



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCION "B"

Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.-

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicado No:	50001233100020100056301
No. Interno:	4780-2014
Actor:	Claudia Cuellar Afanador
Demandado:	Procuraduría General de la Nación
Acción:	Acción de Nulidad y Restablecimiento Del Derecho
Tramite:	Decreto 01 de 1984.
Asunto:	Declaratoria de insubsistencia en vigencia de ley de garantía.
Decisión:	Confirma fallo que niega pretensiones

Segunda Instancia – apelación de sentencia.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de agosto de dos mil



catorce (2014), proferida por el Tribunal Administrativo del Meta que denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA.-

En ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984¹, la señora Claudia Cuellar Afanador, actuando a través de apoderado judicial, acudió ante esta jurisdicción a fin de controvertir la legalidad del Decreto No 005 de fecha 13 de enero de 2010, por medio del cual, se declaró insubsistente a la actora a partir del 13 de mayo de 2010 en el cargo de Procurador Judicial II Penal, Código 3PJ, grado EC

PRETENSIONES

Solicitó la parte demandante se declare la nulidad del Decreto 005 de fecha 13 de enero de 2010, por medio del cual, fue declarada insubsistente a partir del 13 de mayo de 2010 en el cargo de Procurador Judicial II Penal, Código 3PJ, grado EC

Que como consecuencia de la nulidad deprecada, se ordene a la Procuraduría General de la Nación, reintegrar a la accionante al mismo cargo que venía desempeñando, es decir, el cargo de Procurador Judicial II Penal, Código 3PJ, grado EC y al pago de los salarios dejados de percibir con las respectivas

¹ Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.



prestaciones sociales, aportes parafiscales, aumentos de sueldos y demás emolumentos laborales que haya dejado de percibir desde el día en que se decretó la insubsistencia en el cargo en mención hasta la fecha en que se le reintegre a un cargo de igual o superior jerarquía.

Para todos los efectos legales, se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de la demandante desde el momento de la declaratoria de insubsistencia hasta su reintegro efectivo.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los supuestos facticos que a continuación se narran

LOS HECHOS

Manifestó la actora que ingresó a la Procuraduría General de la Nación, el día 9 de septiembre de 2009, mediante el Decreto 2020 para desempeñar el cargo del Procurador Judicial II Penal Código 3pj, grado EC.

Que en fecha 13 de enero de 2010, el Procurador General de la Nación expidió el Decreto 005 por medio del cual, declaró insubsistente a la demandante en el cargo de Procurador 179 Judicial II, Código 3PJ Grado EC, siendo notificada del mismo solo en fecha 13 de mayo 2010.

Sostuvo que a inicios del año 2010, le fue diagnosticado depresión por estrés laboral, conllevándola a ser internada por periodos de 18 días consecutivos en un centro psiquiátrico con incapacidad de entre 3 y 30 días.



Alegó que le fue desconocida la protección reforzada constitucional de que gozan las personas en estado de minusvalía, como quiera que a la misma su médico psiquiatra le prescribió un tratamiento de 15 sesiones, siendo que para la fecha de la notificación de la insubsistencia no había culminado con el tratamiento.

Arguyó que solo hasta el 9 de agosto de 2010, se hizo nombramiento en encargo en el empleo que venía ocupando, es decir, que por más de tres meses estuvo vacante el cargo, con lo que se demuestra que su desvinculación no obedeció a la necesidad de mejorar el servicio, sino que se trató de una decisión política que redundó en una desviación de poder.

Indicó que su desvinculación se hizo estando vigente la ley de garantías electorales por elección presidencial del 30 de mayo de 2010. En resumidas, estimó que su desvinculación se produjo sin motivar o exteriorizar las razones reales de la decisión, sin obedecer a una necesidad de mejorar el servicio; encontrándose vigente la ley de garantías electorales y desconociendo la protección reforzada constitucional.

Normas vulneradas y concepto de su violación.

La parte actora considera que con el acto acusado se vulneran los artículos 1, 2, 6, 13, 43, 122 de la Carta Superior. De igual manera, se infringe el inciso 1 del artículo 2 del Decreto 770 de 2005, numeral 1 del artículo 19 de la Ley 909 de 2004 y los artículos 32, 33 y 38 de la Ley 996 de 2005.

