impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar.

En este orden de ideas, aprecia la Sala, luego de un análisis del material probatorio obrante en el expediente, que los señalamientos del demandante, no pasan de ser meras afirmaciones que carecen de soporte probatorio y que por tanto no cuentan con la entidad suficiente para configurar el vicio en mención, que invalide la actuación censurada, con lo que le asiste la razón a la parte apelante.

Y es que no puede ser de otra manera, cuando en el proceso, en relación con la supuesta desviación de poder y luego de un ponderado análisis comparativo de las dos hojas de vida, es fácil inferir que la persona a quien el Procurador General de la Nación, nombró en reemplazo del demandante, en atención a la facultad discrecional que le asiste, por tratarse de un empleo de libre nombramiento y remoción, cumplía a cabalidad con el perfil para ocupar el cargo para el cual fue designada.

Es así como se encuentra probado que el reemplazo del actor, es Abogado desde 1976 con Curso de Especialización de 1977, con una amplia trayectoria en el ejercicio de su profesión, en la docencia y en el área del derecho penal, habiendo ocupado varios cargos al interior de la Fiscalía General de la Nación, entre ellos, el de Director Seccional de Fiscalías, Fiscal Delegado en Encargo ante Tribunal Superior, Fiscal Seccional y fue Funcionario de la Rama Judicial en dicha especialidad, como Juez Penal Municipal, Juez Promiscuo y Conjuetz ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial, que cuando fue nombrado para desempeñar el cargo dejado por el demandante, ya contaba con experiencia de cerca de 25 años, dentro de la que se cuenta la que tenía al interior de la Procuraduría General de la Nación desde 1980, como Abogado Visitador 16 y 17 y Abogado Asesor 18 para la Vigilancia Administrativa, Procurador Regional y Procurador Agrario.

Resalta la Sala, que no es procedente la comparación del rendimiento entre el demandante y su compañero, el Procurador Judicial 157, a fin de establecer una desmejora en el servicio, tomando como fuente las estadísticas de rendimiento, habida cuenta que si bien se trata de un Procurador Judicial en lo Penal, no es dable partir del hecho de que desempeñen las mismas funciones, con una misma carga laboral y complejidad en los asuntos, máxime si se tiene en cuenta que no se aportó al proceso la prueba con fundamento en la cual se pudiera determinar la igualdad en las condiciones laborales, solo se allegó la prueba del rendimiento

estadístico, que es claro que obedece a factores de orden cuantitativo, mas no de índole cualitativa.

En estos eventos de insubsistencia el cotejo es procedente frente a un mismo empleo, funciones y carga laboral, situación que habilita el análisis entre el desempeño del servidor declarado insubsistente y la persona que ingresa en su reemplazo y para tal efecto, ha debido allegarse la prueba del rendimiento laboral del empleado entrante, que permita establecer de forma fehaciente que con la salida del declarado insubsistente, se causó una desmejora en la prestación del servicio; prueba de la cual carece en absoluto el proceso.

Aclara la Sala, que el contraste entre dos servidores que ocupan un cargo similar, tiene lugar cuando se trata de una supresión de cargo, situación diametralmente opuesta a la de la insubsistencia, en la que existe una carga de confianza entre el nominador y su subalterno que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción. Con lo anterior y en atención a que la Ley presume que en estos eventos, como el que ahora se analiza, el nombramiento que se hace se debe entender producido en aras del mejoramiento del buen servicio público, era del resorte del demandante la carga de la prueba encaminada a demostrar que la decisión de la Administración se produjo en contravía al ordenamiento jurídico, y en este caso no obstante asistirle la carga de la prueba, de ninguna manera demostró que el acto objeto de acusación, se inspiró en razones ajenas o distintas al fin señalado por el Legislador, que permitieran establecer la presencia de desviación de poder en su expedición.

Vale la pena resaltar, que aunque en el proceso reposan certificaciones y constancias del ejercicio funcional del actor, de las que se logra inferir el cumplimiento y la eficiencia en el desempeño de los cargos que ostentó, tal documentación, no fue allegada en forma regular al proceso, circunstancia que la hace inapreciable, salvo la que fue decretada al interior del mismo (Folios 121 infra), además de que aquella documentación no comprueba el desmejoramiento en el servicio por causa del nombramiento del reemplazo, pues debe recordarse que la excelencia, la capacidad y la eficiencia del empleado que no se encuentra amparado por fuero de estabilidad alguno, no son por si solas condiciones suficientes para enervar el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción del nominador, pues las mismas se constituyen en un deber del servidor público.

Por lo demás, el argumento que fue esgrimido por el actor a lo largo del proceso, que con ocasión del recurso de alzada evoca, en el sentido de que gozaba de fuero de estabilidad, se encuentra más que superado en atención a que la Justicia Ordinaria en su momento, determinó todo lo contrario.

Con lo anterior, se tiene entonces, que le asiste razón a la parte demandada, en el sentido de que con la declaratoria de insubsistencia del actor no se configuró la desviación de poder por desmejora en el servicio, que obedeciera a la arbitrariedad intencional de la Administración con fines personales, para favorecer a terceros o con influencia de una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, en abuso de sus poderes para fines diferentes de aquellos que le fueron conferidos por la ley; todo lo cual impone la revocatoria de la sentencia apelada.

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

### **F A L L A**

**REVOCASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el 19 de diciembre de 2005, dentro del proceso promovido por el señor SILVIO ELIAS MURILLO MORENO contra la Procuraduría General de la Nación, y en su lugar **DENIEGANSE** las pretensiones de la demanda.

Reconócese personería a la Abogada Olga Beatriz González Arango, para actuar como apoderada de la entidad demandada, en los términos y para los efectos conferidos según poder obrante a folio 5 del Cuaderno 5 contentivo del Incidente de Nulidad.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

### **COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

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



**GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**

**ALFONSO VARGAS RINCON**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**