

INSUBSISTENCIA DE FISCAL DELEGADO ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL EN PROVISIONALIDAD – Razonabilidad. Hoja de vida del servidor retirado del servicio. No cumplimiento de requisitos por parte del reemplazo

El acto administrativo por medio del cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del actor, rebosó los límites de razonabilidad en el ejercicio de la facultad discrecional que posee como nominador de la entidad para retirar del servicio a un funcionario público, desconociendo no sólo los más de 19 años de trayectoria laboral y profesional del señor Cruz Buelvas, doce (12) de ellos al servicio de la entidad, sino la excelente hoja de vida y el cumplimiento de las funciones propias del cargo que lo hizo merecedor de diferentes exaltaciones y felicitaciones por la actividad desarrollada. Por su parte, el artículo 128 de la Ley 270 de 1996, dispone como requisitos adicionales para desempeñar el cargo de Fiscal Delegado, además de los que la ley dispone, los mismos exigidos a los funcionarios ante los cuales actúan, en este caso, el título de formación profesional en derecho y tener experiencia profesional por lapso no inferior a ocho (8) años adquirida con posterioridad a la obtención del título, en el ejercicio de actividades jurídicas. Del material probatorio enlistado, se logró establecer que la persona nombrada en reemplazo del actor, no reunía los requerimientos mínimos exigidos para ocupar el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior. Aunque para el año 2005 se encontraba vigente la Resolución 0 – 1101 del 17 de junio de 2002 de la Fiscalía General de la Nación por medio de la cual se establecieron los requisitos mínimos para el desempeño de los cargos al interior de la entidad y en el artículo 10 ibídem, se prevén las equivalencias entre estudios y experiencia, se observa que la experiencia acreditada por el reemplazo del actor, esto es, los cuatro (4) años y siete (7) días en el cargo de Director Seccional Administrativo y Financiero no cumple con las exigencias mínimas para el cargo de Fiscal Delegado, toda vez que las funciones que desempeñó, únicamente comprenden la ejecución, coordinación, supervisión y control de las actividades de las diferentes dependencias de la Fiscalía General de la Nación, sin que haya ejercido actividades judiciales necesarias para fungir como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 36 / LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 128

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 23001-23-31-000-2006-00411-01(0556-10)

Actor: ALVARO LUIS CRUZ BUELVAS

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

APELACIÓN SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el diez (10) de diciembre de 2009 por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

ANTECEDENTES

La parte actora por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda con el fin de obtener la nulidad de la Resolución 0 – 04072 del 30 de noviembre de 2005 (fls. 16 - 20) expedida por el Fiscal General de la Nación (E), por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando cuando fue retirado del servicio o a otro igual o de superior jerarquía y funciones afines para su ejercicio, y se le cancelen los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectiva su revinculación. Así mismo, que se apliquen los ajustes de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Como hechos de la demanda expuso que “ha dedicado su vida a prestar sus servicios a la Rama Judicial en distintos cargos” y que los cargos desempeñados en la Fiscalía General de la Nación se proveyeron en provisionalidad. Así mismo fue condecorado en diferentes oportunidades debido a su brillante labor, por lo que fue ascendido al cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal Superior.

El 30 de noviembre de 2005 el Fiscal General de la Nación mediante Resolución 0 – 4072, declaró insubsistente su nombramiento como Fiscal ante Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería. Alega que en su reemplazo se nombró a una persona que no reunía los requisitos de ley

para acceder al cargo, en especial, tener una experiencia profesional no inferior a 8 años como perentoriamente lo establecía el numeral 3 del artículo 128 de la Ley 270 de 1996, quien además estaba siendo investigada por la Fiscalía Novena Seccional de Montería por los delitos de falsedad en documento público y peculado.

Alega que acudió a la acción de tutela como única vía que le permitía, como mecanismo transitorio, evitar los perjuicios causados con la insubsistencia. Fue así como la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Seccional Córdoba, mediante sentencia del 2 de marzo de 2006, dispuso tutelar, como mecanismo transitorio, los derechos fundamentales al mínimo vital, defensa y debido proceso dejando sin efectos el acto acusado hasta tanto se acudiera a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y le ordenó a la Fiscalía General de la Nación reintegrarlo al mismo cargo o a uno de igual o superior categoría. La entidad mediante Resolución – 0521 del 7 de marzo de 2006 dispuso dejar sin efectos el acto de insubsistencia y ordenó el reintegro provisional al mismo cargo pero en Riohacha (Guajira) lo que representó un traumatismo familiar y económico.

