

## **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Naturaleza jurídica**

La Procuraduría General de la Nación es un órgano de control independiente de las otras ramas del poder público a partir de la Constitución Política de 1991, que ejerce a través del Procurador General de la Nación, la función de Ministerio Público

## **CARGO DE PROCURADOR PROVINCIAL – Naturaleza / CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN**

De acuerdo a la clasificación de los empleos en la Procuraduría General de la Nación, el cargo de Procurador Provincial se encontraba ubicado dentro de los denominado de libre nombramiento y remoción

## **ACTO DE INSUBSISTENCIA DE CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN- No motivación / FACULTAD DISCRECIONAL – Límites / RAZONABILIDAD / RACIONALIDAD / PROPORCIONALIDAD**

Aunque, de acuerdo con la norma [artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º] , la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado , sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01 (1847-201) . C.P. Gerardo Arenas Monsalve; Corte Constitucional, Sentencia T-372 de 2012

## **DESVIACIÓN DE PODER- Clasificación**

La jurisprudencia y la doctrina clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público -venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.

## **DESVIACIÓN DE PODER- Prueba / MÓVIL DEL ACTO ADMINISTRATIVO-Definición**

Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo. El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura

esta causal de ilegalidad.

### **DESMEJORAMIENTO DEL SERVICIO – Prueba**

No se puede afirmar que existió un desmejoramiento del servicio por no haberse nombrado en propiedad y de manera inmediata al Procurador Provincial de Buga, como quiera que las personas que adelantaron las mismas funciones fueron cumplidas con mayor efectividad y, por lo mismo, se vio mejorado notablemente el mismo, tal y como se puede evidenciar con las estadísticas reflejadas en el Sistema de Información Misional -SIM

### **INSUBSISTENCIA / BUEN DESEMPEÑO DEL CARGO – Efecto**

Carece de toda justificación que se prive a la Procuraduría General de la Nación de un funcionario de excelentes calidades personales, laborales y académicas como las de él, aspecto a lo cual la Sala responderá que esta Corporación ha sostenido en reiterados pronunciamientos que este tipo de cualidades y el buen desempeño de un empleo no genera fuero de estabilidad, de ahí que estas circunstancias aducidas por el apelante no enerva la facultad discrecional del nominador, como quiera que la condición de ser buen funcionario es o debe ser una característica propia de todo empleado público, de manera que la eficiencia y eficacia del servidor público no pasa de ser un deber inherente al ejercicio del cargo y no algo excepcional. **NOTA DE RELATORÍA** : Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 24 de julio de 2008, rad 7066-05, CP Dr. Jesús María Lemos Bustamante; sentencia del 26 de abril de 2012, radicado interno 1205-10, CP. Gerardo Arenas Monsalve.

### **INSUBSISTENCIA DE PROCURADOR PROVINCIAL – Procedencia / FACULTAD DISCRECIONAL / ESTABILIDAD LABORAL EN ÉPOCA PREELECTORAL O LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – No aplicación / ESTABILIDAD LABORAL EN ÉPOCA PREELECTORAL LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES - Aplicación exclusiva a la Rama Ejecutiva**

El contenido prohibitivo señalado en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, que es la disposición que suspende las vinculaciones a la nómina estatal, no resulta aplicable a la Procuraduría General de la Nación como órgano de control autónomo e independiente de las ramas del poder. En efecto, los destinatarios de la restricción contenida en el citado artículo, solo es aplicable a los servidores de la rama ejecutiva del poder público, por lo que, al ser la Procuraduría General de la Nación un órgano autónomo y diferente de la rama ejecutiva, no estaba cobijado por su contenido limitante o restrictivo. Por lo anterior, la prohibición de no vinculación a la nómina estatal contenida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, no deviene aplicable a la Viceprocuradora General de la Nación, por lo que entonces, al expedirse el Decreto 2293 de 30 de mayo de 2014, el cual declaró insubsistente al demandante, no indica un actuar que desconozca una norma superior, todo lo contrario, como quiera que ésta se produjo bajo la facultad nominadora y discrecional que la constitución y el Decreto 262 de 2000 le confería.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA –ARTICULO 279 / DECRETO 262 DE 2000 / LEY 909 DE 2004- ARTÍCULO 41 / LEY 1437 DE 2011-ARTÍCULO 44/ ACTO LEGISLATIVO NO. 2 DEL 2004 / LEY 996 DEL 2005

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCION SEGUNDA**  
**SUBSECCION B**

**Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 76001-23-33-000-2014-01351-01(0606-17)**

**Actor: MAURICIO GIOVANNY ROJAS GIL**

**Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**

**Referencia: TRAMITE: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. SEGUNDA INSTANCIA. ASUNTO: ESTABLECER SI SE DESMEJORÓ EL SERVICIO CON EL RETIRO DEL ACTOR CON LAS PERSONAS QUE LO REMPLAZARON Y SI FUE QUEBRANTADA LA LEY DE GARANTÍAS.**

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 22 de septiembre de 2017<sup>1</sup>, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 4 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio del cual negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Mauricio Giovanni Rojas Gil contra la Procuraduría General de la Nación.

## **I. ANTECEDENTES<sup>2</sup>**

### **1.1 La demanda y sus fundamentos.**

---

<sup>1</sup> Informe visible a folio 422.

<sup>2</sup> Demanda visible a folios 57 a 67.