La demandante no formuló cargos de nulidad concretos contra el acto acusado. Sin embargo, alegó algunas razones que fundamenta la solicitud de nulidad y que pueden englobarse en los siguientes cargos:



i. El buen servicio no fue la motivación real del acto acusado.

Arguyó que es la clara la postura definida por la Corte Constitucional referente a la motivación de los actos administrativos al señalar que cuando los mismos recaen sobre el personal que fue nombrado en un cargo público y que ha sido declarado insubsistente sin la precisa y expresa motivación, la consecuencia jurídica es la de su nulidad, siendo que, para el caso bajo estudio, la motivación no sería otra que la necesidad de prestar un mejor servicio, la cual, no se ha visto en el acto acusado al haber quedado vacante el cargo dejado por la señora Cuellar Afanador.

ii. Vulneración a la ley de garantía.

Estimó la actora que para el momento en que se produjo la insubsistencia contaba con la garantía prevista en la Ley 996² de 2005, al establecer la misma que no podían producirse despidos, ni alterarse las nóminas de ninguna entidad del sector público cuando se está dentro de los cuatro meses previos al desarrollo de una contienda electoral para elegir Presidente de la República, siendo que para su caso, el retiro se produjo 17 días antes de la primera vuelta para elección presidencial, con lo que se evidencia la vulneración a la ley de garantías.

² 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.



iii.

Desconoc

imiento de la calidad de madre cabeza de familia.

Sostuvo la demandante que es madre cabeza de familia de un menor de 17 años de edad y al ser desvinculada se infringió el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 modificado por el artículo 8 de la Ley 812 de 2003, que consagra una protección especial para no ser retiradas del servicio publico

2. CONTESTACION A LA DEMANDA.

La Procuraduría General de la Nación alegó que su actuación estuvo ajustada al ordenamiento jurídico, ya que el acto acusado fue proferido atendiendo los requisitos de validez y legalidad de los actos discrecionales. Señaló que la motivación no es una exigencia legal para tomar este tipo de decisiones, pues como ya lo han dicho las Altas Cortes, las facultades discrecionales no deben ser sustentadas por estar las mismas provistas de presunciones.

Adujo que atendiendo la naturaleza del cargo desempeñado por la actora, el Decreto 262 de 2000 en su artículo 165 consagra que la insubsistencia discrecional es 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, por lo que, la desvinculación de la actora no se funda en una cuestión caprichosa sino basada en la permisividad que otorga el ordenamiento.

De otra parte, estimó que las prescripciones de los artículos 32 y 38 de la Ley 966 de 2005, no son aplicables a la Procuraduría General de la Nación, ya que las mismas son claras en establecer que la prohibición de modificar la nómina estatal en la época previa y en los comicios electorales, se aplica para la Rama Ejecutiva



del Poder Público, limitante en la que no se encuentra inmersa la entidad demandada.

Y con relación a su situación de madre cabeza de hogar, señaló que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, rige para las entidades que se encuentran en reestructuración, fusión o liquidación, circunstancia que no se presenta en el caso de la Procuraduría General de la Nación, razón por la que no es predicable respecto de los funcionarios de esta entidad.

3. SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo del Meta formuló como problema jurídico a resolver, si la declaratoria de insubsistencia de la actora en el cargo de Procurador Judicial II Penal Código 3PJ, Grado EC, sin motivación expresa vulnera el ordenamiento jurídico en que debía fundarse y por ende, adolece de nulidad.

Sobre el particular, sostuvo que respecto de la desviación de poder alegada, la parte actora no demostró que los motivos de su desvinculación fueran por razones políticas o alejadas del buen servicio. Además, destacó que el cargo desempeñado por la accionante era de libre nombramiento y remoción, por lo que podía ser retirada del servicio sin necesidad de que la autoridad administrativa motivara su decisión.

Respecto del desconocimiento a la Ley de garantías electoral, señaló que la Procuraduría General de la Nación no hace parte de la Rama Ejecutiva en virtud de la separación de poderes, que caracteriza un estado de derecho, por lo que, sus funcionarios no pueden ser destinatario del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.