El Consejo Superior de la Judicatura al resolver el recurso de apelación contra el fallo de tutela, revocó la decisión de primera instancia argumentando que no se probó el perjuicio irremediable lo que produjo que el actor fuera retirado del cargo a partir del 4 de mayo de 2006.

LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Córdoba denegó las pretensiones de la demanda (fls. 845 - 861).

Luego de realizar un recuento del material probatorio allegado al expediente, concluyó que el actor estaba vinculado con nombramiento provisional y no existe prueba que demuestre que se encontraba inscrito en carrera administrativa. Adujo que el acto acusado no contiene ninguna disposición que contraría la norma citada como violada, en cuanto el nombramiento realizado a la persona que lo reemplazó se hizo mediante la expedición de otro acto

administrativo del cual no se cuestiona su legalidad, por lo que si su reemplazo no cumple con los requisitos para desempeñar el cargo ello no es relevante en el estudio que se realice para determinar la legalidad o no del acto.

Así mismo sostuvo que el Fiscal General de la Nación poseía la facultad de removerlo libremente declarando la insubsistencia sin necesidad de motivar la decisión y que era deber del actor demostrar que el acto acusado tuvo una finalidad diferente al mejoramiento del servicio.

Constató que el actor no acreditó que su reemplazo no cumplía con todos los requisitos exigidos por la ley al momento de su posesión y aunque se probó que estaba siendo investigada penalmente, dicha investigación precluyó por cuanto no incurrió en la comisión de los delitos que se le endilgaban.

EL RECURSO DE APELACION

El actor solicitó que se revoque la decisión del a – quo y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Insistió en la ausencia de requisitos al momento de la posesión de la persona designada en su reemplazo en cuanto no se analizaron las pruebas arrimadas al proceso. “Por otro lado se observa que, aunque a la referida doctora ÁVILA MARTÍNEZ se le precluyó la investigación penal, ello no quiere decir que el operador judicial en lo administrativo deba seguir el razonar del operador penal, son dos procesos que se ventilan bajo cuerdas jurídicas diferentes y no necesariamente deben coincidir en sus resultados, pues mientras que allá se discute la responsabilidad personal del procesado, aquí se discute el obrar de la administración.”

Alegó que se encuentra demostrado que él era un excelente funcionario que fue reemplazado por una persona sin experiencia y quien no mantuvo la calidad del servicio público, por el contrario lo desmejoró atentando en contra del interés general.

Admitido y tramitado el recurso de apelación interpuesto, la Sala decidirá la presente controversia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de carácter laboral el señor **ALVARO LUIS CRUZ BUELVAS** a través de apoderado judicial, demandó la nulidad de la Resolución 0 – 4072 del 30 de noviembre de 2005 expedida por el Fiscal General de la Nación (e) por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Fiscal ante Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería en uso de las atribuciones del numeral 2º del artículo 251 de la Constitución Política, numeral 20 del artículo 11 de la Ley 938 de 2004 y el ordinal 4 del artículo 17 de la Resolución 1501 del 19 de abril de 2005 expedida por la Fiscalía General de la Nación.

Aduce el recurrente en el recurso de alzada que la desvinculación del actor no estuvo inspirada en razones de buen servicio, puesto que fue reemplazado por una persona que no reunía los requisitos mínimos para desempeñar el cargo ni tenía la experiencia mínima exigida.

La Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, asimismo puede la Fiscalía General de la Nación en cualquier tiempo declarar la insubsistencia. No obstante lo anterior, el retiro debe estar encaminado al mejoramiento del servicio en la entidad pública y propender por los intereses generales de la misma.