Mauricio Giovanni Rojas Gil, por intermedio de apoderado judicial<sup>3</sup>, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Ley 1437 de 2011, presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad del Decreto 2293 de 30 de mayo de 2014, por medio del cual la Viceprocuradora General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Procurador Provincial de Buga.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al cargo que venía desempeñando sin solución de continuidad; pagar los sueldos, primas legales y extralegales, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de retiro y hasta cuando sea reintegrado, con la respectiva indexación; el pago de costas; y dar aplicación a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado del demandante, así:

Señaló que el señor Mauricio Giovanni Rojas Gil se desempeñó en la Procuraduría General de la Nación, inicialmente, como Asesor Grado 19 y, a partir de enero de 2013, como Procurador Provincial del Municipio de Buga.

Enunció que su trayectoria profesional en la Procuraduría General de la Nación, son garantías de eficiencia y eficacia de la prestación del servicio público, dado que cuenta con una hoja de vida *“impecable y tiene las calidades académicas y morales como garantía de permanencia”*.

Destacó que la Viceprocuradora General de la Nación, con funciones de Procuradora General de la Nación, al expedir el acto demandado incurrió en falsa motivación y desviación de poder, por cuanto, de un lado, se desmejoró el servicio público al momento en que se demoró aproximadamente 6 meses en proveer la vacancia del cargo; y de otro, cuando no se tuvo en cuenta sus méritos académicos, realizaciones profesionales, lealtad, eficacia y eficiencia, tanto es así, que durante su permanencia en el cargo nunca tuvo un llamado de atención.

---

<sup>3</sup> El abogado Jorge Edison Portocarrero Banguera.

## **1.2 Normas violadas y concepto de violación.**

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, los artículos 2, 6, 53 y 90; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 138.

Como concepto de violación de las normas invocadas, manifestó que el acto demandado está afectado por los cargos de anulación que se pasan a exponer:

### **a) Desviación de poder.**

Indicó que la desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, la cual en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración; bajo ese contexto, el hecho de separarlo del servicio sin tener en cuenta los méritos y su experiencia profesional, y al no proveer con prontitud su remplazo, es evidente que se desmejoró la prestación del servicio en la Procuraduría General de la Nación.

Agregó que la Viceprocuradora General de la Nación, con funciones de Procurador General de la Nación, se extralimitó en sus funciones porque si bien estaba revestida de la facultad discrecional para removerlo del cargo, ésta solo debe ser ejercida dentro de los parámetros de la ley buscando siempre la eficiente prestación del servicio público, lo cual no sucedió, concretamente, porque tal determinación resultó ser arbitraria.

### **b) Falsa motivación.**

Esta causal se configura cuando para fundamentar y enmascarar el acto se exteriorizan razones engañosas, simuladas y, por tanto, contrarias a la realidad.

La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tenga una causa que la justifica, desde el punto de vista legal, de convicción de los hechos, de calificación jurídica y apreciación razonable.

Al respecto precisó que la Viceprocuradora General de la Nación al utilizar la facultad de libre nombramiento y remoción y no explicar las razones de su desvinculación, deviene en un acto proferido no solamente con desviación de poder, sino falsamente motivado; esto es así, ya que, la no motivación del acto excluye la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción propio de un estado social de derecho, lo que conduce a la nulidad del mismo.

### **1.3 Contestación de la demanda.**

La Procuraduría General de la Nación, a través de su apoderada, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal y solicitó negar las súplicas con fundamento en los siguientes argumentos<sup>4</sup>:

Manifestó que dada la naturaleza del cargo ocupado para el demandante y en atención a lo expuesto por el Consejo de Estado<sup>5</sup>, el retiro del servicio de un funcionario de libre nombramiento y remoción puede darse sin necesidad de que mediara motivación alguna, ya que la discrecionalidad exonera al nominador de tener que explicar las razones de su determinación, pues aquella se presume inspirada en el buen servicio.

Destacó que el hecho de que no se hubiese nombrado de manera inmediata a una persona en el cargo que venía ocupando el demandante, no invalida el acto administrativo acusado, además, porque una vez éste fue desvinculado, se nombró el señor Andrés Canal Flórez en encargo, quien durante los 5 meses que ocupó el cargo, adelantó más actuaciones que las desempeñadas por aquél.

Indicó que el señor Mauricio Giovanni Rojas Gil no realizó ningún aporte jurídico o factico para demostrar el presunto desmejoramiento del servicio, motivo por el cual se puede concluir que se trata de acusaciones sin sustento alguno.

Agregó que de las pruebas allegadas por el actor en el escrito de la demanda relacionadas con los documentos proferidos durante su gestión como Procurador

---

<sup>4</sup> Visible a folios 79 a 104.

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 29 de noviembre de 2012, radicado 660012331000200800280 02, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Provincial de Buga, de manera alguna logran demostrar la ilegalidad del acto administrativo a través de la cual se declaró insubsistente su nombramiento, toda vez que no está en discusión la probidad y el idóneo ejercicio de las funciones del convocante, lo que sí es discutible es el argumento relacionado con que en el transcurso de esos años la experiencia en la entidad y el reconocimiento a su labor, le impongan el carácter de inamovilidad en el cargo.

Al respecto aclaró, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>6</sup>, que no es el nominador quien debe demostrar el sentido y de qué forma se mejoró el servicio, sino que le corresponde al demandante generar la suficiente convicción en el juez, que el acto que lo retiró desmejoró el servicio o se inspiró en razones ajenas a dicha finalidad.

Precisó que las condiciones de idoneidad, capacidad y responsabilidad, constituyen un deber de todo servidor público para el cabal desempeño de sus funciones y por tanto representa el presupuesto indispensable para garantizar la adecuada prestación del servicio.

Anotó que no es posible asegurar que se incurrió en desviación de poder, dado que quien fue encargado del cargo de Procurador Provincial de Buga tuvo unas estadísticas muy superiores a las del demandante en lo que tiene que ver con el ejercicio de sus funciones y, además, la persona que fue designada en su remplazo cuenta con la experiencia necesario para el cumplimiento del mismo.

