

INSUBSISTENCIA - Facultad discrecional / ACTO DE RETIRO DEL SERVICIOS - Insubsistencia

Son abundantes los pronunciamientos en los cuales se ha expresado que, de conformidad con las normas de administración de personal, el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la entidad nominadora, sin necesidad de motivar la decisión, atributo del derecho público conocido como facultad discrecional, así lo dispone por ejemplo el numeral 2 del artículo 17 del Decreto Ley 261 de 2000. Sin embargo, si bien es innegable que un acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional se presume expedido en beneficio del buen servicio público, tal presunción se puede desvirtuar a través de la acción contenciosa correspondiente, pues no puede perderse de vista que las únicas presunciones que no admiten prueba contraria son las de derecho, por fundarse en principios científicos incuestionables.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Deber de las partes / INSUBSISTENCIA - Facultad discrecional

En el plano de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho donde se controvierten actos de retiro del servicio expedidos en ejercicio de la facultad discrecional, el linderero de las cargas probatorias aparece nítido, como a continuación se explica. El demandante en procura de hacer valer sus derechos, tiene la obligación de demostrar que cumplía a satisfacción sus responsabilidades de tal suerte que garantizaba la prestación de un adecuado servicio público, que no existían justificaciones que ameritaban su relevo, y la entidad demandada para defender la presunción de legalidad en su actuar, demostrará las razones que motivaron la decisión, concretando y probando en qué sentido se proponía mejorar el servicio con la expedición del acto de remoción sometido a juzgamiento.

FACULTAD DISCRECIONAL - Finalidad / ACTO DE INSUBSISTENCIA - Desvirtuada la presunción de legalidad / DESVIACION DE PODER - Configuración

Por mandato legal, en la medida en que una decisión de carácter particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. En el caso en examen, si del ejercicio de la facultad discrecional de libre remoción prevista en el artículo 251 de la Constitución Política se trataba, el acto acusado debía encontrarse ajustado a la legalidad, lo que significa que debía ser adecuado a los fines de esa norma, es decir, en procura del buen servicio público, y proporcionado a los hechos que le sirven de causa, como lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia. La prueba documental lleva a la Sala a la convicción incontrovertible de que, el actor, garantizaba la prestación de un adecuado servicio público, pues no sólo atendía sus responsabilidades con rectitud y eficiencia, que son las condiciones esperadas de todo funcionario público, sino que el caudal probatorio pone en evidencia el excelente servicio que prestaba, y que lo hizo merecedor de constantes felicitaciones, distinciones y menciones, las cuales fueron una constante en su desempeño laboral, es decir, se dieron a través de todo el tiempo que prestó sus servicios, incluso hasta días antes de la insubsistencia de su nombramiento, las personas a quienes colaboraba en las investigaciones, se mostraban agradecidas con su gestión. En las anteriores condiciones, en el presente proceso se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto de remoción acusado, pues obran abundantes pruebas que demuestran el excelente servicio público que desempeñaba el actor, y la entidad demandada, no se preocupó por aportar, ni siquiera sugerir una prueba indiciaria, con la cual

demonstrara en qué sentido se proponía mejorar el servicio con la expedición del acto de insubsistencia del actor. En resumen, se pone de manifiesto que la causa determinante para la expedición del acto acusado, no fueron razones del buen servicio público, sino que obedeció al simple capricho o arbitrariedad del nominador, configurándose la desviación de poder, una de las causales de anulación de los actos administrativos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 251

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., diciembre siete (7) de dos mil once (2011).

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-10685-01(0873-09)

Actor: FERNANDO SALAZAR NUÑEZ

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de diciembre 11 de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

FERNANDO SALAZAR NUÑEZ, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución No. 0-0955 del 23 de mayo de 2002, proferida por la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual fue declarado insubsistente del cargo de Investigador Judicial I, de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Bogotá.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene su reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría, y el pago de los sueldos, primas, subsidios y demás emolumentos dejados de percibir, entre el momento del retiro y aquél en que sea efectivamente reintegrado.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, se resumen así:

Se desempeñó como agente de la Policía Nacional por casi nueve años y se retiró por solicitud propia.

Mediante Resolución CTPJ-039 del 17 de junio de 1988 fue nombrado en propiedad como Agente Investigador grado 11 del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, cargo en el que se posesionó el 28 de junio del mismo año.

El 22 de abril de 1992 fue nombrado como Agente Especial de Policía Judicial, grado 11, adscrito a la Dirección Seccional de Investigación de Tunja.

Con la creación de la Fiscalía General de la Nación, fue incorporado en el cargo de Investigador Judicial grado 8, en el área de policía Judicial de la Seccional de Tunja, pero no obstante, venirse desempeñado en propiedad, se le nombra en provisionalidad e incumpliendo con las previsiones del artículo 65 del Decreto 2699 de 1991, norma que disponía que fuera incorporado en iguales condiciones en que se encontraba.