Y en cuanto a la protección reforzada constitucional que consagra el artículo 12 de la Ley 790 de 2012, señaló que la entidad demandada no se encontraba en proceso de reestructuración, razón por la cual, no se hace procedente la aplicación del retén social de que trata la norma precitada. Adicional a ello, consideró que no se demostró que a la actora se le haya practicado valoración médica laboral por parte de las Juntas Regional ni nacional de Invalidez y se le hubiese iniciado un trámite para pensión de invalidez, de la que se pudiese predicar una estabilidad laboral reforzada.

4. DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACION.

La parte demandante formuló los siguientes cargos al apelar la sentencia de fecha 26 de agosto de 2014.

i. Naturaleza del empleo desempeñado, potestad discrecional y concepto de buen servicio.

Arguye la parte demandante que, no existe duda que el cargo desempeñado es de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, discrepa de lo considerado en el proveído apelado, en cuanto que estima que con su desvinculación no se mejoró la prestación del servicio, quedando vacante dicho cargo por varios meses, siendo ello probado con los documentos que obran a folios 29, 120 y 2012 del expediente y con los cuales, se acredita que el reemplazo de la accionante se dió con más de siete



meses posteriores a la desvinculación, situación que trae un indicio probado y que configura en sí mismo un desvío de poder.

ii. Vulneración de la Ley 996 de 2005, aplicación de la ley de garantía a todos los funcionarios públicos.

Adujo que para la época de la desvinculación contaba con la garantía prevista en la Ley 996 de 2005, para no ser despedida, ni alterada la nómina de ninguna entidad del sector público dentro de las que se incluye la Procuraduría General de la Nación. Que conforme con lo expuesto en la sentencia C 1153 de noviembre 11 de 2005, debe entenderse que tal prohibición cobija a todos los funcionarios públicos.

iii. Aplicación de la Ley 790 de 2002.

Sobre el particular, alegó que la condición especial de la que gozan las madres cabeza de familia conlleva a una protección especial en favor de los niños, básicamente por la especial relación que existe entre la progenitora y los menores que de ella dependen, recordando que es madre del menor Juan Carlos Díaz.

Por lo anterior, al ser sujeto de especial protección constitucional, al interior de una relación laboral cuenta con una protección reforzada, por lo que se hace necesario otorgarle un trato especial con relación a su estabilidad en el empleo, de ahí que si la Ley 790 de 2002 es desarrollada en pro de tales postulados, no amerita que sea necesario una reestructuración para que proceda el amparo.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.



El Ministerio Público solicitó se confirme la providencia apelada, señalando para ello que, la Procuraduría General de la Nación no participa en política, por ello, el uso de su nómina no puede resultar afectada por la proximidad de una elección, antes por el contrario, debe vigorizar su acción en beneficio de la transparencia de estos, lo que incluye los movimientos de personal, bien por traslados, por conformación de grupos especiales de vigilancia electoral o por retiro de la institución

De otra parte, sostuvo que frente al presunto desmejoramiento alegado por la accionante por el simple hecho de haber tardado la designación de su reemplazo, queda en meras especulación, al no haberse probado tal aseveración.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Atendiendo a las inconformidades expuestas por la parte demandante y el material probatorio obrante en el expediente, la Sala decidirá la alzada fijando para ello el siguiente:

6. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si la Procuraduría General de la Nación como órgano autónomo e independiente de las ramas del poder público estaba obligada a cumplir la prohibición contenida en la Ley 996 de 2005, específicamente, sobre los artículos 32 y 38 de la referida ley estatutaria y, en consecuencia, establecer si le es aplicable al Procurador General de la Nación la prohibición de retirar personal en empleos de libre nombramiento y remoción en épocas preelectorales o si en su



defecto, ésta solo es extensible a los órganos del poder ejecutivo, por lo que, el Decreto 003 de enero 13 de 2010, no estaría afectado por la causal de nulidad alegada por la demandante.

De igual forma, deberá establecer la Sala si la protección especial consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, cobija a los trabajadores vinculados a entidades públicas de la Rama Ejecutiva que no se encuentran en proceso de modernización administrativa.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala abordará el tema sometido a consideración, estableciendo i) La naturaleza del cargo ocupado por la demandante; ii) Límites o extensión de las restricciones y prohibiciones establecidas en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, conforme a la sentencia de inexequibilidad C-1153 del once (11) de noviembre de dos mil cinco (2005) y, iii) De la protección constitucional y legal de las madres cabeza de familia, la estabilidad laboral reforzada y el retén social en los procesos de modernización del Estado. Y por último, resolver el caso en concreto.