#### **1.4 La sentencia apelada.**

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia de 4 de agosto de 2016, denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante. Lo anterior con fundamento en lo siguiente<sup>7</sup>:

Estipuló que la facultad discrecional no es un poder desmesurado que no encuentra límites dentro de su ejercicio, pues éste no puede exceder los principios y directrices previstos en el ordenamiento jurídico, en tanto que las decisiones

---

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 2 de octubre de 2003, expediente 4172-02, C. P. Dra. Ana Margarita Olaya.

<sup>7</sup> Visible a folios 348 a 355 del expediente.

amparadas por la discrecionalidad no pueden atender un capricho del ente nominador cegado por el poder aparentemente absoluto para disponer de sus subordinados, todos lo contrario, debe seguir el camino que conduzca al mejoramiento y buena prestación del servicio.

Precisó que el cargo de Procurador Provincial se encuentra enumerado dentro de la clasificación de empleos de libre nombramiento y remoción dentro de la Procuraduría General de la Nación, razón que permite aseverar que el ente nominador cuenta con la facultad discrecional para tomar tales decisiones sin que medie motivación alguna, ya que se infiere que la misma está inspirada en razones del buen servicio.

Resaltó que al momento de ser desvinculado el demandante se designó en encargo al señor Andrés Canal Flórez, quien ocupó dicho empleo a partir del 9 de junio hasta el 10 de noviembre de 2014, y obtuvo mejores resultados que aquél, con lo cual se puede concluir que el argumento de la tardanza en el nombramiento del nuevo Procurador Provincial no es contundente para lograr interpretar que con dicho actuar se incurrió en los cargos formulados por el demandante, más cuando evidentemente las estadísticas muestran un aumento en las decisiones proferidas.

Anotó que si bien los declarantes señalaron que con la designación del señor Andrés Canal Flórez no se mejoró el servicio, como quiera que debía atender dos cargos al mismo tiempo, no se puede desconocer que de acuerdo con el Sistema de Información Misional es evidente que durante el tiempo en que estuvo ocupando el cargo de Procurador Provincial (e) se incrementó el número de decisiones disciplinarias.

Para finalizar señaló que la calidad de libre nombramiento y remoción constituye la excepción a los empleos de los organismos y entidades del Estado, puesto que la naturaleza de las funciones que se desempeñan en ellos generalmente de confianza, de manejo o dirección, hace necesario dotar al ente nominador con la libertad de escogencia de su equipo de trabajo apartándose de los lineamientos de carrera administrativa.

## **1.5 El recurso de apelación**

La parte demandante interpuso recurso de apelación con fundamento en los argumentos que se exponen a continuación<sup>8</sup>:

Consideró que los argumentos del *a quo* radican en torno a señalar que los funcionarios que remplazaron al demandante fueron más eficaces y, para ello, se apoyó en el registro de información SIM, sin embargo, este sistema de información no tiene la confiabilidad, ni es una herramienta creíble, dado que el que usan los servidores de la Procuraduría General de la Nación es el denominado STRATEGOS<sup>9</sup>, el cual es un software diseñado y actualizado por la Oficina de Planeación que permite, entre otros, planear<sup>10</sup> año a año como se cumple el plan de acción del Procurador General de la Nación.

Agregó que el SIM no es tenido en cuenta por el funcionario de la Procuraduría General de la Nación como una herramienta que facilita el trabajo, por el contrario, es un aplicativo que le quita tiempo al funcionario, por esta razón se mantiene generalmente desactualizada la información que se ofrece de cada proceso.

Resaltó que los indicadores no se pueden tener en cuenta por cuanto, además, son indicadores de gestión más no de resultados, de hecho es contrario a lo que el propio Procurador General de la Nación le pidió en octubre de 2013 en una visita especial que éste realizó, en la cual le ordenó que se dedicaran en materia disciplinaria a casos paradigmáticos y los demás se los dejaran a los jueces naturales.

Entonces, afirmó que, esos indicadores relacionados en el proceso, tales como los de apertura de indagación preliminar que aparentemente había sido gestión del señor Andrés Canal Flórez, no son indicadores de buen servicio *“(...) por el contrario, a la postre son prueba ineficaz e ineficiente labor del órgano de control, por desgaste del recurso humano, económico y físico de la entidad, y del sujeto de investigación, que luego de un gran esfuerzo de toda índole se obtiene como*

---

<sup>8</sup> Visible a folios 360 a 369 del expediente.

<sup>9</sup> Resolución 278 de 3 de octubre de 2007, por medio de la cual se adopta el sistema de información STRATEGOS para el seguimiento y control del modelo estratégico y del sistema de medición del Plan operativo Anual de día a día a nivel corporativo y de cada una de las dependencias de la Procuraduría General de la Nación.

<sup>10</sup> Esa planeación implica que desde la Procuraduría General de la Nación antes del mes de octubre del año que finaliza se dan unos parámetros de gestión y de actividades no solo en materia disciplinaria, sino en todos los frentes que se cubren desde las Procuradurías Provinciales.

*resultado el archivo de la investigación, eso no es serio y pone en tela de juicio los argumentos de defensa esgrimidos en el presente proceso (...)*”.

Reiteró que STRATEGOS es un instrumento elaborado a partir de la planeación estratégica de la entidad, que incluye todas las funciones que se le asignan al procurador provincial y no se limita a monitorear y evaluar los asuntos disciplinarios, en otras palabras, es un sistema de que se alimenta con las producción de los resultados de los servidores vinculados a la entidad, tanto como administrativos como profesionales dedicados a las tareas misionales.