Posteriormente fue trasladado a Bogotá y por su experiencia y dedicación, sin ser profesional, fue encargado de la Brigada Especializada de Homicidios de esa Dirección Seccional.

El 20 de septiembre de 2000, por su trabajo y producción de resultados, se le nombró Coordinador del Grupo de Verificación, por sobre otros profesionales, al ser considerado como un “maestro de la investigación criminal en Colombia”.

El 23 de mayo de 2002, mediante el acto acusado, fue declarado insubsistente, sin explicación alguna, causando perjuicio al buen servicio público de la justicia, que precisamente encarnaba aquél, con su dedicación, honradez, acierto y amor.

La causa de la salida del actor, se torna en injusta e ilegal y tiene como trasfondo una garrafal equivocación y un apresuramiento inusual de los directivos de la Fiscalía General de la Nación, que videncia que se utilizó una facultad legal con un fin velado y que no respondía a las necesidades del servicio.

Lo anterior por cuanto su salida se debió a razones ajenas al buen servicio, pues por el contrario este se vio desmejorado, al ser reemplazado por una persona que no tenía ni su experiencia, ni su pericia investigativa, como tampoco sus calidades humanas y profesionales.

Normas violadas y concepto de la violación.-

- C.P., artículos 29, 125 y 209
- Decreto 2699 de 1991, artículos 65 inciso 2 y 66 numeral 7
- Decreto 261 de 2000, artículos 105 numeral 7, 106 numeral 7, en concordancia con el 120 y ss., artículo 129 parágrafo.
- C.C.A., artículo 47.

El actor está amparado por las prerrogativas de la carrera judicial y al haber sido nombrado en propiedad en el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial de la antigua Dirección de Instrucción Criminal, debía pasar a ocupar en la misma situación, dicho cargo en la Fiscalía General de la Nación, es decir, en propiedad y no en

provisionalidad, de tal forma que el procedimiento para desvincularlo de su cargo no era la insubsistencia discrecional, sino motivada, permitiendo además el ejercicio de los recursos de Ley.

Si no se aceptara que se encuentra amparado por las prerrogativas de la carrera administrativa, subsidiariamente debe entenderse que por ocupar un cargo de carrera en provisionalidad, la falta de motivación del acto de insubsistencia, como expresión del principio de publicidad, es una omisión en contra del derecho, porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos, que facilita la función revisora.

Concluye expresando que con la expedición del acto acusado se incurrió en desviación de poder, pues realmente tuvo como fin, no el mejoramiento del servicio, sino la queja informa de una funcionaria judicial, a la que se le dio credibilidad y que a la postre se constituyó en una equivocación.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia apelada, accedió a las súplicas de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

Luego de examinar las pruebas aportadas al expediente y en especial los testimonios decretados, expresa que en atención a la concordancia entre los declarantes en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos que dieron lugar a la insubsistencia del actor, concluyó que para la época del actor, éste se vio involucrado erróneamente en una investigación que se adelantó en el SETT de Bogotá, cuyo objeto era esclarecer unos hechos relacionados con el ofrecimiento de servicios profesionales de manera particular, que unos funcionarios de la Fiscalía hicieron al Gerente de dicho establecimiento.

La misma Directora Seccional del CTI de la época, afirma que el actor resultó involucrado en la investigación por casualidad y que se trató de un mal entendido, en el que confluyeron circunstancias aparentemente similares pero que en nada tuvo que ver el actor.

Lo anterior, constituyó un indicio serio para el Tribunal de que el retiro del actor, se ocasionó por los hechos narrados por los testigos y consideró cuestionable el hecho de que la decisión de insubsistencia se hubiese adoptado simplemente con base en la sospecha. Además, los hechos se esclarecieron luego de tomada la decisión y a pesar de ello el nominador no inició los trámites correspondientes con el fin de revocar el acto acusado y garantizar los derechos fundamentales del actor.

La excelente hoja de vida del actor, es indicativo de que la razón de la insubsistencia no fue el mejoramiento del servicio, sino que más bien obedece a fines diferentes y en consecuencia, teniendo en cuenta la trayectoria laboral del actor y la ausencia de motivos de duda sobre su recto comportamiento laboral, concluyó que se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado y por tal razón procedió a su anulación.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación, el cual obra a folios 216 a 218, con fundamento en lo siguiente:

No existe prueba que desvirtúe la presunción de legalidad del acto acusado, En efecto, el actor no demostró que el acto acusado se haya expedido por una razón diferente a la mejora del servicio y por el contrario, el Tribunal incurrió en error al valorar los testimonios de Juana María Sánchez Rubio y Fabio Pérez Quiroz,

quienes afirmaron que desconocían si el incidente del mal entendido fue el motivo de la desvinculación.

Los testimonios referidos no tienen la fuerza suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo demandado, el fallo deduce de los testimonios citados un indicio, consistente en que posiblemente el motivo que generó la expedición de la resolución fue un mal entendido sobre la identidad de las personas que siendo funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, se ofrecieron de manera ilegal a hacer una asesoría al Director del SETT.

La carga de la prueba para desvirtuar la presunción está en cabeza del demandante y con las pruebas que se recibieron no se puede afirmar válidamente que se está en presencia de una plena prueba de la supuesta desviación de poder.

Concluye expresando que el fallo declara la nulidad del acto con soporte en la construcción de un indicio que podría acreditar la supuesta desviación de poder, argumento que no comparte por cuanto de los testimonios y demás pruebas, no se puede concluir ninguna informalidad en la expedición de la Resolución demandada y la presunción de legalidad que ampara al acto acusado no fue desvirtuada.

Para resolver, se

CONSIDERA

Se controvierte la Resolución No. 0-0955 del 23 de mayo de 2002, proferida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Investigador Judicial I, de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Bogotá

Plantea el actor, que el nominador con la expedición del acto de insubsistencia acusado, no persiguió razones del buen servicio público, sino que se dio como consecuencia de un equívoco, en virtud del cual se consideró que el actor junto con otro de sus compañeros se encontraba ofreciendo ilegalmente sus servicios profesionales de manera particular ante el Director del SETT de Bogotá, incurriendo de esta forma en desviación de poder, pues no se encuentra justificación de ninguna naturaleza, para que luego de haber prestado sus servicios de manera sobresaliente, por más de 13 años, fuera retirado discrecionalmente, y sin mediar el más leve motivo que justificara la decisión.

El problema jurídico se resuelve en el siguiente orden:

FERNANDO SALAZAR NÚÑEZ desempeñaba el cargo del que fue retirado de forma provisional, condición que permitió al nominador darle el tratamiento de funcionario de libre nombramiento y de esa manera, retirarlo del servicio público, en ejercicio de la facultad discrecional.

Son abundantes los pronunciamientos en los cuales se ha expresado que, de conformidad con las normas de administración de personal, el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la entidad nominadora, sin necesidad de motivar la decisión, atributo del derecho público conocido como facultad discrecional, así lo dispone por ejemplo el numeral 2 del artículo 17 del Decreto Ley 261 de 2000.

Sin embargo, si bien es innegable que un acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional se presume expedido en beneficio del buen servicio público, tal presunción se puede desvirtuar a través de la acción contenciosa correspondiente, pues no puede perderse de vista que las únicas presunciones que no admiten prueba contraria son las de derecho, por fundarse en principios científicos incuestionables.

Al realizar, en sede judicial el control de legalidad, el acto administrativo que en principio se presume expedido en aras del buen servicio, se juzga bajo las reglas que gobiernan el proceso, en el cual impera entre otros el principio de igualdad de las partes ante el juez y al hacerse efectivo ese principio, cada una de ellas tiene la obligación de probar sus afirmaciones.

En efecto, de un lado, entre los deberes del juez está el de hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso y de otro incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

En el plano de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho donde se controvierten actos de retiro del servicio expedidos en ejercicio de la facultad discrecional, el lindero de las cargas probatorias aparece nítido, como a continuación se explica.

El demandante en procura de hacer valer sus derechos, tiene la obligación de demostrar que cumplía a satisfacción sus responsabilidades de tal suerte que garantizaba la prestación de un adecuado servicio público, que no existían justificaciones que ameritaban su relevo, y la entidad demandada para defender la presunción de legalidad en su actuar, demostrará las razones que motivaron la decisión, concretando y probando en qué sentido se proponía mejorar el servicio con la expedición del acto de remoción sometido a juzgamiento.

Hechas las anteriores precisiones, observa la Sala que una relectura de la argumentación expuesta en la demanda, permite llegar a la misma conclusión a la que llegó el Tribunal, así:

Por mandato legal, en la medida en que una decisión de carácter particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. En el caso en examen, si del ejercicio de la facultad discrecional de libre remoción prevista en el artículo 251 de la Constitución Política se trataba, el acto acusado debía encontrarse ajustado a la

legalidad, lo que significa que debía ser adecuado a los fines de esa norma, es decir, en procura del buen servicio público, y proporcionado a los hechos que le sirven de causa, como lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia:

“En su significación más primaria, el principio en cuestión postula una distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, entre lo que es trato de la nueva voluntad y el puro capricho de los administradores”.

