

**CARRERA EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Regulación legal /
INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO PROVISIONAL DE LA FISCALIA GENERAL
DE LA NACION - Debe ser motivada a partir de la expedición de la sentencia
C 279 de 18 de abril de 2007**

El retiro del servicio para los empleados provisionales podía disponerse mediante acto de insubsistencia que, formalmente, por tratarse del ejercicio legítimo de una facultad discrecional del nominador, no requiere ser motivado, esto es, no debe expresar las causas del retiro. No obstante lo anterior, la Sala no pasa por alto que el legislador mediante el artículo 76 de la Ley 938 de 2004, en punto del retiro de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, dispuso que el mismo constituye una situación de carácter administrativo, mediante la cual se pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y se desvincula al servidor en los eventos previstos como causales para tal efecto. Estima la Sala que a partir del 18 de abril de 2007 fecha en que la Corte Constitucional profirió la sentencia parcialmente transcrita, el retiro del servicio de los empleados provisionales de la Fiscalía General de la Nación, debe darse mediante acto administrativo motivado, por razones del servicio, con el fin de salvaguardar el debido proceso de quienes sean objeto de la referida medida. No obstante lo anterior, de acuerdo con las consideraciones que anteceden y contrario a lo estimado por el Tribunal, el hecho de que en el caso concreto el acto acusado, esto es, la Resolución No. 0-0242 de 19 de enero de 2005 hubiera sido expedida con anterioridad a la sentencia de la Corte Constitucional C-279 de 18 de abril de 2007, hacía posible que el Fiscal General de la Nación hubiera declarado insubsistente el nombramiento del actor sin que fuera necesaria la motivación del acto administrativo que así lo dispuso toda vez que, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente para ese momento los mismos se presumían expedidos en aras de mejorar el servicio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve

Bogotá, doce (12) de abril de dos mil doce (2012).

Radicación número: 50001-23-31-000-2005-10278-01(1674-09)

Actor: ÁLVARO SARAY RODRÍGUEZ

Demandado: RAMA JUDICIAL – FISCALIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes actora y demandada contra la sentencia proferida el 22 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda presentada por ÁLVARO SARAY RODRÍGUEZ contra la Nación, Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., el señor Álvaro Saray Rodríguez solicita, por conducto de apoderado, la nulidad de la Resolución No. 0-0242 de 19 de enero de 2005, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario I, de la Dirección Seccional Administrativa de Fiscalías de Villavicencio.

A título de restablecimiento del derecho solicita la parte actora, el reintegro al mismo cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría. Así mismo, que se condene a la entidad demandada al pago de todos los salarios, prestaciones sociales, y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en la que se produjo el retiro del servicio hasta cuando se disponga el reintegro definitivo al cargo, con los incrementos salariales y actualizados de conformidad con el C.C.A.

Igualmente solicita, que se le reconozca la suma de 200 salarios mínimos mensual por concepto de los perjuicios morales ocasionados con su retiro del servicio y que las sumas resultantes de las distintas condenas sean ajustadas conforme a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes hechos:

A partir del 18 de mayo de 1992, el señor Álvaro Saray Rodríguez fue vinculado a la Dirección Nacional de Instrucción Criminal como Visitador de Policía Judicial, Grado 15, con funciones de Tesorero Pagador.

Posteriormente, el 30 de junio de 1992 fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación, en propiedad, en el cargo de Tesorero Pagador, grado 9.

El demandante laboró al servicio de la Fiscalía General de la Nación, incluyendo el tiempo en el que estuvo vinculado a la Dirección de Instrucción Criminal, demostrando idoneidad, honradez, lealtad y eficiencia en la prestación del servicio.

Mediante la Resolución No. 0-0242 de 19 de enero de 2005, notificada el 21 de enero del mismo año, el Fiscal General de la Nación, declaró insubsistente el nombramiento del señor Álvaro Saray Rodríguez.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 15, 25, 29, 125 y 229

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 2, 3, 36 y 85.

De la Ley 270 de 1996, los artículos 130, 132 y 134.

Del Decreto 1572 de 1998, el artículo 7.

Del Decreto 261 de 2000, el artículo 106.