Manifestó que se desconoció, por parte del *a quo*, las pruebas testimoniales en las que indicaron los motivos que conllevaron el retiro del servicio y la manera como se desmejoró el servicio, dado que el Procurador general de la Nación tardó más de 6 meses para nombrar a su remplazo, situación que aunque no es causal de nulidad de manera expresa, si es un indicio grave en el que se evidencia que la expedición del acto acusado no estuvo fundado en el mejoramiento del mismo.

Destacó, finalmente, que el nominador tampoco podía declarar insubsistente su nombramiento, en razón a que para el momento en que se produjo este acto se estaba adelantando un proceso electoral.

## **1.6 Concepto del Ministerio Público.**

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, rindió Concepto mediante escrito en el que solicitó confirmar la sentencia del *A - quo*. Lo anterior con fundamento en lo siguiente<sup>11</sup>:

Enunció que el desmejoramiento del servicio así como la desviación de poder son asuntos sujetos a prueba y no a la simple especulación, es así que el demandante optó por especular y no demostró nada respecto de estas particularidades, es por ello que no se puede concluir que el acto de desvinculación estuvo precedido de fines distintos a los del mejoramiento del servicio.

Dijo que como el cargo que ocupaba el demandante era de aquellos de libre

---

<sup>11</sup> Folios 415 a 421.

nombramiento y remoción, podía ser retirado del servicio mediante acto de insubsistencia el cual obedece a la facultad discrecional del nominador, sin que para ello requiera motivar el mismo.

Explicó que el buen desempeño de las funciones legalmente asignadas al demandante no genera por si solas fuero de estabilidad y permanencia, ni limitan la potestad discrecional, pues lo normal es que el empleado cumpla con ellas de la mejor manera. La prosperidad de esta petición tendría que evidenciar que el servicio desmejoró en la función propia, lo cual no sucedió en el presente caso.

## **II. CONSIDERACIONES**

De acuerdo a lo señalado en la sentencia de primera instancia y atendiendo los motivos de oposición aducidos por la parte demandante en calidad de apelante único, se contrae a:

### **Problemas jurídicos**

- i. Determinar si el Decreto 2293 de 30 de mayo de 2014, por medio del cual la Viceprocuradora General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del señor Mauricio Giovanny Rojas Gil del cargo de Procurador Provincial de Buga se encuentra viciado de desviación de poder, porque las personas que lo remplazaron en el ejercicio del cargo no mejoraron el servicio; y,
- ii. Definir si se incurrió en alguna causal de anulación en tanto se desconoció, presuntamente, las reglas relativas a la estabilidad laboral que otorga la Ley 996 de 2005 -Ley de garantías electorales-.

Previo a resolver los problemas jurídicos y para fines metodológicos se hace necesario para la Sala, pese a que no hay discusión sobre la naturaleza del cargo

y a sabiendas de que es un hecho aprobado y aceptado por las partes, reafirmar la razón por la cual se da tal condición.

La Procuraduría General de la Nación es un órgano de control independiente de las otras ramas del poder público a partir de la Constitución Política de 1991, que ejerce a través del Procurador General de la Nación, la función de Ministerio Público. Le corresponde a la ley regular lo relativo a la estructura y funcionamiento, el ingreso y concurso de méritos, así como el retiro del servicio, además de las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y régimen disciplinario propio -art. 279 Superior-, y al Procurador le compete la reubicación y distribución de los empleos en la planta globalizada, así como la fijación del número de integrantes de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría.

El Decreto 262 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”*, en su artículo 182 clasificó los empleos de la Procuraduría General de la Nación conforme a su naturaleza y forma de provisión de la siguiente manera:

***“(…) ARTICULO 182. CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS. Los empleos, de acuerdo con su naturaleza y forma de provisión, se clasifican así:***

*1) De carrera*

*2) De libre nombramiento y remoción*

*Los empleos de la Procuraduría General de la Nación son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción.*

*Los empleos de libre nombramiento y remoción son:*

*- Viceprocurador General*

*- Secretario General*

*- Tesorero*

*- Procurador Auxiliar*

*- Director*

*- Jefe de la División Administrativa y Financiera del Instituto de Estudios del Ministerio Público*

*- Procurador Delegado*

*- Procurador Judicial*

*- Asesor del Despacho del Procurador*

*- Asesor del Despacho del Viceprocurador*

*- Veedor*

- *Secretario Privado*
  - *Procurador Regional*
  - *Procurador Distrital*
  - *Procurador Provincial*
  - *Jefe de Oficina*
  - *Jefe de la División de Seguridad*
  - *Agentes adscritos a la División de Seguridad y demás servidores cuyas funciones consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos, cualquiera sea la denominación del empleo.*
3. *De período fijo: Procurador General de la Nación.*  
 (...)”

Como se observa, de acuerdo a la clasificación de los empleos en la Procuraduría General de la Nación, el cargo de Procurador Provincial se encontraba ubicado dentro de los denominado de libre nombramiento y remoción, lo cual permite concluir que, el empleo que ostentaba el señor Mauricio Giovanny Rojas Gil es sin duda de aquellos denominados o clasificados como de libre nombramiento y remoción.

Visto lo anterior, la Sala para desatar los problemas jurídicos planteados abordará los siguientes aspectos: i) de la facultad discrecional; y, ii) del caso en concreto.