Así las cosas, en estos casos la carga de la prueba le corresponde al actor a cabalidad, quien está obligado a entregar las pruebas que lleven a la certeza incontrovertible de que los motivos o fines que tuvo la Fiscalía General de la Nación, son ajenos al interés social en que se funda la facultad que tiene la autoridad nominadora para separar del empleo a los funcionarios que no gozan de amparo ni fuero de estabilidad.

Recordada la anterior premisa, procede la Sala a estudiar y analizar si en efecto, de las pruebas aportadas y allegadas al proceso se demuestra la causal de

desvío de poder que le endilga al acto impugnado, y si con ellas se acredita que fueron fines ajenos al mejoramiento del servicio los que determinaron la declaratoria de insubsistencia.

De conformidad con los elementos de juicio allegados al proceso, se pudo determinar lo siguiente:

- A folio 21 del expediente obra copia simple de la certificación suscrita por el Secretario del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo (Sucre) en la que consta que el actor se desempeñó como Juez de la República, así: i). Juez Promiscuo Municipal de Buenavista (Sucre) en interinidad designado mediante Acuerdo No. 169 del 9 de abril de 1981 y se le aceptó la renuncia por Acuerdo No. 203 del 11 de febrero de 1982, ii). Juez Promiscuo Municipal de San Juan de Betulia (Sucre) en interinidad designado mediante Acuerdo No. 310 del 23 de febrero de 1984 y por Acuerdo No. 312 del 1º de marzo de 1985 fue designado en propiedad, y iii). Juez Promiscuo Municipal de Buenavista (Sucre) en propiedad mediante Acuerdo No. 395 del 8 de agosto de 1985, cargo que desempeñó hasta el 1º de marzo de 1990.

- El Jefe de la Sección de Nómina y Registro de la Procuraduría General de la Nación certificó que el actor se desempeñó en el cargo de Fiscal Primero (1º) del Circuito de Sincelejo desde el 1 de marzo de 1991 hasta el 30 de junio de 1992 (fl. 22).

- De conformidad con la constancia suscrita por Raúl José Chadid Montes en su condición de Profesional Universitario II con funciones de Analista de Personal (e) de la Fiscalía General de la Nación (fl. 24), el actor prestó sus servicios en los cargos que a continuación se relacionan:

1. Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito de Corozal (Sucre) del 1 de junio de 1992 al 30 de julio de 2001.
2. Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito de Sincelejo del 1 de julio de 2001 al 6 de noviembre de 2001.
3. Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito de Corozal del 7 de septiembre de 2001 al 8 de septiembre de 2002.

4. Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito de Sincelejo del 9 de septiembre de 2002 al 31 de marzo de 2005.

Así mismo, se observa que fue encargado en diferentes oportunidades como Fiscal Delegado ante el Tribunal del Distrito de Sincelejo (Sucre), en las fechas que a continuación se relacionan (fl.24):

- 26 de diciembre de 1995 al 19 de enero de 1996
- 16 de enero de 1997 al 9 de febrero de 1997
- 1 de septiembre de 1997 al 25 de septiembre de 1997
- 17 de junio de 2002 al 11 de julio de 2002
- 10 de noviembre de 2003 al 3 de diciembre de 2003
- 2 de enero de 2004 al 1 de febrero de 2004
- 8 al 31 de marzo de 2004

También fue encargado como Director Seccional de Fiscalías en Sincelejo (Sucre) así:

- Del 11 de enero al 1 de febrero de 2000
- Del 28 de abril al 5 de mayo de 2000
- Del 8 de junio al 20 de octubre de 2000
- Del 25 de octubre al 3 de diciembre de 2000

- Por Resolución 0006 del 1 de julio de 1992 el actor fue incorporado a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación como Fiscal Seccional Grado 18 en Sincé (Sucre) – fl. 778 a 779 -.

- El Director Seccional Administrativo y Financiero de Sincelejo por Resoluciones 006 del 15 de enero de 1997 y 0310 del 1 de septiembre de 1997 encargó al actor como Fiscal Segundo Delegado ante Tribunal de Distrito de Sincelejo (fl. 771).