De la naturaleza del cargo

El artículo 125 de la Carta Política prescribe que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, y, esta misma disposición regula la designación por concurso público, cuando el sistema de nombramiento no se provea como de libre nombramiento y remoción.



De acuerdo a lo anterior, tenemos que, en efecto, la norma general en materia de vinculación a la administración pública es el régimen de carrera administrativa, y como excepción se encuentran los de libre nombramiento y remoción, por supuesto, siendo distintas las condiciones en materia de ingreso, permanencia, promoción y desvinculación entre una y otra, ya que el empleado nombrado bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción está supeditado a las facultades discrecionales que el legislador le ha otorgado a determinados funcionarios para ejercer una labor política o que requiera de colaboración de su más absoluta confianza para el logro de los fines.

Pues bien, para el caso de la Procuraduría General de la Nación, el Presidente de la República expidió el Decreto No 262 de 2000, por medio de la cual, se modificó la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público, y estableció entre otras cosas, la siguiente clasificación de los empleos:

“ARTÍCULO 182. Clasificación 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 Judicial se encontraba ubicado dentro de los de libre nombramiento y remoción.

No puede pasarse por alto que mediante sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, la H. Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “Procurador Judicial” del numeral 2), del artículo 182, del Decreto Ley 262 de 2000, por la vulneración del artículo 280 de la Constitución Política; sin embargo, debe recordarse igualmente, que por regla general, los efectos de las sentencias solo cobijan situaciones posteriores a ella, en virtud de que es precisamente con la



sentencia que se tiene certeza acerca de la existencia del derecho o de la forma como debe ser aplicado³.

De acuerdo a lo anterior, es claro para la Sala que si bien la expresión “Procurador Judicial” del numeral 2), del artículo 182, del Decreto Ley 262 de 2000 fue declarada inexecutable, también lo es que, ésta solo produce sus efectos con posterioridad –*ex nunc*- a la prenombrada sentencia, de tal suerte que, como los hechos que ocupan la atención de esta judicatura sucedieron en fecha 13 de enero de 2010, la condición de empleo de libre nombramiento y remoción que tenía el cargo de procurador judicial para esa época queda incólume, permitiendo concluir que, el empleo que ostentaba la señora Claudia Cuellar Afanador sin duda alguna era de aquellos denominados o clasificados como de libre nombramiento y remoción.

Limites o extensión de las restricciones y prohibiciones establecidas en los artículo 32 y 38 de la ley 996 de 2005, conforme a la sentencia de inexecutable C-1153 del once (11) de noviembre de dos mil cinco (2005)

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.⁴

³ Sentencia C-037 de 1996 la cual señaló lo siguiente: “(...)De conformidad con lo expuesto, entonces, habrá de declararse únicamente la executable de la expresión “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”, contenida en el artículo que se examina...”

⁴ 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. 1º: "Modifícanse los incisos 2º y 3º del artículo 127 de la Constitución Política y adiciónanse dos incisos finales al mismo artículo, así: / A los



En cumplimiento de la norma constitucional fue expedida la ley 996 del 2005⁵; ella regula 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 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 a su tenor reza de la siguiente manera:

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. (...)"

⁵ 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.



“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...”

La limitación o restricción que el legislador estableció respecto de la garantía laboral en lo atinente a la no afectación de la nómina en épocas prelectorales, no resulta sino solo aplicable a la rama ejecutivo del poder público.

En ese sentido, considera la Sala que la restricción o limitación establecida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005 debe entenderse de manera restrictiva, es decir, que no puede hacerse extensiva la misma a los demás órganos del Estado, por que 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. O en su defecto, el órgano rector y guardián de la constitución al momento de pronunciarse sobre el estudio o control de constitucionalidad de la misma lo habría dejado por sentado, tal como ocurrió con los apartes declarados inexecutable del artículo 38 de la pluricitada ley.