Al explicar el concepto de violación se expresan entre otras razones, las que a continuación resume la Sala:

Se refiere en primer lugar a que, el demandante debió ser incorporado a la Fiscalía General de la Nación en las mismas condiciones y derechos que tenía cuando laboraba al servicio de la Policía Judicial, esto es, con los derechos propios del sistema de la carrera judicial y la estabilidad derivada de ellos.

La entidad demandada, al expedir el acto administrativo, incurrió en desviación de poder toda vez que, según se indica, actuó en forma arbitraria e injurídica, motivada por circunstancias ajenas al mejoramiento del servicio.

Manifestó que, la naturaleza de los actos administrativos discrecionales no es absoluta ya que, de serlo iría en contra del principio de legalidad, y la filosofía que orienta al Estado Social de Derecho. Así las cosas, el ejercicio de la facultad

discrecional debe estar inspirada en el bien general, el mejoramiento del servicio, y sometida estrictamente a las reglas de defensa del interés general.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Fiscalía General de la Nación contestó la demanda con los siguientes argumentos (fls. 97 a 105):

Sostuvo que, el demandante venía vinculado a la Fiscalía General de la Nación en provisionalidad, situación que se mantuvo hasta el momento en que su nombramiento fue declarado insubsistente toda vez que, no participó ni superó concurso de mérito alguno que le proporcionara la estabilidad propia del sistema de carrera administrativa.

Manifestó que, la vinculación del actor al Cuerpo Técnico de Policía Judicial se hizo en un cargo de libre nombramiento y remoción dado que, las normas vigentes en ese momento no preveían la carrera administrativa como mecanismo de acceso a desempeñar los empleos de la Policía Judicial.

Argumentó que, de acuerdo con la Constitución Política el Fiscal General de la Nación cuenta con la facultad de nombrar, remover y definir las situaciones administrativas de los funcionarios y empleados que laboran en esa entidad razón por la cual, los actos administrativos mediante los cuales se declara insubsistente un nombramiento se presumen expedidos en aras de mejorar el servicio lo que hace innecesaria su motivación.

Finalmente, sostuvo que en relación con el argumento de la idoneidad y las cualidades personales del señor Álvaro Saray Rodríguez el Consejo de Estado ha reiterado la tesis de que, la eficiencia en la prestación del servicio no, es por sí sola una circunstancia que logre enervar la facultad discrecional con que cuenta, en este caso, el Fiscal General de la Nación para declarar insubsistente el nombramiento de los empleados nombrados en provisionalidad.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Meta, mediante sentencia de 22 de julio de 2009, accedió a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 343 a 351):

Manifestó que, si bien es cierto el nombramiento del actor fue declarado insubsistente por el Fiscal General de la Nación cuando ocupaba el cargo de Profesional Universitario I, en provisionalidad no lo es menos que, el acto administrativo por medio del cual se materializó tal decisión, no fue motivado o sustentado en pruebas que sugirieran la necesidad de retirar al actor del servicio.

Concluyó que, las circunstancias que rodearon el retiro del servicio del actor, por insubsistencia, vulneró sus derechos fundamentales toda vez que, la Fiscalía General de la Nación asimiló su situación laboral a la de un empleado de libre nombramiento y remoción, limitándole así la posibilidad de acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para cuestionar el contenido y la legalidad de dicha medida.

EL RECURSO DE APELACIÓN

1-. La parte actora apeló parcialmente la sentencia del Tribunal, para lo cual argumentó lo siguiente (fls. 366 a 370):

Sostuvo que, los principios generales del derecho laboral administrativo, son claros en señalar que la facultad discrecional con que cuenta el nominador para retirar del servicio a sus empleados no es absoluta toda vez que, ella debe estar sujeta a los principios constitucionales y legales los cuales, en el caso concreto, no fueron tenidos en cuenta por el Fiscal General de la Nación al declarar insubsistente el nombramiento del actor.

Señaló que, en los casos en que las entidades estatales no hayan implementado los sistemas de carrera especiales no es posible ordenar el retiro de los empleados que se encuentren en situación de provisionalidad, hasta tanto se haya adelantado el respectivo proceso de selección por méritos, tal como lo ordena la Constitución Política.