- La Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación por Resoluciones 2 – 2297 del 19 de octubre de 2000 (fl. 763), 2 – 1067 del 6 de junio de 2000 (fl. 765), 2 – 0712 del 24 de abril de 2000 y 2 – 0009 del 3 de enero de 2000 encargó al

actor como Director Seccional de Fiscalías de la Dirección Seccional de Sincelejo, separándolo de las funciones propias del cargo del cual era titular.

- Mediante Resolución 007 del 4 de febrero de 1994 (fl. 760) el actor fue designado como Jefe Coordinador de la Unidad de Fiscales Delegados del Circuito de Corozal, encargado de la “asignación de los procesos en forma equitativa entre los Fiscales Delegados Miembros de su Unidad y las demás funciones señaladas en la ley y los reglamentos”.

- Por Resolución 309 del 7 de noviembre de 2001, el Director Seccional Administrativo y Financiero de Sincelejo trasladó a partir del 7 de noviembre de 2001 al actor al cargo de Fiscal Noveno Delegado ante los Jueces del Circuito de Corozal (Sucre) - fl. 756 -.

- El Director Seccional Administrativo y Financiero de Sincelejo mediante Resolución 160 del 17 de junio de 2002 encargó al actor como Fiscal Segundo Delegado ante el Tribunal de Distrito de Sincelejo a partir del 17 de junio de 2002 (fl. 754).

- La Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación por Resolución 2 – 1358 del 21 de mayo de 2003 lo encargó a partir del 3 de junio de 2003 y por el término que dure el disfrute de vacaciones en el cargo de Director Seccional de Fiscalías de la Seccional Sincelejo (fl. 745).

- El Director Seccional de Fiscalías por Resolución 146 del 11 de octubre de 2003 le delegó las funciones de Fiscal Jefe de la Unidad Delegada ante Tribunal Superior de Justicia (fl. 743).

- Por Resolución 332 del 7 de noviembre de 2003 fue encargado como Fiscal Primero Delegado ante Tribunal del Distrito de Sincelejo (Sucre) – fl. 742 – a partir del 10 de noviembre de 2003, mientras el titular disfruta de vacaciones. Posteriormente por Resolución 420 del 26 de diciembre de 2003 fue encargado nuevamente en el mismo cargo por el término de 31 días mientras el titular se encontraba en licencia ordinaria (fl. 738).

- El Fiscal General de la Nación mediante Resolución 0 – 2777 del 18 de diciembre de 2003 le hizo un reconocimiento al actor por haberse destacado en el año 2003 al haber superado los estándares de trabajo y de las relaciones laborales e interpersonales, reconocido por la alta productividad en el trabajo (fls. 61 – 65).
- Mediante Resolución 41 del 8 de marzo de 2004 (fl. 737) fue encargado como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito de Sincelejo, mientras dure el permiso sindical concedido al titular (Acta de Posesión No. 22 del 8 de marzo de 2004) – fl. 736 -.
- Por Resolución 0 – 0696 del 25 de febrero de 2004 fue nombrado provisionalmente en el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería (fl. 734) y posesionado el 5 de abril del mismo año (fl. 735)
- El Fiscal General de la Nación (e) mediante Resolución 0 – 4072 del 30 de noviembre de 2005 declaró insubsistente el nombramiento como Fiscal ante Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería (fls. 16 – 20).
- El Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba – Sala Jurisdiccional Disciplinaria – mediante providencia del 2 de marzo de 2006 (fl. 68 – 84) resolvió la acción de tutela interpuesta por el actor en la cual tuteló como mecanismo transitorio y mientras se acude a la vía contenciosa, los derechos fundamentales al mínimo vital, defensa y debido proceso y dejó sin efectos temporales hasta que dure la acción la Resolución 0 – 4072 del 30 de noviembre de 2005 que declaró la insubsistencia del cargo.
- La Fiscalía General de la Nación mediante Resolución 0 – 0521 del 7 de marzo de 2006 (fls. 279 – 280) dio cumplimiento al fallo de tutela dejando sin efectos temporales el acto administrativo por medio del cual lo declaró insubsistente, lo reintegró provisionalmente al cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal Superior de la Dirección Seccional de Fiscalías de Riohacha.
- El 7 de abril de 2006 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al resolver la impugnación contra la acción de tutela referida revocó

el fallo que concedió la tutela interpuesta por Álvaro Luis Cruz Buevas y en su lugar la declaró improcedente (fls. 238 – 251).