En congruencia con lo antes señalado, la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto con radicación 1720, sobre las restricciones y prohibiciones contenidas en los artículo 32 y 33 de la ley 996 de 2005 y reiterado en el concepto de fecha 10 de junio de 2010, radicado No 11001-03-06-000-2010-00066-00, Número interno 2.011, dijo:



"En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley– incluido el de Presidente de la República–; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del párrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el párrafo del artículo 38.

El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2.005 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 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 38 y párrafo de la misma norma resultan aplicables 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.

Así mismo, el artículo 38 de la ley citada en precedencia instituyó las siguientes prohibiciones:

“Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución, les está prohibido:

1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.
2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones



oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.

3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.

4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.

5. Aducir razones de "buen servicio" para despedir funcionarios de carrera por razones políticas, durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones.

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

Parágrafo. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participan como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República,



Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa...”

Ahora bien, los textos subrayados fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1153 de 2005. En ese orden, el referido artículo 38 establece algunas prohibiciones, en principio, para los servidores públicos autorizados por la Constitución para el ejercicio de actividad política.

Lo anterior permitiría pensar que tal restricción estaría orientada a los servidores públicos que hacen parte de la rama del poder ejecutivo, por cuanto que, serían aquellos que sin duda alguna tienen una alta vocación o componente político, razón por la que, dentro de las prohibiciones se encuentran el presionar a sus subalternos para que apoyen determinada causa política, el difundir propaganda electoral en medios de comunicación oficiales, el favorecer laboralmente a quienes dentro de su entidad participen en igual causa política, el ofrecer beneficios a los ciudadanos para influir en su intención de voto y el despedir funcionarios de carrera por razones de buen servicio entre otras.



Sin embargo, tanto la Procuraduría General de la Nación como la Defensoría del Pueblo, al intervenir en el proceso de constitucionalidad en comento, sostuvieron que el inciso primero del artículo 38 se prestaba para entender que los funcionarios de la rama judicial, los de los órganos electorales, de control y de seguridad, al no estar incluidos expresamente, no se verían cubiertos por tales prohibiciones y podrían desconocerlas sin que tal conducta fuera reprochada, para lo cual, solicitaron se declarase inexecutable la expresión *“a excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad”* y la palabra *“demás”* contenidas en el inciso primero del artículo prenombrado artículo.

En efecto, la Corte Constitucional al compartir la postura esgrimida por el Ministerio Público y, al considerar que para evitar todo tipo de equívoco en cuanto a la extensión de la prohibición a todos los servidores públicos, declaró⁶ inexecutable las expresiones *a “excepción de”* y *“que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución”*, quedando de esa manera claro que los sujetos pasivos de las prohibiciones enunciadas son todos los servidores públicos.

Lo anterior permite inferir que el propósito pretendido con la prohibición – como es la de garantizar en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones- , de acuerdo al pronunciamiento del máximo órgano

⁶ Ver sentencia C-1153-2005 en la cual, la corte constitucional señaló lo siguiente: *“(…) La Sala comparte las opiniones arriba expuestas. No obstante, estima que para evitar todo tipo de equívoco en cuanto a la extensión de esta prohibición a todos los servidores públicos se hace preciso declarar inexecutable las expresiones a “excepción de” y “que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución”*. Únicamente de esta manera habrá total claridad en que los sujetos pasivos de las prohibiciones enunciadas son todos los servidores públicos....”



de la jurisdicción constitucional, no solo es aplicable a los servidores públicos que hacen parte de la rama ejecutiva sino que, se extiende a todos los servidores en general, entre los que se encuentran, precisamente, aquellos que habían sido objeto de excepción en el texto original de la norma, valga decir, a los órganos de control.

Empero, el numeral quinto (5) del mencionado artículo 38 de la ley 996 de 2005, prohibió a los servidores públicos de cualquier ente del Estado, despedir a funcionario de carrera administrativa alegando razones de buen servicio, no siendo extensible tal limitación a los empleados de libre nombramiento y remoción.

A manera de colofón, debe precisar la Sala, que la limitación contenido en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, debe interpretarse en su sentido restrictivo- tal como lo realizó la H. Corte Constitucional-, es decir, que los destinatarios de la misma solo resultan ser los servidores de la rama ejecutiva del poder público, quienes tiene un mayor poder de nominación y un alto componente político, todo ello en aras de salvaguardar los principios de la función administrativa contenido el artículo 209 de la Carta Superior.