**i. Facultad Discrecional. Empleo de libre nombramiento y remoción. Límites constitucionales racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad.**

La Constitución Política de 1.991 en su artículo 125 dispone:

*“(...) Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso de los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...)”.*

La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso

mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Resulta razonable afirmar que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

*“(…) ARTÍCULO 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:*

***a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;***

*(…)*

*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. (...)***

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad<sup>12</sup>.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado<sup>13</sup> como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Por su parte, el artículo 44 del C.P.A.C.A. establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser “adecuada” a los fines de la norma que la autoriza, y “proporcional” a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la “razonabilidad”.

Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina

---

<sup>12</sup> Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>13</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012.

el despido<sup>14</sup>, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

## **ii. Del caso en concreto.**

Precisó el apoderado del señor Mauricio Giovanni Rojas Gil en el recurso de apelación, que acto acusado fue expedido con desviación de poder, ya que las razones que tuvo la Viceprocuradora General de la Nación para declarar insubsistente su nombramiento estuvieron lejos de mejorar el servicio. Al respecto consideró que no es posible tener en cuenta el Sistema de Información Misional - SIM- sino el STRATEGOS y que a los declarantes les constaron los motivos que conllevaron al retiro del servicio y la manera cómo se produjo dicho desmejoramiento. Adicionalmente, indicó, que se desconoció que no podía ser retirado, como quiera que para aquél momento se venía adelantado un proceso electoral.

Con miras a resolver los puntos objeto de controversia, conforme al material probatorio obrante en el expediente, la Sala realizará las siguientes precisiones generales:

**a)** Mediante Resolución 4558 de 10 de diciembre de 2012 el Procurador General de la Nación nombró al señor Mauricio Giovanni Rojas Gil en el cargo de Procurador Provincial de Buga, código 0PP grado EF<sup>15</sup>, del cual tomó posesión el 11 de enero de 2013<sup>16</sup>.

**b)** A través del Decreto 2293 de 30 de mayo de 2014 la Viceprocuradora General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del señor Mauricio Giovanni Rojas Gil del cargo de Procurador Provincial de Buga, código 0PP grado EF<sup>17</sup>.

**c)** El 29 de abril de 2015 el Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación, certificó que el señor Mauricio Giovanni Rojas Gil se desempeñó como Asesor grado 19 de la Procuraduría Provincial de Buga desde el 1º de febrero de 2010 hasta el 10 de enero de 2013 y, posteriormente, como Procurador Provincial de Buga desde el 11 de enero de 2013 hasta el 8 de

---

<sup>14</sup> Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968

<sup>15</sup> Visible a folio 7.

<sup>16</sup> Visible a folio 8.

<sup>17</sup> Visible a folio 2.

junio de 2014<sup>18</sup>.

**d)** El 6 de octubre de 2015 la misma autoridad administrativa certificó que el señor Epifanio Riascos Angulo se encuentra vinculado en la Procuraduría General de la Nación como Procurador Provincial desde el 11 de noviembre de 2014<sup>19</sup>.

**e)** El 7 de octubre de 2015 el Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación certificó que el señor Andrés Canal Flórez se encuentra vinculado en la Procuraduría General de la Nación desde el 2 de agosto de 2011, inicialmente, como Jefe de la Oficina de Selección y Carrera, código 1JO grado 25 y, a partir del 4 de junio de 2013, como Procurador Judicial II Penal de Buga. Precisó, además, que realizó el encargo de Procurador Provincial de Buga desde el 9 de junio al 10 de noviembre de 2014<sup>20</sup>.

Pues bien, con fundamento en lo anterior, la Sala analizará cada uno de los argumentos propuestos en el recurso de apelación conforme al citado material probatorio:

**a. Desviación de poder.**

La jurisprudencia y la doctrina<sup>21</sup> clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público -venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.

Ahora bien, por efectos de la presunción de derecho que ampara los actos

---

<sup>18</sup> Visible a folio 119.

<sup>19</sup> Visible a folio 275.

<sup>20</sup> Visible a folio

<sup>21</sup> Sentencia Paristet de 1875, como se ilustra en *“Le grands arrêts de la jurisprudence administrative”* 11 Ed. Dalloz, Paris, 1996, pág. 26 a 35.

administrativos, éstos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario, de manera que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Esta Corporación ha hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener las pruebas necesarias *“que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.”*<sup>22</sup>

Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad.

En el presente caso el apoderado del demandante sustentó esta causal por dos razones fundamentales, la primera, en la desmejora del servicio por parte de quien lo remplazó; y segundo, a que se desconocieron sus capacidades y calidades profesionales; en virtud de lo anterior, la Sala examinará la información suministrada por el Sistema de Información Misional -SIM- que fue allegada por la Coordinadora Grupo SIM de la Procuraduría General de la Nación<sup>23</sup> y en la cual se determinó el número de decisiones disciplinarias proferidas en la Procuraduría Provincial de Buga entre el 9 de diciembre de 2013 al 23 de abril de 2015.

---

<sup>22</sup> Sentencia de 31 de Agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda C.P. Clara Forero de Castro.

<sup>23</sup> Visible a folios 191 a 232.

