

FISCAL ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR - Periodo designación por 5 años. Prórroga / DEROGACION DE NORMA DE DESIGNACION - Se respeta el término de nombramiento pero no su prórroga / TERMINACION PERIODO DESIGNADO - No requiere acto administrativo que de por terminado el nombramiento / PERIODO DESIGNADO - Periodo fijo

De acuerdo con las normas la designación en el cargo de Fiscal ante el Tribunal Superior Militar se hacía por nombramiento ordinario, por un periodo de 5 años con el requisito previo de la evaluación de desempeño. En lo relevante al particular los Fiscales ante el Tribunal Superior Militar que para la entrada en vigencia de la Ley 940 de 2005 (5 de enero de 2005), se encontraban cumpliendo el periodo de 5 años establecido por el Decreto 1792 de 2000, tienen derecho a permanecer en el cargo hasta tanto culmine dicho periodo. El mismo derecho les asiste a quienes permanecían en el cargo en virtud de la prórroga establecida en el artículo 108 ibídem. Sin embargo, la norma de transición no conlleva la posibilidad de que se prorrogue el periodo inicial de los 5 años, pues el único derecho que de ella emana es a que se respete el término del nombramiento pero no su prórroga, y menos aun si para la entrada en vigencia de la Ley 940 de 2005 no se había emitido la evaluación de desempeño, que permitía dicha prórroga. Se concluye que el actor para la entrada en vigencia de la Ley 940 de 2005 se desempeñaba como Fiscal ante el Tribunal Superior Militar, por un periodo de 5 años, el cual tenía derecho a completar en virtud del parágrafo del artículo 8 de la misma Ley 940. No obstante, el derecho no se extendía a que su nombramiento fuera prorrogado, pues como antes se advirtió, la norma no prevé tal posibilidad. Además, es preciso señalar que la evaluación de desempeño, como presupuesto para la prórroga del nombramiento, fue expedida solo hasta el 31 de mayo de 2006, cuando ya no existía la posibilidad de prolongar su periodo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1792 DE 2000 / LEY 940 DE 2005

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012).

Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00505-01(1849-08)

Actor: JAIME VARGAS GARCIA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA

Decide la Sala el recurso de apelación contra la sentencia de 17 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

JAIME VARGAS GARCÍA por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la nulidad del Acto Administrativo No. 007865 de 24 de agosto de 2006 expedido por el Director de la Justicia Penal Militar, por medio del cual ordenó al actor hacer entrega del cargo de Fiscal Primero ante el Tribunal Superior Militar, por vencimiento del periodo para le cual fue designado.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría y el pago de los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde su retiro hasta el reintegro, así como el equivalente a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y s.s. del C.C.A.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones señala los siguientes:

JAIME VARGAS GARCÍA fue nombrado mediante Resolución 1150 de 24 de agosto de 2001 en el cargo de Fiscal Penal Militar, del cual tomó posesión el 27 de agosto de 2001.

El actor fue calificado como el mejor evaluado por el Presidente del Tribunal Superior Militar, quien estimó que su periodo debía ser prorrogado por otros 5 años, en cumplimiento de la Ley 940 de 2005. Su conducta siempre se caracterizó por ser intachable y por tener un excelente rendimiento.

El 21 de julio de 2006 solicitó al Presidente de la República por conducto del Ministro de Defensa Nacional, la prórroga del periodo como Fiscal Primero del Tribunal Superior Militar, petición que nunca fue contestada.

El Director de Justicia Penal Militar, quien suscribió el acto demandado, se atribuyó competencias exclusivas del Presidente de la República como autoridad nominadora y en consecuencia en quien radica la posibilidad de desvincular los Fiscales ante el Tribunal Superior Militar.

El acto está afectado por falsa motivación toda vez que el acto de nombramiento indicó que el cargo es de periodo fijo, sin establecer que tendría lugar por los 5 años que menciona el acto demandado.

El Decreto Ley 1792 de 2000 estableció que el periodo de los fiscales penales militares es de 5 años prorrogables por una sola vez previa evaluación de desempeño.

La Ley 940 de 2005 por su parte establece que el periodo para los fiscales es de 8 años improrrogables, y continuarán en el cargo hasta cuando complete el periodo para el cual fueron elegidos, que para el caso del demandante era por los 5 años de la prórroga.