A contrario sensu, el contenido prohibitivo prescrito en el artículo 38 de la prenombrada ley 996 de 2005, resulta aplicable a todos los servidores públicos, incluidos por supuesto, los órganos que inicialmente habían sido exceptuado por la misma normativa, valga decir, los órganos del poder judicial, de control, electorales y de seguridad, ello debido a los efectos de la sentencia C-1153 de 2005, pero en lo atinente a la prohibición de retiro del servicio, solo deviene aplicable a funcionarios de carrera administrativa.



De la protección constitucional y legal de las madres cabeza de familia, la estabilidad laboral reforzada y el retén social en los procesos de modernización del Estado.

El cumplimiento de los fines⁷ del Estado exige una permanente actividad de la Administración Pública y dentro de ella son apenas naturales los procesos de reforma institucional.

La dinámica de las relaciones económicas, los avances tecnológicos, las necesidades del servicio, la disponibilidad fiscal y las transformaciones sociales y culturales son algunos de los factores que repercuten en esos cambios.

Por lo anterior, la Constitución contempla la posibilidad de que, en todos los niveles, las autoridades implementen programas de reforma para atender esas nuevas exigencias.

Es así como en el nivel nacional⁸, corresponde al Congreso de la Republica determinar la estructura de la administración y crear, fusionar o suprimir ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, así

⁷ Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

⁸ Ver artículo 150 numeral 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.



como crear o autorizar la creación de empresas industriales del Estado y sociedades de economía mixta, y reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales.

A su turno, al Presidente de la República le compete crear, fusionar o suprimir los empleos que demande la administración central⁹, suprimir o fusionar organismos administrativos¹⁰ y modificar la estructura de esas entidades, siempre de acuerdo a los parámetros señalados en la ley.

Como se observa, los procesos de reestructuración pueden tener intensidades distintas cuyos efectos se reflejan también en escalas distintas. Pero en ningún caso puede perderse de vista que esos procesos repercuten en dos sectores bien definidos. De un lado, inciden en la comunidad en general, quien es la destinataria final de la prestación de un servicio o del cumplimiento de una función administrativa. Del otro, los ajustes institucionales tienen consecuencias directas en los trabajadores de la entidad a la que se aplica una medida de reestructuración, de tal suerte que frente a estos últimos, surge una clara obligación de respeto a sus derechos fundamentales, particularmente en el marco de las relaciones laborales.

Por expreso mandato constitucional, en los procesos de reforma institucional existe la obligación del Estado de garantizar de manera reforzada, esto es, con una mayor intensidad que a los demás servidores públicos, la permanencia y estabilidad de las madres cabeza de familia en sus empleos.

⁹ Ver artículo 150 numeral 14. Aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades publicas, sin autorización previa.

¹⁰



Lo anterior obliga a las entidades públicas a adoptar medidas que armonicen sus planes de reforma institucional con las acciones afirmativas de las que son titulares las madres cabeza de familia, de manera que se privilegien aquellos mecanismos que propugnen por la estabilidad en el empleo de la madre, y por la garantía de que de manera continuada pueda seguir sosteniendo a sus menores hijos o a aquellas personas que dependen económica o afectivamente de ella¹¹.

Para respetar esos límites a la modificación en la estructura laboral de la administración pública, dentro del Programa de Renovación, el Gobierno Nacional fijó los lineamientos generales desde la Directiva Presidencial No. 10 del 20 de agosto de 2002, los cuales fueron desarrollados por la Ley 790 de 2002, la Ley 812 de 2003 y los decretos 190 y 396 de 2003, en los que se previó la creación del denominado retén social, figura que se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional que tiene por finalidad garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las cabezas de familia, los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse¹².

En ese orden, se tiene que en materia de protección laboral reforzada para madre cabeza de familia, la Ley 790 de 2002, en su artículo 12 dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de

¹¹ Corte Constitucional, sentencia SU-388 de 2005. S.V. Jaime Araujo Rentería

¹² Corte Constitucional, sentencia C-1039 de 2003



servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.”

Sobre el particular, resulta pertinente transcribir algunos apartes de la exposición de motivos, que antecedió a la expedición de la citada Ley 790 de 20021:

“En la actualidad, existe una clara y nociva multiplicidad de entidades públicas que agobian al ciudadano, causan descoordinación en la acción pública y hacen inviable cualquier presupuesto estatal. El crecimiento del Estado en su conjunto ha sido excesivo y la estructura fiscal del país no es sana.

Así por ejemplo, el crecimiento de los gastos del Gobierno Central ha estado en franco aumento a lo largo de la última década. Desde 1990 hasta hoy el gasto del sector del gobierno central, sin incluir el sector descentralizado, pasó de cerca 9.4% al 20.8%.

Este comportamiento no es saludable, pues la drástica reducción en la inversión hace mucho más ineficiente el resto del gasto público y no permite alcanzar metas de interés público de la última década, sólo un margen cada vez más reducido y menguado se pudo destinar a inversión. Por el contrario, el crecimiento en el gasto de funcionamiento y el pago de intereses concentraron el grueso de los recursos de este período y la inversión tuvo que ceder para atender estos nuevos gastos. (...)

Y en relación con la protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, la Corte Constitucional en sentencia C- 174 de 2 de marzo de 2004. MP. Dr. Álvaro Tafur Galvis sostuvo:

¹ Gaceta del Congreso. Año XI. No. 430. Págs. 2 a 3.



“(...) Como se desprende de las consideraciones preliminares de esta sentencia la protección especial a que tienen derecho las personas con discapacidad no se reduce - como lo entiende el actor- a la prestación de los servicios de salud, sino que comporta el deber del Estado de propender por su plena integración (art. 47 C.P.) en particular en la vida laboral en condiciones que atiendan su situación, respetando su dignidad y valorando la contribución que ellos pueda hacer a la sociedad (art. 54 C.P.).

Dicha protección que implica en este caso según la norma en la que se contienen las expresiones acusadas, **la imposibilidad para la administración de desvincular en desarrollo del programa de renovación de la administración pública**, entre otras personas, a aquellas con limitación física, mental, visual o auditiva, lejos de significar la vulneración del artículo 13 superior responde claramente a sus mandatos...”
(negritas fuera de texto)

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden debe concluirse que, el legislador atendiendo a los principios y derechos constitucionales como la solidaridad, la igualdad, el trabajo y la igualdad de oportunidades estableció una protección laboral a favor de los empleados públicos que pudieran verse afectados, esto es, retirados del servicio, con ocasión del programa de renovación y modernización de la estructura de la Rama Ejecutiva, consistente en una estabilidad laboral reforzada que les permitía seguir desempeñando sus empleos, bajo las mismas condiciones.

Del caso concreto.

La parte demandante a través del memorial recurso, deprecia sea revocada la providencia apelada, al estimar que el acto acusado fue expedido con flagrante violación de la Ley 996 de 2005 o ley de garantías, como quiera que para la época de la desvinculación estaba vigente la prohibición de modificar la nómina estatal, así como también, considera que con su desvinculación no se mejoró la prestación del servicio.



Respecto de la desviación de poder alegada por la actora frente a la expedición del Decreto No 005 de enero 13 de 2010, debe indicarse que no le asiste razón a la libelista, pues, como bien se dejó ilustrado en líneas precedentes, el contenido prohibitivo previsto en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, que es la disposición que suspende la 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 y especialmente, del poder ejecutivo.

Bajo ese hilo de pensamiento, se tiene que los destinatarios de la restricción estatuida en el plurimencionado artículo 32 de la Ley 996 de 2005, solo son 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 aquella, no queda cobijada por el contenido limitante o restrictivo del artículo en comento.

De lo argüido por la demandante se observa que la mismo pretendió desconocer el contenido restrictivo que el legislador le imprimió a la prohibición establecida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, como quiera que no es cierto que todos los entes del Estado resultaban destinatarios de la prohibición ahí consagrada, de suerte que, si el legislador utilizó la expresión "Rama Ejecutiva" en el artículo 32 de esta ley, es claro que fue su intención que la limitante de vinculación a la nómina estatal encajara únicamente dentro de la noción de rama ejecutiva.

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 al Procurador General de la Nación, por lo que, al expedir el Decreto 005 de enero 13 de 2010 que declaró insubsistente a la demandante, no denota un actuar *contra legem* o con desviación de poder sino todo lo contrario, es decir, que la decisión demandada se



produjo bajo la facultad nominadora y discrecional que la constitución y el decreto 262 de 2000 le confería.

De igual forma, en lo relacionado con la prohibición establecida en el numeral quinto (5) del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, tampoco encuentra la Sala que la misma haya sido quebrantada por el Decreto 005 de 2010, toda vez que, como bien se dejó indicado en líneas precedentes de este proveído, la señora Claudia Cuellar Afanador estuvo vinculada al cargo de Procuradora 179 Judicial II Penal de Villavicencio, empleo que para la época en que sucedieron los hechos se clasificaba como de libre nombramiento y remoción, por lo que, si la prohibición de no remoción era destinada a los servidores de carrera administrativa, al no ser el cargo que desempeñaba la actora de esa naturaleza sino de libre nombramiento y remoción, la prohibición tampoco resultaba aplicable para su situación, por lo que, el decreto acusado preserva su presunción de legalidad.

En cuanto a la afectación del servicio generada como consecuencia del retiro de la demandante, se observa que la prueba documental con la cual se pretende acreditar la desmejora o no mejoría en la prestación del servicio, lo constituye únicamente el decreto de nombramiento de la doctora Norma Cristina Flores Marsiglia, persona que reemplazó a la demandante en el cargo de Procuradora 179 Judicial II Penal de Villavicencio, documento que no evidencia una afectación en la prestación del servicio a cargo de la aludida Procuraduría Judicial con posterioridad a la dejación del empleo por parte del accionante, ni tampoco, que la misma haya producido incidencia alguna en las actuaciones que como Ministerio Público tiene asignado dicho cargo.

Además, resalta la Sala el hecho que en el numeral 3º del artículo 158 del Decreto-Ley 262 de 2000, se estableció que una de las formas de retiro definitivo de un



servidor de la Procuraduría General de la Nación, es por insubsistencia discrecional, y el artículo 165 *ídem* define este concepto diciendo que “es 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”, y que contra la misma no procede recurso alguno.

Siendo ello así, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la ley al Procurador General de la Nación como supremo nominador del ente accionado, máxime, cuando en los términos de los artículo 277 y siguientes de la Constitución Política, el cargo desempeñado por la apelante estaba concebido para la época de los hechos como un empleo de absoluta confianza del Supremo Director del Ministerio Público, en tanto que quien ejerce dicha función se somete a las políticas, programas y proyectos implementados por la cabeza del organismo, y en razón del grado sumo de confidencialidad en la relación laboral, lo cual permite al nominador un margen más amplio de discrecionalidad para decidir acerca de la permanencia de estos empleados en la función pública.¹³

Por último, en lo atinente a la no aplicación del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, señala la Sala que, de acuerdo a la exposición de motivos de la prementada norma y al pronunciamiento proferido por la Corte Constitucional en la sentencia C- 174 de 2 de marzo de 2004, es claro que la protección consagrada en la referida norma se estableció en favor de los empleados públicos que pudieran verse afectados por retiros o desvinculaciones del servicio, pero con ocasión del programa de

¹³ Ver, entre otras, sentencia de la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, del 29 de junio de 2011, radicado interno 0752-09, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Actor: Martha Lucía González Ramírez. Demandado: Procuraduría General de la Nación.



renovación y modernización de la estructura de la Rama Ejecutiva, no cobijando tal prerrogativa a la demandante, como quiera que la desvinculación de la misma se produjo de un órgano de control que constitucionalmente tiene la naturaleza de ser autónomo e independiente de las ramas del poder público. Además que el retiro del servicio no se produjo dentro del marco del programa de renovación o modernización de la estructura orgánica dispuesta en el decreto 262 de 2000¹⁴.

En conclusión, los cargos alegados en la apelación no desvirtuaron la presunción de legalidad del acto acusado, por lo que se impone la confirmación del fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiséis (26) de agosto de dos mil

¹⁴ 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.



catorce (2014), proferida por el Tribunal Administrativo del Meta que negó las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E)
Consejero

CARMELO PERDOMO CUÈTER
Consejero