Veamos:

<b>Decisiones Disciplinarias por Proceso</b>	<b>Periodo de Mauricio Giovanni Rojas Gil (9 de diciembre de 2013 al 9 de junio de 2014)</b>	<b>Periodo de Andrés Canal Flórez (10 de junio de 2014 al 10 de noviembre de 2014)</b>	<b>Periodo de Epifanio Riascos Angulo ( desde el 11 de noviembre de 2014 al 23 de abril de 2015)</b>
Autos de Indagación Preliminar	13	156	3
Autos de Investigación Disciplinaria	7	51	3
Archivo Art. 73 CDU	13	19	41
Archivo Inhibitorio	0	1	4
Pliego de cargos o citación a audiencia	3	3	1
Fallo de primera instancia	3	1	6
Remisión por competencia	1	0	0
<b>Total por periodo</b>	<b>40</b>	<b>231</b>	<b>54</b>

De acuerdo con lo anterior, la Sala, debe señalar que las pruebas allegadas al proceso no logran establecer en forma objetiva y razonable que el nominador actuara con un móvil oscuro o reprochable al disponer del retiro del demandante, por las razones que a continuación se pasan a exponer:

Es evidente que quienes remplazaron al demandante, los señores Andrés Canal Flórez y Epifanio Riascos Angulo, superaron en mayor número las actuaciones que realizó aquél, incluso en un menor tiempo. Nótese que mientras que el señor Mauricio Giovanni Rojas Gil tardó algo más de 6 meses para expedir 40 decisiones disciplinarias, el señor Andrés Canal Flórez, a pesar de estar ocupando al mismo tiempo el cargo de Procurador Judicial II de Buga, tardó menos tiempo para proferir 231 providencias. De igual modo sucedió con el señor Epifanio Riascos Angulo, quien en 5 meses también lo superó.

Dicho de otra manera, los anteriores indicadores de gestión, por razón de los componentes que los integran, permiten establecer un aspecto cuantitativo de la prestación del servicio en la Procuraduría Provincial de Buga, desde el 9 de diciembre de 2013 al 23 de abril de 2015, desde el cual, contrario a lo afirmado por el demandante, no se evidencia un desmejoramiento de la función, pues durante

el ejercicio de ese cargo por parte de los funcionarios Andrés Canal Flórez y Epifanio Riascos Angulo, quienes fueron nombrados en reemplazo del actor, no hubo una disminución de gestión.

Por tal motivo no se puede afirmar que existió un desmejoramiento del servicio por no haberse nombrado en propiedad y de manera inmediata al Procurador Provincial de Buga, como quiera que las personas que adelantaron las mismas funciones fueron cumplidas con mayor efectividad y, por lo mismo, se vio mejorado notablemente el mismo, tal y como se puede evidenciar con las estadísticas reflejadas en el Sistema de Información Misional -SIM-.

Al respecto se debe precisar que no es de recibo el argumento expuesto por el recurrente, según el cual se debía tener en cuenta las estadísticas reflejadas en el aplicativo STRATEGOS y no las que se encuentran en el SIM, como quiera que de conformidad con el numeral 4° del artículo 12 de la Resolución 253 de 2012<sup>24</sup>, suscrita por el Procurador General de la Nación, es función de todos los servidores de la Procuraduría General de la Nación *“(...) registrar en los sistemas de información las actuaciones surtidas dentro de los procesos asignados, según los procedimientos vigentes establecidos en la entidad (...)”*.

Adicionalmente, no se puede desconocer que para el momento en que se produjo el retiro del demandante era obligación, por disposición del artículo 2 de la Resolución 068 de 2011<sup>25</sup> y en atención a que cumplía funciones disciplinarias *“(...) reportar en los sistemas de información STRATEGOS y SIM la información y estadísticas relacionadas con las plantillas y registros allí establecidos, de tal manera que la entidad pueda contar con los parámetros para la evaluación de la gestión del proceso disciplinario, en los términos señalados en las diferentes disposiciones internas sobre la materia (...)”*.

Así pues, es evidente que el señor Mauricio Giovanni Rojas Gil debía registrar todas las actividades realizadas para efectos de que se vieran reflejada en ambos aplicativos y, con ello, constituyeran una fuente para el Departamento Estratégico de la Procuraduría General de la Nación en aras a que se tomaran las mejores decisiones que contribuyan a una mejor gestión.

---

<sup>24</sup> *“(...) Por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones por Competencias Laborales y Requisitos de los empleos de la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público (...)”*.

<sup>25</sup> *“(...) Por medio de la cual se derogan las Resoluciones No. 082 de 2002, 332 de 2002, 030 de 2005, 070 de 2005 y 168 de 2006 y se adoptan otras disposiciones (...)”*.

Por tal motivo, a pesar de que el demandante expresó en el recurso de apelación que el sistema de información SIM no tenía la suficiente confiabilidad y además que no era tenido en cuenta por el funcionario de la Procuraduría General de la Nación como una herramienta que facilitara el trabajo, resulta que era su deber como funcionario que era de la entidad demudada acatar las órdenes impuestas por sus superiores y, en tal medida, no podía incumplir con lo dispuesto en las Resoluciones 068 de 2011 y 253 de 2012.

Ahora bien, vale la pena señalar que no existe en el expediente una prueba que indique que el señor Mauricio Giovanni Rojas Gil hubiese realizado algo excepcional al normal desempeño de sus funciones como Procurador Provincial de Buga código OPP grado EF, que conduzca a considerar que quien lo reemplazo no alcanzó tal grado de excepcionalidad, prueba de ello es justamente la estadística reflejada en el Sistema de Información Misional SIM en donde se evidencian varios componentes que al final arrojan un puntaje, el cual es el reflejo de las actuaciones realizadas.

Entonces, es viable afirmar, al igual que lo realizó el Ministerio Público, que no hay suficientes criterios en la estadística, como tampoco un nexo causal que pueda llevar a la conclusión infalible que existió una razón desviada y ajena al interés público en el retiro del señor Mauricio Giovanni Rojas Gil. Además si el demandante pretendía hacer prevalecer el sistema STRATEGOS, debió allegarlo al expediente en aras a realizar la comparación correspondiente y con ello destacar no solo la relación numérica y sino que también establecer criterios diferenciadores en la misma.