Con el anterior material probatorio recaudado dentro del plenario, se logró demostrar la trayectoria profesional del actor al servicio de la Fiscalía General de la Nación, en el que se pudo constatar que para la época en que fue declarado insubsistente tenía una experiencia laboral de más de 19 años en el desempeño de sus funciones, y se demostró la probidad en el ejercicio del cargo, lo que motivó que fuera promovido y/o encargado en más de una ocasión, en altas dignidades al interior de la entidad demandada.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha reiterado que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario; entonces le corresponde a la parte interesada demostrarle al juez que el retiro se produjo por razones de ineficiencia e incompetencia laboral del funcionario, caso en el cual serían pertinentes y conducentes la prueba de la hoja de vida, los méritos, la conducta y la trayectoria del actor, o si por el contrario fueron otros motivos, también comprendidos dentro del concepto de eficacia y mejoramiento del servicio público.

Ahora bien, el objeto central de censura se basa en que el reemplazo del actor no cumplía con los requisitos para desempeñar el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito en la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería. Para tal efecto, al expediente se allegaron pruebas documentales que dan cuenta de la formación académica y la trayectoria profesional del reemplazo, doctora Perla Emperatriz Dávila Martínez, de la siguiente manera:

- La Corporación Universitaria del Sinú (Montería – Córdoba) mediante Acta de Grado No. 0192 – 001D (fl. 82 Cuaderno No. 2) le otorgó el título de abogado a Perla Emperatriz Dávila Martínez, autorizada mediante Resolución No. 046 del 8 de noviembre de 2000 (fl. 199 Cuaderno No. 2).
- La doctora Perla Emperatriz Dávila Martínez el día 17 de agosto de 2001 recibió el título de Especialista en Derecho Administrativo de la Corporación

Universitaria del Sinú, de acuerdo a la copia del Acta de Grado No. 013 – 001 DA, visible a folio 80 del expediente.

➤ A folio 81 del Cuaderno No. 2 obra copia del Acta de Grado 014 – 001 DC del 10 de octubre de 2001 de la Corporación Universitaria del Sinú por la cual se le otorgó el título de Especialista en Derecho Constitucional a la abogada Perla Emperatriz Dávila Martínez (fl. 126 Cuaderno No. 2).

Así mismo, respecto de la trayectoria laboral del reemplazo del actor se evidenció que:

- La Corporación Universitaria del Sinú mediante constancia obrante a folio 169 del expediente, certificó que la doctora Perla Emperatriz Dávila Martínez laboró en dicha institución como docente con contrato laboral de horas cátedra y períodos académicos del 23 de enero al 20 de noviembre de 2001 en la Facultad de Derecho.

- A folio 243 del Cuaderno No. 2 obra copia simple de la certificación suscrita por Seguros Bolívar en la cual hace constar que la señora Perla Emperatriz Dávila Martínez laboró como Directora Comercial del 27 de abril de 1997 al 15 de septiembre de 2000.

- La señora Perla Emperatriz Dávila Martínez fue nombrada en el cargo de Director Seccional Administrativo y Financiero de la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería mediante Resolución 0 – 1742 del 22 de noviembre de 2001 (fl. 237 Cuad No. 2) y posesionada el 30 de noviembre de 2001 (fl. 232 Cuaderno No. 2).

- El Fiscal General de la Nación mediante Resolución No. 0 – 4085 del 5 de diciembre de 2005 (fl. 271) nombró en provisionalidad en el cargo de Fiscal ante el Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería a la doctora Dávila Martínez en reemplazo del actor.

- Por Resolución 0 – 0307 del 15 de febrero de 2006 la mencionada abogada Dávila Martínez fue nombrada en el cargo de Director Seccional de Fiscalías de la Dirección Seccional de Fiscalías de Barranquilla (fl. 272).