Finalmente, solicitó que se confirme la sentencia impugnada teniendo en cuenta el reconocimiento y pago de los perjuicios morales ocasionados al actor por todo el tiempo que permaneció retirado del servicio.

2-. La parte demandada apeló la sentencia de primera instancia, con los siguientes argumentos (fls. 373 a 382, cuaderno No.1):

Manifestó que, los nombramientos en provisionalidad constituyen un mecanismo excepcional y transitorio que permite proveer de manera temporal un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de méritos, con la única finalidad de evitar la interrupción en la prestación del servicio ante la vacancia temporal de un empleo público.

Argumentó que, la condición de que un empleado haya sido nombrado en provisionalidad no le otorga un fuero de estabilidad hasta el momento en que la entidad realice un proceso de selección por méritos y designe su reemplazo. En efecto, precisó que quien ocupa un cargo con carácter provisional no queda bajo el gobierno de las normas que regulan el retiro del personal de carrera.

Sostuvo que, el hecho de que la permanencia de un empleado provisional se haga por un término superior al previsto en la ley, no le genera ningún derecho de inamovilidad, y mucho menos obliga al nominador a motivar el acto por el cual se ordena su retiro.

Concluyó que, en la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor obedeció al ejercicio de la facultad discrecional con que cuenta el Fiscal General de la Nación para retirar del servicio a quienes se encuentren desempeñando un empleo de carrera con carácter provisional y no a una decisión producto del abuso o la desviación de poder.

Bajo estos supuestos, solicitó que se revoque la sentencia impugnada y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

El problema jurídico

Se trata de determinar en el presente asunto, si al demandante, por desempeñar en provisionalidad un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación, le cobijaba algún fuero de estabilidad, y si el acto en virtud del cual se declaró insubsistente su nombramiento requería motivación y fue expedido por razones de servicio público.

El acto administrativo acusado

El objeto de la presente litis se contrae a estudiar la legalidad de la Resolución No. 0-0242 de 19 de enero de 2005, mediante la cual el Fiscal General de la Nación, declaró insubsistente el nombramiento del señor Álvaro Saray Rodríguez, en el cargo de Profesional Universitario I de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Villavicencio (fl. 58).

HECHOS PROBADOS

De la vinculación laboral del actor

De acuerdo con los motivos de inconformidad que manifiesta la parte recurrente, y a los cuales se limita el marco de competencia en esta instancia, en punto a la vinculación laboral del demandante, resultan relevantes al problema planteado los siguientes hechos probados:

1.- Mediante Resolución No. 16358 de 23 de abril de 1992 el Director de Instrucción Criminal nombró en propiedad al señor Álvaro Saray Rodríguez como Visitador de Policía Judicial, grado 15, de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, Cuerpo Técnico de Policía Judicial, con funciones de Tesorero Pagador (fl. 39).

2.- Mediante Resolución No. 001 de de 30 de junio de 1992, el director Administrativo y Financiero de la Fiscalía Seccional de Villavicencio incorporó al demandante a la planta de personal de esa Seccional en el empleo de Tesorero Pagador, grado 09 (fls. 42 a 43, cuaderno No.1).

3.- El Fiscal General de la Nación mediante Resolución No. 0-0242 de 19 de enero de 2005, declaró insubsistente el nombramiento del demandante como Profesional Universitario I, de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Villavicencio (fl. 58, cuaderno No. 1).

ANÁLISIS DE LA SALA

Del régimen jurídico aplicable

1.- 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.”.
(negrilla fuera de texto).*

2.- El régimen de carrera aplicable para los cargos de la Fiscalía General de la Nación, era el previsto en el decreto 2699 del 30 de noviembre de 1991 “Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades conferidas por el literal a) del artículo 5º transitorio de la Constitución Política.

En el artículo 65 de dicho Estatuto Orgánico se dispuso:

“La Carrera de la Fiscalía tiene por objeto garantizar la Igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman.