Debe tenerse en cuenta que la estadística señala tan solo un componente cuantitativo, mas no cualitativo, el cual también es importante y determinante para efectos de establecer si en realidad el buen servicio se desmejoró. Es por ello que, se insiste, se deben concretar y probar los motivos distintos a la buena marcha de la administración que determinan la expedición del acto de insubsistencia; de lo contrario, se llegaría al extremo de juzgar con base en meras apreciaciones subjetivas, lo cual no es posible, toda vez que por disposición legal, toda decisión judicial debe estar fundada en la prueba regular y oportunamente allegada al proceso.

De otro lado, el recurrente señaló que a los declarantes les constaban los motivos que conllevaron el retiro del servicio del demandante y la manera como se desmejoró el servicio, sin embargo al realizar un análisis integral de los mismos<sup>26</sup>, se evidencian que son meras apreciaciones o conjeturas sin respaldo probatorio alguno, dado que no se demuestra si en efecto el acto que de insubsistencia estuvo alejado del buen servicio.

En efecto, a pesar de que fueron coincidentes en señalar que el señor Mauricio Giovanni Rojas Gil era comprometido con su trabajo<sup>27</sup>, lo cierto es que no allegaron pruebas que indicaran que se produjo un desmejoramiento del servicio una vez éste fue retirado del servicio. Al respecto es pertinente señalar que aunque cuestionaron la falta de disponibilidad por parte del señor Andrés Canal Flórez<sup>28</sup> por mantener dos cargos de manera simultánea, tal es caso de la Procuraduría Provincial y la Procuraduría Judicial II en lo penal de Buga, resulta evidente, con fundamento en las estadísticas arrojadas al proceso, que no existió ningún desmejoramiento, todo lo contrario, se mejoró ostensiblemente el servicio.

Así mismo, ninguno de los declarantes explicó las razones por las cuales aparentemente se había producido el acto de insubsistencia, es decir, no indicaron porqué la Viceprocuradora General de la Nación tomó la determinación de apartar al demandante, pues se limitaron a narrar ciertos hechos en relación con las calidades humanas y profesionales de éste pero no especificaron por qué fue retirado.

Vistas así las cosas, el demandante debió apoyarse en otras probanzas que de manera indirecta delinearan la existencia de la causal invocada, de manera que puede concluirse que ni las estadísticas allegadas o los testimonios recogidos dentro del proceso no son una prueba suficiente para obtener la certeza de que la decisión administrativa se tomó por motivos ajenos a mejorar el servicio, para con ello, desvirtuar la legalidad del acto.

Resta por referirse al argumento del actor, según el cual, carece de toda justificación que se prive a la Procuraduría General de la Nación de un funcionario de excelentes calidades personales, laborales y académicas como las de él,

---

<sup>26</sup> Audiencia de pruebas llevada a cabo el 24 de noviembre de 2015 registrada en el medio magnético que obra a folio 277 y en los folios 278 a 281 del expediente.

<sup>27</sup> Tal es el caso de la señora María Rosario Ramos Moncayo (min. 8:30).

<sup>28</sup> José Luis Villafañe Quintero (min. 32:30) y Miriam Nubia Méndez Vásquez (min. 2:30).

aspecto a lo cual la Sala responderá que esta Corporación ha sostenido en reiterados pronunciamientos que este tipo de cualidades y el buen desempeño de un empleo no genera fuero de estabilidad, de ahí que estas circunstancias aducidas por el apelante no enerva la facultad discrecional del nominador, como quiera que la condición de ser buen funcionario es o debe ser una característica propia de todo empleado público, de manera que la eficiencia y eficacia del servidor público no pasa de ser un deber inherente al ejercicio del cargo y no algo excepcional<sup>29</sup>.

La Sección Segunda de esta Corporación<sup>30</sup>, dilucidando el asunto de un empleado de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación declarado insubsistente y que alegaba aspectos similares a los que aduce el accionante en el *sub examine*, expuso:

*“(...) La Sala desestimaré el argumento mediante el cual el actor sostuvo que en razón a que prestó sus servicios eficientemente y acató el ordenamiento jurídico en el ejercicio de sus funciones no podía ser retirado de la entidad demandada, puesto que una excelente hoja de vida y la buena gestión en las actividades desempeñadas acatando las directrices del Procurador General de la Nación, no le otorgaban estabilidad en el empleo ya que no gozaba de la calidad de funcionario escalafonado. Además, ejercer la función pública con el mayor decoro y compromiso es una obligación de todo servidor público lo cual no otorga garantía de inamovilidad en el empleo, máxime cuando se ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción (...).”*

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

---

<sup>29</sup> En sentencia de 31 de julio de 1997 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicado No. 16128, al respecto dijo:

*“... en lo que respecta al buen desempeño del actor, durante el tiempo que laboró para la entidad, ha de decir la Sala que tal circunstancia no genera para los empleados que puedan ser retirados del servicio por discrecionalidad del nominador, fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad que le ha sido asignada por Ley, como en el caso sub-examine, la que se presume ejercida en aras del buen servicio.”* (Subrayas no son del texto citado).

En similar sentido se pueden leer, entre otras, de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado: Sentencia del 24 de julio de 2008, radicado interno 7066-05, CP Dr. Jesús María Lemos Bustamante; sentencia del 26 de abril de 2012, radicado interno 1205-10, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>30</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 24 de octubre de 2013, radicado interno 1928-13, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Actor: Jairo Hernando Gutiérrez García. Accionado: Procuraduría General de la Nación.

En el caso concreto, tras el análisis individual y conjunto de las pruebas que obran en el expediente, para la Sala, en atención a las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia no se encuentra acreditado el cargo de nulidad de desviación de poder, motivo por el cual este no tiene vocación de prosperidad.

## ii) De la ley estatutaria de garantías electorales.

Al reformarse parcialmente la Constitución Política para consagrar la reelección presidencial, el Acto Legislativo No. 2 del 2004 se ocupó de prohibir a los empleados de la rama judicial, de los órganos electorales, de control y de seguridad, "(...) *tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas*", y ordenó que para los demás empleados, la ley estatutaria debería señalar las condiciones para su participación en tales actividades (...)"<sup>31</sup>.

En cumplimiento de la norma constitucional fue expedida la Ley 996 del 2005<sup>32</sup>; en la cual reguló distintos aspectos de las elecciones presidenciales, con o sin la participación del Presidente y el Vicepresidente en ejercicio como candidatos; y en el Título III, aplicable en todos los procesos electorales para cargos de elección popular, desarrolla la "*participación en política de los servidores públicos*", estableciendo para el efecto varias prohibiciones dirigidas a los "*empleados del Estado*", sin distinción, a las cuales agrega otras destinadas expresamente a las autoridades locales.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profirió la sentencia C-1153 de noviembre 1 de 2005, en

---

<sup>31</sup> Acto Legislativo No. 2 del 2004 (dic.27), "Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones". D. O. No. 45.775 de dic.28/04. Art. 1°: "*Modifícase los incisos 2° y 3° del artículo 127 de la Constitución Política y adiciónense dos incisos finales al mismo artículo, así: / A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. / Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria. (...)*"

<sup>32</sup> Ley 996 de 2005 (nov. 24), "Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones." D. O. No. 46.102 de nov. 24/05.

ejercicio de la revisión oficiosa del proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara, "por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones.

En dicho ordenamiento legal, se establecieron algunas prohibiciones o limitaciones entre las cuales, se encuentra la consagrada en el artículo 32 de la referida ley estatutaria que estableció lo siguiente:

*"(...) Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente (...)"*

Con fundamento en lo anterior se puede concluir que la restricción o limitación establecida en el citado artículo debe entenderse de manera restrictiva, es decir, que no puede hacerse extensiva la misma a los demás órganos del estado, porque de haber sido esa la interpretación que se le debía dar a dicho texto legal -extender la prohibición a los demás entes estatales-, el mismo legislador así lo hubiese delimitado, tal como si sucedió con el artículo 33 de la referida ley, en la cual, de manera expresa y sin equívoco alguno, estableció la limitación de contratación directa en todos los entes del Estado.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil al conceptuar sobre las restricciones y prohibiciones contenidas en los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2005 señaló que<sup>33</sup>:

*"(...) El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el párrafo del artículo 38 ibídem, abarca un periodo preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las*

---

<sup>33</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 4 de febrero de 2010. Radicado 11001-03-06-000-2010-00006-00 (1985). Consejero Ponente Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

*prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 párrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conducta diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32 (...)*".

Nótese entonces, que la restricción contenida en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005 resulta aplicable solo a la rama ejecutiva, mientras que las prohibiciones establecidas en el artículo 33 y 38 de la misma norma resultan extensibles a todos los entes del Estado. Ello por cuanto que, con la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral, constituye una garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato- presidente- y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.

Bajo ese contexto, en el caso en concreto encuentra la Sala que el cargo alegado por el recurrente no tiene vocación de prosperidad pues, se reitera, el contenido prohibitivo señalado en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, que es la disposición que suspende las vinculación a la nómina estatal, no resulta aplicable a la Procuraduría General de la Nación como órgano de control autónomo e independiente de las ramas del poder<sup>34</sup>.

En efecto, los destinatarios de la restricción contenida en el citado artículo, solo es aplicable a los servidores de la rama ejecutiva del poder público, por lo que, al ser la Procuraduría General de la Nación un órgano autónomo y diferente de la rama ejecutiva, no estaba cobijado por su contenido limitante o restrictivo.

Por lo anterior, la prohibición de no vinculación a la nómina estatal contenida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, no deviene aplicable a la Viceprocuradora General de la Nación, por lo que entonces, al expedirse el Decreto 2293 de 30 de mayo de 2014, el cual declaró insubsistente al demandante, no indica un actuar que desconozca una norma superior, todo lo contrario, como quiera que ésta se produjo bajo la facultad nominadora y discrecional que la constitución y el Decreto

---

<sup>34</sup> Ley 201 de 1995, artículo 1 que reza: Suprema Dirección del Ministerio Público. La Procuraduría General de la Nación es el máximo organismo del Ministerio Público, tiene autonomía administrativa, financiera, presupuestal y técnica y ejerce sus funciones de órgano de control bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación, quien la representa ante las autoridades del poder público y los particulares.

262 de 2000 le confería.

### **iii) De la condena en costas.**

Debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda<sup>35</sup> de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala no se observa una mala conducta de las partes o que hayan actuado de mala fe, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, razón por la cual se negará la pretensión relacionada con la imposición de costas.

En las anteriores condiciones se confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Mauricio Giovanni Rojas Gil en contra de la Nación - Procuraduría General de la Nación, a excepción del numeral segundo en cuanto a la condena en costas, la cual se revocará.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

## **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 4 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio del cual negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Mauricio Giovanni Rojas Gil

---

<sup>35</sup> Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

contra la Procuraduría General de la Nación, de conformidad a lo expuesto a la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral segundo de la decisión, en cuanto el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca condenó en costas a la parte demandante.

En su lugar, se dispone:

**NEGAR** la condena en costas, acorde con lo explicado en la motivación precedente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

**CARMELO PERDOMO CUÉTER**

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**Relatoria:** JORM/Lmr.