Examinado el material probatorio recaudado, se concluye que el acto administrativo por medio del cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del actor, rebosó los límites de razonabilidad en el ejercicio de la facultad discrecional que posee como nominador de la entidad para retirar del servicio a un funcionario público, desconociendo no sólo los más de 19 años de trayectoria laboral y profesional del señor Cruz Buelvas, doce (12) de ellos al servicio de la entidad, sino la excelente hoja de vida y el cumplimiento de las funciones propias del cargo que lo hizo merecedor de diferentes exaltaciones y felicitaciones por la actividad desarrollada.

Si bien en numerosos pronunciamientos esta Sala viene sosteniendo que el acto por medio del cual el nominador retira del servicio a un funcionario asimilado a libre nombramiento y remoción se entiende expedido en aras del buen servicio, en el presente caso, la hoja de vida del actor, su desempeño, los méritos adquiridos en el ejercicio de los distintos cargos al interior de la Fiscalía General de la Nación, el reconocimiento del cual fue objeto, su preparación académica y el cumplimiento de las funciones encomendadas, son prueba suficiente para demostrar que el nominador desbordó el ejercicio de la facultad discrecional que la ley le confiere, circunstancia que demuestra que la insubsistencia fue expedida sin justificación alguna, desconociendo lo establecido en el artículo 36 del C.C.A.

Ahora bien, el artículo 112 del Decreto 052 de 1987, establece que para desempeñar un cargo en la Fiscalía se debe acreditar los requisitos mínimos y funciones que corresponden a los empleos equivalentes de la rama jurisdiccional según lo establecido en los artículos 40 y 41 ibídem.

Por su parte, el artículo 128 de la Ley 270 de 1996¹, dispone como requisitos adicionales para desempeñar el cargo de Fiscal Delegado, además de

¹ ARTÍCULO 128. REQUISITOS ADICIONALES PARA EL DESEMPEÑO DE CARGOS DE FUNCIONARIOS EN LA RAMA JUDICIAL. Para ejercer los cargos de funcionario de la Rama Judicial deben reunirse los siguientes requisitos adicionales, además de los que establezca la ley: (. . .)

3. Para el cargo de Magistrado de Tribunal: tener experiencia profesional por lapso no inferior a ocho años. Los delegados de la Fiscalía deberán tener los mismos requisitos exigidos a los funcionarios ante los cuales actúan.

PARÁGRAFO 1o. La experiencia de que trata el presente artículo, deberá ser adquirida con posterioridad a la obtención del título de abogado en actividades jurídicas ya sea de manera independiente o en cargos públicos o privados o en el ejercicio de la función judicial. En todo caso, para estos efectos computará como experiencia profesional la actividad como empleado judicial que se realice con posterioridad a la obtención del título de abogado." (Subraya fuera de texto)

los que la ley dispone, los mismos exigidos a los funcionarios ante los cuales actúan, en este caso, el título de formación profesional en derecho y tener experiencia profesional por lapso no inferior a ocho (8) años adquirida con posterioridad a la obtención del título, en el ejercicio de actividades jurídicas.

Del material probatorio enlistado, se logró establecer que la persona nombrada en reemplazo del actor, doctora Perla Emperatriz Dávila Martínez, para el 2005, no reunía los requerimientos mínimos exigidos para ocupar el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior. Aunque para el año 2005 se encontraba vigente la Resolución 0 – 1101 del 17 de junio de 2002 de la Fiscalía General de la Nación por medio de la cual se establecieron los requisitos mínimos para el desempeño de los cargos al interior de la entidad y en el artículo 10 ibídem, se prevén las equivalencias entre estudios y experiencia, se observa que la experiencia acreditada por el reemplazo del actor, esto es, los cuatro (4) años y siete (7) días en el cargo de Director Seccional Administrativo y Financiero no cumple con las exigencias mínimas para el cargo de Fiscal Delegado, toda vez que las funciones que desempeñó, únicamente comprenden la ejecución, coordinación, supervisión y control de las actividades de las diferentes dependencias de la Fiscalía General de la Nación², sin que haya ejercido actividades judiciales necesarias para fungir como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito³.

Los requisitos para el desempeño de un empleo no son previstos en forma caprichosa, sino que son fijados con base en la naturaleza y en las labores a

² Artículo 9 de la Resolución 0 – 1101 del 17 de junio de 2002 del Fiscal General de la Nación.