NORMAS VIOLADAS

Se invocaron en la demanda los artículos 1, 2, 6, 25, 29, 53, 58, 209 y 229 de la Constitución Política; 2, 3, 25, 36 y 84 del Código Contencioso Administrativo; 8 de

la Ley 940 de 2005; Ley 522 de 1990; 4 y 108 del Decreto Ley 1792 de 2000; 5 del Decreto 1514 de 2000; 34-17 de la Ley 734 de 2002, y 30 de la Ley 58 de 1982.

Como concepto de violación expresa que el acto demandado está afectado de expedición irregular, desconocimiento de las normas en que debió fundarse y falta de competencia.

Para la desvinculación de un funcionario se deben atender las disposiciones que regulan la materia, sin embargo el Director Ejecutivo de la Justicia Penal Militar sin tener en cuenta la calificación del actor procedió a desvincularlo apropiándose de una facultad que no le está atribuida ni siquiera al Ministro de Defensa, pues es exclusiva del Presidente de la República.

Igualmente se configura una irregularidad por el hecho de que la comunicación del Director Ejecutivo señaló que no se requiere de un acto administrativo especial, para señalar que el término del nombramiento no se prorroga.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones que a continuación se exponen:

El cargo de Fiscal Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar, pertenece al Régimen de Administración de Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, regulado por el Decreto 1792 de 2000, según los cuales dicho cargo es de periodo fijo y su designación se hace por nombramiento ordinario.

La Ley 940 de 2005 reguló los requisitos para el desempeño de cargos en la Jurisdicción Penal Militar, y aumentó el periodo de los cargos de Magistrado de

Tribunal Superior Militar y Fiscal Penal Militar, eliminando la posibilidad de prórroga.

Es claro que el cargo en cuestión no es de carrera administrativa, que su designación se hace mediante nombramiento ordinario, que la norma vigente para el momento de su nombramiento establecía un periodo de 5 años, no es necesario la expedición de un acto administrativo que motive su finalización, puesto que al vencimiento del término el vínculo entre la administración y el funcionario desaparece, y el cargo queda vacante, tal y como lo entendió la entidad.

Si bien el nombramiento del actor se hizo en vigencia del Decreto 1792 de 2000, lo cierto es que para la fecha en la que cumplía el periodo de los 5 años ya había entrado en vigencia la Ley 940 de 2005 que extendió el periodo a 8 años sin la posibilidad de prórroga. Dispuso la mencionada ley además que los Fiscales Penales nombrados a partir de la vigencia de la Ley 522 de 1999, continuarían en sus cargos hasta cuando cumplieran el periodo para el cual fueron designados.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión del Tribunal la parte demandante interpuso recurso de apelación, con fundamento en lo siguiente:

Cuando entró en vigencia la Ley 940 de 2005, el demandante desempeñaba el cargo de Fiscal Primero Penal ante el Tribunal Superior Militar en cumplimiento del artículo 108 del Decreto 1792 de 2000, por tanto tenía derecho a la prórroga siempre que se efectuara la evaluación, tal y como ocurrió según se demostró con el documento de 13 de mayo de 2006.

De otra parte, el Director Ejecutivo de la Justicia Penal Militar no tenía atribución para expedir actos que impliquen la terminación de la relación legal u reglamentaria, ni para ordenar la entrega del cargo.

Cuando el demandante estaba a la espera de la prórroga del nombramiento por haberse dado cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto 1792 de 2000, recibió la comunicación del Director Ejecutivo de Justicia Penal Militar con la orden de hacer entrega de sus elementos, aspecto que no fue valorado por el a quo.

En el presente asunto se debe dar aplicación al artículo 108 del Decreto Ley 1792 de 2000, norma que si bien estaba derogada al momento del retiro del actor, debe ser aplicada en virtud del principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico se contrae a establecer la legalidad del Acto Administrativo No. 7865 de 24 de agosto de 2006 suscrito por el Director de Justicia Penal Militar. Para el efecto, se debe determinar si al actor le asistía en derecho a que su nombramiento en el cargo de Fiscal ante el Tribunal Superior Militar fuera prorrogado por 5 años más, al tenor de lo dispuesto por el artículo 108 del Decreto 1792 de 2000.

JAIME VARGAS GARCÍA solicita que se declare la nulidad del Acto Administrativo No. 7865 de 24 de agosto de 2006 suscrito por el Director de Justicia Penal Militar, por el cual le solicitó hacer entrega de los expedientes a su cargo, por culminación del periodo para el cual fue designado como Fiscal Penal Militar 1° ante el Tribunal Superior Militar.

Considera que el acto demandando desconoció las normas en que debió fundarse, especialmente el artículo 8 del Decreto Ley 1792 de 2000, según el cual tenía derecho a que su nombramiento fuera prorrogado por 5 años más, por haber obtenido una excelente evaluación de desempeño.

Para la fecha de nombramiento del actor se encontraba vigente la el Decreto 1792 de 2000 *“Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial.”*, norma que lo relevante al particular disponía:

ARTICULO 47. NOMBRAMIENTO ORDINARIO. Es aquel mediante el cual se proveen los cargos que tienen el carácter de libre nombramiento y remoción o de período fijo.

*ARTICULO 108. CARGOS DE PERIODO FIJO. Los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar y de Fiscal Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar son de período individual de cinco (5) años, **prorrogables hasta por una sola vez, previa evaluación del desempeño.***

PARAGRAFO. Los Magistrados del Tribunal Superior Militar, que ostenten la calidad de miembros de la Fuerza Pública retirados continuarán en sus cargos hasta cumplir el período para el cual fueron nombrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 522 de 1999 y los Fiscales Penales Militares ante la misma Corporación, hasta cumplir el período a que se refiere el presente artículo contado a partir de la fecha de su designación. (se resalta)

De acuerdo con las normas transcritas la designación en el cargo de Fiscal ante el Tribunal Superior Militar se hacía por nombramiento ordinario, por un periodo de 5 años con el requisito previo de la evaluación de desempeño.

Posteriormente la Ley 940 de 2005, derogó expresamente el artículo 108 del Decreto 1792 de 2000, y en relación con el periodo de los Fiscales ante el Tribunal Superior Militar señaló:

ARTÍCULO 8o. CARGOS DE PERÍODO. Los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar y Fiscal Penal Militar ante el mismo, serán proveídos por el Presidente de la República para períodos individuales de ocho (8) años no prorrogables, de listas de candidatos presentadas por el Comandante General de las Fuerzas Militares, Comandantes de Fuerza y Director General de la Policía Nacional.

PARÁGRAFO. Los Magistrados del Tribunal Superior Militar nombrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 522 de 1999, y los Fiscales Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar nombrados a partir de la vigencia de la mencionada ley, continuarán en sus cargos hasta cuando totalicen el período para el cual fueron elegidos.

La Corte Constitucional declaró exequible el párrafo “en el entendido que los magistrados del Tribunal Superior Militar nombrados a partir de la vigencia de la Ley 522 de 1999, continuarán en sus cargos hasta que se cumpla el periodo de cinco años para el cual fueron designados y los magistrados que se encuentran al entrar en vigencia la Ley 940 de 2005, en prórroga del periodo para el cual fueron nombrados, permanecerán en sus cargos hasta el vencimiento de la prórroga”¹, con fundamento en el siguiente razonamiento:

¹ Sentencia C-737 de 2006

En relación con los sujetos amparados por las medidas de transición, es decir, los magistrados y fiscales que se encontraban desempeñando el cargo al momento de entrar en vigencia la Ley 940 de 2005, se presentan dos situaciones, producto de la coexistencia en el ordenamiento de los regímenes previstos en el Decreto 2550 de 1988 y en los Decretos 1790, 1791 y 1792 de 2000, bajo los cuales fueron designados tales servidores públicos. Estas situaciones son: (i) la de quienes estaban cumpliendo el periodo de cinco años para el cual fueron elegidos y (ii) la de quienes les fue prorrogado el periodo y se encontraban en cumplimiento de dicha prórroga.

Respecto de tales grupos, el párrafo único de la norma acusada dispone que los mismos continuarán en sus cargos hasta cuando totalicen el período para el cual fueron elegidos”, lo que significa que la garantía de estabilidad prevista en el régimen de transición se extiende sólo al periodo que se encontraba en curso para el momento en que se produce el tránsito de legislación. Así, los magistrados y fiscales que al entrar a regir la Ley 940 de 2005 estaban cumpliendo el periodo de cinco años para el cual fueron elegidos, podrán continuar en los cargos hasta que se cumpla o totalice dicho periodo, en tanto que los magistrados y fiscales que para esa misma época se encontraban en prórroga del periodo, tienen derecho a permanecer en los cargos hasta el vencimiento de la prórroga.

Descarta la Corte cualquier interpretación que lleve a considerar que el régimen de transición garantiza también la posibilidad de prórroga al grupo de magistrados y fiscales que fueron designados en los cargos con base en los Decretos 1790, 1791 y 1792 del 2000, y que para el momento de la entrada en vigencia de la ley 940 de 2005 se

encontraban cumpliendo el periodo de cinco años para el cual fueron elegidos. (se resalta)

Esto, en razón a que uno de los objetivos del legislador al redefinir la forma de acceso a los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar y Fiscal ante el mismo, fue precisamente el de abolir cualquier posibilidad de prórroga en tales cargos y adoptar un periodo de ejercicio equitativo y justo, acogiendo el señalado por la Constitución para los miembros de las altas corporaciones de justicia. Así quedó consignado en el primer inciso de la norma acusada al disponerse allí que los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar y Fiscal Penal Militar ante la misma Corporación, serán proveídos por el Presidente de la República “para períodos individuales de ocho (8) años no prorrogables...”.

Dicho propósito estuvo a su vez inspirado en el hecho de que, para el momento de la expedición de la Ley 940 de 2005, los cargos de Magistrado y Fiscal habían sido provistos conforme a diversos ordenamientos que regulaban de manera distinta lo relacionado con los periodos de ejercicio, incluyendo la posibilidad de prórroga, lo cual fue considerado por el legislador como un obstáculo para avanzar en el adecuado funcionamiento de la Justicia penal Militar y para permitir el acceso a los cargos de nuevos aspirantes que ya habían acumulado la suficiente experiencia y preparación y tenían la pretensión legítima de ocuparlos.

(...)

En consecuencia, la previsión normativa a través de la cual se garantiza a los magistrados y fiscales en ejercicio del cargo al entrar en vigencia la Ley 940 de 2005, el derecho a “continuar en sus cargos hasta cuando totalicen el período para el cual fueron elegidos”, es de interpretación restrictiva, en el sentido que sólo cobija el periodo que estaba en curso al producirse el tránsito de legislación, sin incluir la prórroga de quienes para

ese momento se encontraban cumpliendo el periodo de cinco años para el cual fueron elegidos.

A juicio de la Corte, el alcance de la medida es razonable y proporcional si se tiene en cuenta que, respecto de ese grupo de servidores públicos, la posibilidad de prorrogar el periodo por una sola vez no operaba de forma directa o automática sino que, por expresa disposición legal, su materialización estaba condicionada a la “previa evaluación del desempeño” (Decretos 1790, art. ,1791 y 1792); condición o supuesto normativo que no se había cumplido para el momento en que entró a regir la Ley 940 de 2005. Esto significa que la prórroga, antes que constituirse en una situación jurídica consolidada, era en realidad una mera expectativa para los magistrados y fiscales que se encontraban cumpliendo el periodo al momento del tránsito de legislación y, por tanto, de acuerdo con la hermenéutica constitucional, el legislador no estaba obligado a mantenerla en el tiempo, pudiendo introducir respecto de la misma cambios normativos para proteger otros intereses constitucionalmente legítimos como fueron en este caso los de optimizar el servicio de la Justicia Penal Militar y democratizar el acceso a la misma.

(...) encuentra la Corte que los magistrados y fiscales que al entrar a regir la Ley 940 de 2005 estaban cumpliendo el periodo de cinco años para el cual fueron elegidos, o se encontraban en prórroga del mismo, tenían un derecho adquirido a continuar en los cargos hasta cumplir el periodo los primeros y hasta el vencimiento de la prórroga los segundos, pues para esos efectos se entiende que ya estaban cumplidos los requisitos previstos en las leyes que definían el acceso a los cargos bajo las dos modalidades (periodo y prórroga). En la medida que la norma acusada así lo dispuso, al consagrar expresamente que éstos “continua[r] en sus cargos hasta cuando totalicen el período para el cual fueron elegidos”, por esa vía el legislador respetó la garantía constitucional prevista en el artículo 58 Superior.

Frente al grupo de magistrados y fiscales que estaban cumpliendo el periodo de cinco años para el cual fueron elegidos al momento de la expedición de la Ley 940 de 2005, no estaban agotados los supuestos fácticos que la regulación modificada preveía para considerar la prórroga como un derecho adquirido, por la sencilla razón de que para ese momento no había concluido el periodo de ejercicio del cargo ni tampoco había tenido lugar la evaluación de desempeño exigida por la ley. Quiere esto decir que para la fecha en que el legislador expidió la norma impugnada, la prórroga no existía como una situación jurídica consolidada, esto es, como un derecho subjetivo de ese grupo de magistrados y fiscales, que como tal estuviera protegida por el artículo 58 de la Carta Política. Respecto de ella, apenas existía una mera expectativa, susceptible de ser modificada legítimamente por parte del legislador, el cual decidió prohibir las prórrogas para tales cargos, con el objeto de organizar la Justicia Penal Militar y permitir la llegada de personal calificado y especializado, debidamente capacitado en el nuevo modelo de Justicia Penal Militar implementado a partir de la expedición de la Ley 522 de 1999.