En el sub-lite, obra la hoja de vida del actor, en la cual consta que ingresó a prestar sus servicios a la entidad demandada, el 17 de junio de 1988 en el cargo de Agente Investigador grado 11 del Cuerpo Técnico de Policía Judicial y con la creación de la Fiscalía General de la Nación, fue incorporado en el cargo de Investigador Judicial grado 8 en el área de Policía Judicial de la Seccional de Tunja y posteriormente trasladado a Bogotá y encargado de la Brigada Especializada de Homicidios. Examinada la hoja de vida, no registra sanciones y por el contrario, fue objeto de felicitaciones por su profesionalismo, por la labor realizada en las investigaciones, por su conducta, por su eficiencia y compromiso, por su desempeño, por su decidida y abnegada labor, por su colaboración, por su sobresaliente desempeño y profesionalismo, por sus valores y calidades y el 17 de junio de 1999, por medio del Acuerdo 55, se le otorgó la condecoración “Orden del Programa Presidencial A LA DEFENSA DE LA LIBERTAD PERSONAL” en la categoría AL MÉRITO.

Además de lo anterior, llama la atención de la Sala, que seis días antes de la expedición del acto de insubsistencia, el Fiscal 70 Delegado ante los Juzgados Penales del Circuito, le hace un especial reconocimiento al actor, por la decidida colaboración en una gestión investigativa.

La prueba documental lleva a la Sala a la convicción incontrovertible de que, FERNANDO SALAZAR NÚÑEZ, garantizaba la prestación de un adecuado servicio público, pues no sólo atendía sus responsabilidades con rectitud y eficiencia, que

son las condiciones esperadas de todo funcionario público, sino que el caudal probatorio pone en evidencia el excelente servicio que prestaba, y que lo hizo merecedor de constantes felicitaciones, distinciones y menciones, las cuales fueron una constante en su desempeño laboral, es decir, se dieron a través de todo el tiempo que prestó sus servicios, incluso hasta días antes de la insubsistencia de su nombramiento, las personas a quienes colaboraba en las investigaciones, se mostraban agradecidas con su gestión.

De esa manera cumplió con la responsabilidad probatoria a su cargo, es decir, que era eficiente servidor y que no se evidenciaban razones de servicio que ameritaran su retiro.

La entidad demandada por su parte, que en sede judicial, tenía la obligación de señalar cuáles fueron las razones de servicio que motivaron la expedición del acto de insubsistencia y de demostrar en qué sentido se proponía mejorar el servicio, observó una conducta indiferente, pues sus argumentos se refirieron a la facultad discrecional, a la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos, y que una medida de tal naturaleza siempre se encuentra inspiradas en razones de buen servicio público. Sin embargo echa de menos la Sala la prueba de esas razones.

En las anteriores condiciones, en el presente proceso se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto de remoción acusado, pues obran abundantes pruebas que demuestran el excelente servicio público que desempeñaba el actor, y la entidad demandada, no se preocupó por aportar, ni siquiera sugerir una prueba indiciaria, con la cual demostrara en qué sentido se proponía mejorar el servicio con la expedición del acto de insubsistencia del actor. En resumen, se pone de manifiesto que la causa determinante para la expedición del acto acusado, no fueron razones del buen servicio público, sino que obedeció al simple capricho o arbitrariedad del nominador, configurándose la desviación de poder, una de las causales de anulación de los actos administrativos.

Por las razones que anteceden, para la Sala las razones expuestas por la entidad demandada en el recurso de apelación, no alcanzan a desvirtuar los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, según los cuales:

Examinada la situación planteada desde la perspectiva de los principios citados, el acto por el cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor FERNANDO SALAZAR NÚÑEZ, desborda cualquier límite de razonabilidad y proporcionalidad en el ejercicio de la supuesta facultad discrecional, pues, no resulta aceptable que un servidor con una hoja de vida que registra una experiencia de 14 años, con la preparación académica ya indicada y comprobada, que desempeñaba unas funciones que dada su naturaleza, demandaban conocimientos especializados, y lo catalogaban como un funcionario altamente calificado, sea removido ...

... la honradez, la lealtad y la eficiencia, son condiciones propias del buen empleado que le deben significar un cierto grado de estabilidad.

Dicho en otros términos, no puede entenderse que solamente los empleados amparados por un fuero legal ... tienen vocación de permanencia en su cargo. Una larga vida laboral dedicada a la buena y eficiente prestación del servicio público respaldan también el derecho a la estabilidad.

Con fundamento en las razones que anteceden, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas 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,

FALLA :

CONFÍRMASE la sentencia del 11 de diciembre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda presentada por FERNANDO SALAZAR NÚÑEZ.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y una vez ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen. **CÚMPLASE.**

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ALFONSO VARGAS RINCÓN