³ Resolución 0 – 1101 del 17 de junio de 2002. "ARTÍCULO NOVENO: **Requisitos mínimos.** Los requisitos mínimos para el desempeño de los empleos de la Fiscalía General de la Nación, según nivel y denominación, serán las siguientes: (. . .)

DEL NIVEL PROFESIONAL

El nivel profesional agrupa los empleos a los que corresponden funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley.

Denominación y requisitos:

(. . .)

Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito

- Título de formación profesional en derecho, y
- Ocho (8) años de experiencia profesional o docente.
(. . .)".

desarrollar. De ahí, que se exija acreditar un determinado nivel académico, una preparación y formación profesional en un campo determinado del conocimiento.

En esa medida, si el funcionario reemplazante no acredita los requisitos para el desempeño del cargo y sí los demuestra el empleado declarado insubsistente, es forzoso concluir que dentro de esa circunstancia no se podía mejorar el servicio, como sucedió en el caso sub lite.

De todo lo anterior, no resulta aceptable que un servidor público cuya hoja de vida registra una experiencia laboral de más de 19 años en cargos judiciales, con la preparación académica, que desempeñaba unas funciones que, dada su naturaleza, demandaban conocimientos especializados, sea retirado del servicio sin un razonamiento serio y veraz de los motivos que llevaron a la administración a tomar tal decisión y fuese reemplazado por quien no reunía los requisitos mínimos que la ley consagra para estos casos, ni mucho menos acreditaba una amplia experiencia requerida para el ejercicio del cargo de Fiscal Delegado.

Corolario de lo expuesto, la designación hecha en un primer momento por la Fiscalía General de la Nación del reemplazo del actor sin cumplir con los requisitos para el ejercicio del cargo, comporta una situación irregular, al violar la prohibición legal de realizar este tipo de designaciones sin el cumplimiento de los requerimientos académicos y profesionales que la función impone.

La declaratoria de insubsistencia no es un acto ajeno a la nueva designación, si bien esta se realiza en forma independiente, existe una relación de conexidad con la primera decisión, en la medida en que puede viciar su legalidad cuando su expedición va en contra de los fines del servicio.

Así las cosas, la presunción de legalidad de que gozan los actos de insubsistencia se desvirtúa cuando se demuestra que la persona nombrada para ocupar el cargo en reemplazo del empleado retirado de la entidad, por razones discrecionales, no reúne los requisitos exigidos para desempeñarlo, pues ello lesiona el buen funcionamiento de la administración pública.

Adicionalmente quedó demostrado que no existió tal mejoramiento del servicio por cuanto el reemplazo fue nombrado provisionalmente en el cargo de

Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito el 5 de diciembre de 2005 ocupando dicho cargo por un lapso de dos (2) meses únicamente, para luego ser nombrada en el cargo de Director Seccional de Fiscalías de la Dirección Seccional de Fiscalías de Barranquilla (fl. 272) el 15 de febrero de 2006, lo cual demuestra que con su vinculación no mejoró el servicio, dada su poca experiencia y conocimiento de las funciones propias, ocasionando con ello la discontinuidad en la prestación del servicio con su consecuencial desmejora.

El análisis de los medios de prueba allegados al expediente exige que el juzgador pueda llegar a la absoluta convicción sobre la desviación de poder en la expedición del acto acusado, de manera que el estudio que realice le permita concluir en forma razonable y apoyado en elementos fácticos que la administración basó su decisión en razones diferentes a las que la ley previó cuando le confirió el ejercicio de la facultad discrecional.

Aunado a lo anterior, encuentra la Sala que fue plenamente probado en el proceso que el actor cumplió a cabalidad con las funciones del cargo, no registra sanciones disciplinarias mientras ocupó el empleo del cual fue declarado insubsistente, y le fue otorgado un reconocimiento por su labor en la entidad tal y como ya se hizo alusión.

Así las cosas, las consideraciones expuestas llevan a la Sala a la convicción de que el nominador al expedir el acto de insubsistencia no persiguió razones de buen servicio público, sino que lo hizo movido por motivos diferentes, pues, se repite, se logró probar que no existió justificación válida para retirar del servicio al actor después de más de 12 años de servicios a la Fiscalía General de la Nación.