De acuerdo con lo anterior, en lo relevante al particular los Fiscales ante el Tribunal Superior Militar que para la entrada en vigencia de la Ley 940 de 2005 (5 de enero de 2005), se encontraban cumpliendo el periodo de 5 años establecido por el Decreto 1792 de 2000, tienen derecho a permanecer en el cargo hasta tanto culmine dicho periodo. El mismo derecho les asiste a quienes permanecían en el cargo en virtud de la prórroga establecida en el artículo 108 ibídem.

Sin embargo, la norma de transición no conlleva la posibilidad de que se prorrogue el periodo inicial de los 5 años, pues el único derecho que de ella emana es a que se respete el término del nombramiento pero no su prórroga, y menos aun si para la entrada en vigencia de la Ley 940 de 2005 no se había emitido la evaluación de desempeño, que permitía dicha prórroga.

Del caso concreto

En el expediente se encuentra probado que mediante Resolución 1150 de 24 de agosto de 2001 el Ministro de Defensa Nacional nombró al JAIME VARGAS GARCÍA en el cargo de Fiscal Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar, por un periodo fijo de 5 años.

El 31 de mayo de 2006 el Presidente del Tribunal Superior Militar hizo la evaluación de la gestión del actor y recomendó la prórroga de su nombramiento por otros 5 años.

El 21 de julio de 2006 el actor presentó una solicitud al Presidente de la República, con el fin de que dispusiera la prórroga de su nombramiento.

El 24 de agosto de 2006 el Director de Justicia Penal Militar, a través del acto demandado, le manifestó lo siguiente:

“Ante la llegada del término legal de su periodo de 5 años en el cargo de Fiscal ante el Tribunal Superior Militar, iniciados el 27 de agosto de 2001, agradezco al señor doctor, en nombre de la Justicia Penal Militar, la labor desarrollada durante su larga y productiva carrera en esta entidad. Igualmente le deseo éxitos en su retiro.

Me permito comunicarle que no es necesario acto administrativo que termine la relación laboral por su retiro del cargo, debido a que usted fue nombrado para un periodo fijo que se encuentra sujeto a condición resolutoria determinada por el tiempo expresamente fijado por la ley, razón por la cual me permito solicitarle que haga entrega de los expedientes a si

cargo mediante acta, a la señora asistente judicial quien labora en ese despacho; ella deberá informar el estado de los procesos al Fiscal ante el Tribunal Superior Penal Militar que desempeñe las funciones de coordinación, para que se tomen las decisiones a que haya lugar con el fin de garantizar la oportuna y eficiente administración de justicia.”

Obra a folio 12 certificación expedida por la Jefe Sección de Personal del Comando General de las Fuerzas Militares, donde consta que el actor se desempeñó como Fiscal Primero Ante el Tribunal Superior Militar desde el 1 de septiembre de 1977 hasta el 31 de agosto de 2006.

Del material probatorio aportado al expediente se concluye que el señor Jaime Vargas García para la entrada en vigencia de la Ley 940 de 2005 se desempeñaba como Fiscal ante el Tribunal Superior Militar, por un periodo de 5 años, el cual tenía derecho a completar en virtud del parágrafo del artículo 8 de la misma Ley 940.

No obstante, el derecho no se extendía a que su nombramiento fuera prorrogado, pues como antes se advirtió, la norma no prevé tal posibilidad. Además, es preciso señalar que la evaluación de desempeño, como presupuesto para la prórroga del nombramiento, fue expedida solo hasta el 31 de mayo de 2006², cuando ya no existía la posibilidad de prolongar su periodo.

Ahora bien, en relación con la falta de competencia por parte del funcionario que expidió el acto demandado, es decir por el Director de Justicia Militar, en consideración a que como se dijo, el cargo es de periodo, no requería de un acto administrativo que diera por terminado su nombramiento.

² Folio 10.

En esas condiciones, no fue este el acto que lo retiró del servicio, pues desde el momento de su designación mediante la Resolución 1150 de 24 de agosto de 2001, su cargo tenía un periodo fijo en los términos del Decreto 1792 de 2000, y en consecuencia no se puede afirmar que el Director de Justicia Militar lo dejó en situación de retiro, pues se trata de un acto de trámite expedido con el fin de solicitarle la entrega de los expedientes a su cargo.

En consecuencia se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 17 de abril de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que **DENEGÓ** las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
IMPEDIDO**