Los funcionarios y empleados que conforman los Juzgados de Instrucción Criminal, de la Justicia Ordinaria, Penal Aduanera, Fiscalías de los Juzgados Superiores, Penales del Circuito, Superiores de Aduanas y de Orden Público, de las direcciones seccionales y generales de Instrucción Criminal, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial que pasen a la Fiscalía General de la Nación, serán incorporados en las mismas condiciones en que se encuentren vinculados a sus actuales cargas mientras el Consejo de la Judicatura realiza la respectiva homologación al régimen de Carrera de la Fiscalía.

Los Juzgados de Instrucción Penal Aduanera se incorporarán a la Fiscalía General de la Nación a más tardar el 1o. de Mayo de 1992”¹.

Por su parte, el artículo 66 del citado decreto 2699 de 1991 estableció:

“Los empleados de la Fiscalía se clasifican, según su naturaleza y forma como deben ser provistos; en libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción, las personas que desempeñan los empleos de:

- 1. Vice-Fiscal General de la Nación.*
- 2. Secretario General.*
- 3. Jefes de Oficina de la Fiscalía General.*
- 4. Directores Nacionales y Jefes de División de la Fiscalía General.*
- 5. Director de Escuela.*
- 6. Directores Regionales y Seccionales.*
- 7. Los empleados del despacho del Fiscal General, del Vice-Fiscal y de la Secretaría General.*

Los Directores Regionales y Seccionales ingresarán por concurso y sólo podrán ser removidos, previa autorización del Consejo Nacional de Policía Judicial.

Los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos.”.

Bajo estos supuestos, el cargo de Tesorero Pagador, grado 09², al que fue incorporado el actor a la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía en Villavicencio era considerado por el legislador como un empleo de carrera, y por tanto, debía proveerse mediante un concurso de méritos, esto es, a través de un proceso de selección.

¹ Incisos 2o. y 3o. declarados EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-714-02 de 3 de septiembre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

- Artículo declarado EXEQUIBLE, por el cargo estudiado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370-00 de 29 de marzo de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

² De acuerdo con lo probado en el expediente (fl. 29, cuaderno No.2) el señor Esquivel Vergara fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación desde el 1 de julio de 1992, como Investigador Judicial, Grado 8 de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Cali.

Con posterioridad, el actor pasó a desempeñar el empleo de Profesional Universitario I, en la misma Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía el cual, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 270 de 1996³ también tiene la categoría de empleo de carrera. Así se observa en la citada Ley:

Artículo 130. CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS.

“...

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrados Auxiliares, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de los Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de Secretario de esas corporaciones; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del despacho del Fiscal General, del Vicefiscal, y de la Secretaría General, y los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia...

Son de carrera los cargos de Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; los de Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial...”

Artículo 132. FORMAS DE PROVISIÓN DE CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL.

“...

1. *En propiedad. Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente.*
2. *En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes.*

Cuando el cargo sea de carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo...”

Artículo 159. REGIMEN DE CARRERA DE LA FISCALIA.

“La Fiscalía General de la Nación tendrá su propio régimen autónomo de carrera, sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el

³ La Ley 270 de 1.996 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que rige a partir de la fecha de su promulgación (15 de marzo de 1996).

*ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman.
Los cargos de libre nombramiento y remoción, así como los de carrera, serán los previstos en la ley...”.*

Artículo 160. REQUISITOS ESPECIALES PARA OCUPAR CARGOS DE LA CARRERA JUDICIAL.

“Para el ejercicio de cargos de carrera en la Rama Judicial se requiere, además de los requisitos exigidos en disposiciones generales, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección y aprobado las evaluaciones previstas por la ley y realizadas de conformidad con los reglamentos que para tal efecto expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura...”

Artículo 162. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN.

“El sistema de ingreso a los cargos de Carrera Judicial comprende las siguientes etapas:

Para funcionarios, concurso de méritos, conformación del Registro Nacional de Elegibles, elaboración de listas de candidatos, nombramiento y conformación.

Para empleados, concurso de méritos, conformación del Registro Seccional de Elegibles, remisión de listas de elegibles y nombramiento.

PARÁGRAFO. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, conforme a lo dispuesto en la presente Ley, reglamentará la forma, clase, contenido, alcances y los demás aspectos de cada una de las etapas. Los reglamentos respectivos deberán garantizar la publicidad y contradicción de las decisiones...”.

El Decreto 261 de febrero 22 de 2000 “Por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”³, en su artículo 106 retomó lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley Estatutaria.

Con posterioridad, el legislador mediante la Ley 938 de 30 de diciembre de 2004 expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, mediante el cual reguló entre otros aspectos, la estructura orgánica de la entidad, la asignación de funciones específicas a sus dependencias, la administración de personal y el régimen de carrera.

³ Derogado por el art- 79 de la Ley 938 de 2004.

En punto de la naturaleza del cargo que venía desempeñando el demandante, esto es, como Profesional Universitario I, de la Dirección Seccional Administrativa de Fiscalías de Villavicencio, debe decirse que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 de la citada Ley 938 de 2004, el mismo pertenece al sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación.

Para mayor ilustración se transcribe el artículo 59 de la citada norma:

“ARTÍCULO 59. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, los empleos de la Fiscalía se clasifican según su naturaleza y forma como deben ser provistos en:

- a) De libre nombramiento y remoción;*
- b) de carrera.*

Son de libre nombramiento y remoción:

- El Vicefiscal General de la Nación.*
- El Secretario General.*
- Los Directores Nacionales y sus asesores.*
- Los Directores Seccionales.*
- Los empleados del Despacho del Fiscal General, Vicefiscal General y Secretaría General.*
- Los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y sus fiscales auxiliares, estos últimos tendrán los mismos derechos y garantías que los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia.*
- El jefe de Oficina Jurídica, de Informática, de Personal, de Planeación, de Control Disciplinario Interno, de Control Interno, de Divulgación y Prensa, de Protección y Asistencia, así como el Director de Asuntos Internacionales a nivel nacional.*
- El Jefe de la División Criminalística y el Jefe de la División de Investigaciones de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación. Igualmente, son de libre nombramiento y remoción los empleos cuyo ejercicio implique el manejo financiero y contable de bienes, dinero o valores de la entidad.*

PARÁGRAFO. También se consideran de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que sean creados por esta ley y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta, siempre y cuando pertenezcan al ámbito de dirección institucional.

Los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de selección por concurso.”.

De conformidad con el marco normativo que antecede, precisa la Sala, retomando la tesis reiterada en asuntos similares al presente⁴:

1.- Los empleos en la Rama Judicial y concretamente en la Fiscalía General de la Nación son de libre nombramiento y remoción, y de carrera en los términos del artículo 130 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y 59 de la Ley 938 de 2004.

2.- El nombramiento en provisionalidad se da cuando el empleo se encuentra vacante definitivamente, hasta cuando se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto.

4.- Para el ejercicio de cargos de carrera en la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, se requiere, además de los requisitos exigidos en las disposiciones generales, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección y aprobado las evaluaciones previstas por la ley.

Análisis del caso – De la situación jurídica en particular

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, para la fecha en que se produjo el acto impugnado, el demandante no ostentaba la condición de empleado inscrito en el régimen de carrera judicial. Siendo ello así, el nombramiento del señor Álvaro Saray Rodríguez, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente en ese momento, podía declararse insubsistente en cualquier tiempo sin motivación alguna dada la facultad discrecional que para el efecto confería la ley al nominador.

El señor Álvaro Saray Rodríguez, ocupaba el cargo de Profesional Universitario I, cargo que en virtud de la Ley 270 de 1996 y 938 de 2004 se clasifica como de carrera, al que, sin embargo, según lo probado en el expediente, el demandante no accedió mediante el sistema de méritos, razón por la cual se puede afirmar, que no le asistía el fuero de estabilidad propio de quienes ingresan al servicio por este medio, de tal manera que el nominador podía ejercer válidamente la facultad discrecional. Sobre este particular, debe decirse que la Corte Constitucional al estudiar la Constitucionalidad de la norma transcrita mediante sentencia C-279 de 18 de abril de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa declaró

⁴ Sentencia de 18 de junio de 2009 No. de Referencia: 680012315000200402485 01 No. Interno: 0459-2008 ACTOR: OSCAR ENRIQUE FORERO NONTIEN. Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.-

su exequibilidad condicionada bajo el entendido de que: *“en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas.”*

La incorporación del demandante en su condición de servidor del Cuerpo Técnico de Policía Judicial a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación⁵, se produjo respecto de un cargo de libre nombramiento y remoción frente al cual no procedía homologación al régimen de carrera administrativa.

De otra parte, no aparece prueba alguna dentro del plenario que le permita inferir a la Sala que el señor Álvaro Saray Rodríguez participó en algún concurso para proveer el cargo respecto del cual se produjo la declaratoria de insubsistencia, y en este orden, hubiera sido seleccionado e inscrito en el régimen de carrera judicial, por haber ingresado mediante el sistema de concurso.

Para gozar de los privilegios o prerrogativas propias e inherentes de la carrera, el servidor público debe acceder al empleo oficial mediante un concurso o proceso de selección y obtener los resultados mínimos exigidos para tal efecto en las normas legales.

Así las cosas, y teniendo en cuenta la tesis jurisprudencial vigente al momento en que se expidió el acto acusado, la autoridad nominadora mientras no existiera lista de elegibles vigente y aplicable, podía ejercer la facultad discrecional en aras de mejorar el servicio.

En otras palabras, y de acuerdo con lo expuesto, mientras el cargo clasificado como de carrera no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado que lo ocupaba no gozaba del fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera.

Por estas razones, la jurisprudencia de la Sala había venido sosteniendo, que si bien es cierto el nombramiento provisional es válido para los cargos clasificados como de carrera que no hayan sido provistos por concurso, y que dicho nombramiento no procede como forma de provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, sí era posible predicar respecto de tal modalidad de

⁵ Mediante Resolución No. 001 de 30 de junio de 1992, el demandante fue incorporado en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Villavicencio, en el cargo de Tesorero Pagador, grado 9 (fl. 42 a 43, cuaderno No.1).

vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción⁶.

En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales podía disponerse mediante acto de insubsistencia que, formalmente, por tratarse del ejercicio legítimo de una facultad discrecional del nominador, no requiere ser motivado, esto es, no debe expresar las causas del retiro.

No obstante lo anterior, la Sala no pasa por alto que el legislador mediante el artículo 76 de la Ley 938 de 2004, en punto del retiro de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, dispuso que el mismo constituye una situación de carácter administrativo, mediante la cual se pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y se desvincula al servidor en los eventos previstos como causales para tal efecto.

Así se observa en la citada norma:

“ARTÍCULO 76. RETIRO. Es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad en los eventos previstos como causales para tal efecto.

Los demás servidores serán objeto de la facultad discrecional del nominador. (...).”

Sobre este particular, debe decirse que la Corte Constitucional al estudiar la Constitucionalidad de la norma transcrita mediante sentencia C-279 de 18 de abril de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa declaró su exequibilidad condicionada bajo el entendido de que: *“en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas.”*

En efecto sostuvo en esa oportunidad la Corte que:

“En lo atinente al inciso segundo del artículo 76, en concordancia con el inciso segundo del artículo 70, debe mencionarse que la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado en forma insistente

⁶ Sobre el particular véase Sentencia de 13 de marzo de 2003. M.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro. Radicación No. 76001-23-31-000-1998-1834 01. Ref. 4972-01Actor: MARIA NELSSY REYES SALCEDO

que, de acuerdo con la Constitución, es vulneratoria del derecho al debido proceso y del principio de igualdad la desvinculación de los servidores de la Fiscalía General de la Nación que se encuentran en provisionalidad mediante un acto administrativo sin motivación. Ello, por cuanto estos actos no le permiten a los funcionarios desvinculados ejercer su derecho a la defensa en orden a controvertir las razones específicas de su retiro, que han de ser atinentes al servicio en el cargo concretamente desempeñado, no a la invocación de una facultad discrecional general.

De acuerdo con la jurisprudencia, la desvinculación de los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad debe respetar el derecho al debido proceso, lo cual se concreta en el derecho de esos servidores de que en el acto que dispone su retiro se indiquen las razones específicas de la declaratoria de su insubsistencia. Además, los motivos invocados para justificar la desvinculación deben referirse al servicio, es decir, como se indicó en el acápite 4 de esta providencia, deben responder al interés público. Todo ello persigue evitar arbitrariedades, tratos discriminatorios o favoritismos.

De acuerdo con lo anterior, para que el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 938 se encuentre en armonía con el derecho al debido proceso y con la jurisprudencia de esta Corte en sede de tutela, es necesario precisar que el retiro de un funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad debe ser motivado por razones del servicio atinentes específicamente al funcionario que habrá de ser desvinculado dada sus responsabilidades dentro de la entidad. Por lo tanto, la Corte declarará la exequibilidad del inciso segundo del artículo 70 así como del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia.(...).”.

Bajo estos supuestos, estima la Sala que a partir del 18 de abril de 2007 fecha en que la Corte Constitucional profirió la sentencia parcialmente transcrita, el retiro del servicio de los empleados provisionales de la Fiscalía General de la Nación, debe darse mediante acto administrativo motivado, por razones del servicio, con el fin de salvaguardar el debido proceso de quienes sean objeto de la referida medida.

No obstante lo anterior, de acuerdo con las consideraciones que anteceden y contrario a lo estimado por el Tribunal, el hecho de que en el caso concreto el acto acusado, esto es, la Resolución No. 0-0242 de 19 de enero de 2005 hubiera sido expedida con anterioridad a la sentencia de la Corte Constitucional C-279 de 18 de abril de 2007, hacía posible que el Fiscal General de la Nación hubiera

declarado insubsistente el nombramiento del actor sin que fuera necesaria la motivación del acto administrativo que así lo dispuso toda vez que, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente para ese momento los mismos se presumían expedidos en aras de mejorar el servicio.

Lo anterior, reitera la Sala, no obsta para que a partir del momento en que la Corte Constitucional profirió la sentencia C-279 de 18 de abril de 2007 el acto administrativo mediante el cual se disponga el retiro del servicio de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, nombrados en provisionalidad, deba ser motivado por razones del servicio como quedó visto con anterioridad.

De la carga probatoria en el vicio alegado por desviación de poder

Observa la Sala que, en el caso concreto el actor no aportó el material probatorio suficiente que permitiera concretar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la administración declaró insubsistente su nombramiento.

En este sentido, cuando se impugna un acto de esta naturaleza, alegando que en su expedición no mediaron razones de mejorar el servicio, es indispensable para desvirtuar la aludida presunción, aducir y allegar la prueba que así lo demuestre. Así, 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.

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.

Así las cosas, no figuran dentro del acervo probatorio medio de convicción alguno que permita evidenciar que el nominador incurrió en desviación de poder al declarar insubsistente el nombramiento del demandante.

Del buen desempeño en la prestación del servicio

Finalmente, dirá la Sala que el buen desempeño del actor como Profesional Universitario I, de la Fiscalía General de la Nación, no enerva la facultad discrecional con que cuenta el nominador ni le genera fuero de estabilidad⁵, dado que tal comportamiento es el que cabe esperar de todo servidor público, adicional al hecho de que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de carácter provisional no implica sanción alguna ni inconformidad con su desempeño y que, en situaciones como la presente, dada la naturaleza especial de las funciones que cumplía el actor en la entidad demandada, esto es, investigación criminal y protección a altos dignatarios del Estado, tiene mayor incidencia la confianza y la valoración personal.

En este orden de ideas, la Sala no encuentra acertada la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Meta, en cuanto accedió a las pretensiones de la demanda, al estimar que el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto impugnado, Resolución No. 0-0242 de 19 de enero de 2005, razón por la cual el fallo apelado amerita ser revocado.

Por 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

REVÓCÁSE la sentencia de 22 de julio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la

⁵ "...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.". Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 31 de julio de 1997, radicado 16128, actor Manuel Salamanca.

demanda dentro del proceso iniciado por el señor Álvaro Saray Rodríguez contra la Nación, Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación. En su lugar,

NIÉGANSE las pretensiones de la presente demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Una vez ejecutoriada la sentencia, devuélvase al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