Esta jurisdicción ha reiterado que el ejercicio de la facultad discrecional de remover a los servidores públicos, excluye toda posibilidad de que la insubsistencia se encuentre inspirada en motivos diferentes o cualquier otro motivo ajeno a la obligación de garantizar el buen servicio público; el emisor de los actos discrecionales no puede expresar su voluntad como le antoje, sino dentro del marco jurídico en que la ley autoriza su ejercicio, situación que no se configuró en este caso, lo que a todas luces transgrede los derechos del actor y confecciona sin lugar a dudas la desviación de poder alegada.

Ahora bien, respecto del argumento del Tribunal en el sentido de que no se demandó el acto en que se nombró el reemplazo del actor, esta Sala considera que el mismo no es acertado, en cuanto se refiere a la estructuración de la causal de desvío de poder, la que se configura cuando el reemplazo carece de los requisitos mínimos para ejercer un determinado empleo público, puesto que queda desvirtuada la presunción de que la remoción se realizó atendiendo razones del buen servicio público.

En las anteriores circunstancias, y contrario a lo afirmado por el a – quo, la Sala de decisión encuentra que se configura la causal de desvío de poder alegada por el demandante, lo que lleva a declarar la nulidad del acto enjuiciado por haberse desvirtuado la presunción de legalidad que lo amparaba, razón por la cual se revocará el fallo apelado y en su lugar se accederá a las súplicas de la demanda.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se condenará a la Fiscalía General de la Nación a reintegrar al demandante al cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal Superior o a otro de igual o superior categoría. Así mismo se condenará a la entidad demandada a reconocer y pagar a favor del actor los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que se produjo el retiro del servicio y hasta cuando sea reintegrado al mismo, sin solución de continuidad.

Las sumas que resulten a favor del actor, se actualizarán en su valor de conformidad con la fórmula y términos que se señalarán en la parte resolutive de la presente providencia.

Por otro lado, se declarará que no hay lugar al descuento de suma alguna por el desempeño de otro cargo, durante el tiempo en que el actor estuvo separado del servicio, en aplicación de la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha 29 de enero de 2008, actor Amparo Mosquera Martínez, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en la cual se dispuso lo siguiente:

“(. . .)

Empero de esta preceptiva - art. 128 C.P. - no puede deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas

de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez contencioso administrativo al decidir a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrada.

El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.

La remisión que se hace a los salarios dejados de percibir se utiliza sólo como mecanismo indemnizatorio, como medida o tasación de la indemnización, tal como se emplea en otras ocasiones el valor del grammo oro o el del salario mínimo. Se acude a él porque la indemnización debe corresponder al daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió.

Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente.

Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público.

Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración.

Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política...”.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia del diez (10) de diciembre de dos mil nueve (2009), proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, que denegó las súplicas de la demanda promovida por el señor **ALVARO LUIS CRUZ BUELVAS** contra la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

En su lugar se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 0 – 4072 del 30 de noviembre de 2005 expedida por el Fiscal General de la Nación, en cuanto retiró al actor del cargo de Fiscal ante Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería.

A título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada deberá reintegrar al señor Álvaro Luis Cruz Buelvas, al cargo de Fiscal ante Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería o a otro de igual o superior categoría, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

DECLÁRASE que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del señor Álvaro Luis Cruz Buelvas.

CONDÉNASE a la Fiscalía General de la Nación a pagar al demandante los sueldos y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que se produjo el retiro del servicio y hasta cuando sea reintegrado al mismo.

La suma que se pague a favor del actor, se actualizará en la forma como se indica en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que fue desvinculado del servicio en virtud del acto acusado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de la providencia).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

No hay lugar a descontar suma alguna por el desempeño de otro cargo que pueda haber tenido durante el tiempo en que el señor Álvaro Luis Cruz Buelvas estuvo separado del servicio.

La Fiscalía General de la Nación dará cumplimiento a este fallo dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. y observará lo dispuesto en el inciso final del artículo 177 ibídem, y el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO