

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil nueve (2009)

EXP. No. 25000-23-25-000-2000-04662-01 (4125-2004)

AUTORIDADES NACIONALES

ACTOR: CESAR PABLO ORTÍZ BURGOS

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 10 de mayo de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Cesar Pablo Ortíz Burgos, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita que se declare la nulidad de la resolución No. 0-0308 de 23 de febrero de 2000, proferida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual fue declarado insubsistente del cargo de Técnico Judicial I.

A título de restablecimiento del derecho reclama que se condene a la entidad demandada a reintegrarlo al mismo cargo o a otro de superior categoría, así como al pago de todos los salarios y prestaciones dejados de devengar; que se reconozcan *"los intereses corrientes y de mora, las costas y agencias en derecho y la actualización o reajuste monetario de las sumas debidas"* (fl. 9 cdno ppal).

El demandante, como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, manifiesta que por resolución No. 0-0128 de 31 de marzo de 1993, fue vinculado a la Fiscalía General de la Nación como Técnico Judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación, cargo de carrera administrativa.

Señala que a pesar de su hoja de vida y de haberse desempeñado con responsabilidad, idoneidad y probidad fue retirado del servicio. Precisa que la causa de su desvinculación fue un informe en el que se indicó que había hecho concesiones para el ingreso de personal femenino en horario distinto al

establecido para visitas de los señores William Herrera y Freddy Aguiño, quienes se encontraban reclusos en las celdas del Bunker de la Fiscalía.

Precisa que como miembro del Grupo Elite, tenía a su cargo la custodia física de los mencionados detenidos, pero el ingreso de abogados y de visitas en general era función del grupo encargado de la seguridad.

Explica que el 13 de noviembre de 1999, cuando estaba en turno de vigilancia, se presentó en las celdas del Bunker la señora Cedeña López, esposa de William Herrera, en compañía de un funcionario de Seguridad y Control, quien manifestó que estaba debidamente autorizada para ingresar. Señala que por esta aprobación facilitó su acceso. Advierte que por el hecho descrito, fue retirado, una semana después, el aludido miembro del grupo de Seguridad y Control.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda (fl. 477).

Señaló, en síntesis, que el actor no gozaba de fuero legal de permanencia, por lo que podía ser declarado insubsistente en cualquier momento, sin motivación alguna, cuando la autoridad nominadora lo estimara conveniente (fl. 470).

Precisó que el Fiscal General de la Nación puede nombrar y remover discrecionalmente los funcionarios de la entidad que dirige, atendiendo ciertas razones y criterios de conveniencia para el mejoramiento del servicio público. Explicó que correspondía al demandante probar que el nominador *"tuvo motivos o fines contrarios al buen servicio público al proferir el acto acusado, lo cual no se logró en el proceso"* (fl. 473).

Concluyó, en síntesis, que el actor no demostró que los hechos que describió como motivadores de la insubsistencia, tuvieran relación causal con tal declaratoria.

FUNDAMENTO DEL RECURSO

El demandante solicita que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda (fl. 500).

Reiteró los argumentos del libelo e insistió en que la administración no atendió varios principios doctrinarios ni la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad de la resolución No. 0-0308 de 23 de febrero de 2000, mediante la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente al actor del cargo de Técnico Judicial I de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación.

En primer lugar, es importante precisar que la posición de la Sección Segunda, frente al tema de los empleados provisionales no ha sido uniforme. Al respecto, la Subsección "A" expresó que el acto por medio del cual se retira del servicio a un funcionario provisional, debe motivarse, así sea sumariamente. Por su parte, la Subsección "B" afirmó que dicha decisión no requiere motivación, es decir no exige que en la misma se consignen los motivos por los cuales el nominador adopta la medida.

Por tal razón, en sentencia del 13 de marzo de 2003, dictada en el proceso 1834-01, M.P. Dr, Tarsicio Cáceres Toro, la Sección Segunda **unificó** su criterio, en el sentido de señalar que a los funcionarios provisionales los **rodea un doble fuero de "inestabilidad"**. De una parte, porque al no pertenecer a la carrera administrativa, pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión, y, de otra, por cuanto pueden ser desplazados por quien supere las etapas del concurso de méritos, en los términos que señale la ley.

Tal orientación obedece a que, tanto el acto por cual se retira del servicio por insubsistencia a un empleado de libre nombramiento y remoción, como el que desempeña un cargo en provisionalidad, son de la misma naturaleza, es decir, se presume que son expedidos en aras del buen servicio público, presunción que es susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional, aduciendo y probando por el interesado, que el motivo determinante es diferente al buen servicio público.

Lo anterior tiene fundamento en preceptos tanto de orden constitucional como legal.

En efecto, por mandato constitucional (Art. 230) el juez en sus decisiones está sometido al imperio de la ley. La jurisprudencia, la doctrina y la equidad, son criterios auxiliares en la administración de justicia.

Con fundamento en esta disposición, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en repetidas oportunidades ha expresado que el nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer cargos de carrera, en eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de concurso, o por encargo con otro empleado de carrera y que la situación en provisionalidad, no otorga a su titular fuero de estabilidad relativa alguno. Así mismo, ha advertido que aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé la designación en provisionalidad por un determinado tiempo e igualmente esta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que la persona designada bajo esa situación adquiera estabilidad por dicho lapso.

De otra parte, existen en el ordenamiento jurídico provisiones que son claras en señalar que el retiro del servicio de un empleado provisional puede operar en cualquier momento, antes de cumplirse el término de provisionalidad o su prórroga, sin necesidad de motivar el acto.

Así, encontramos que el Decreto 1950 de 1973, reglamentario del Decreto 2400 de 1968, en el artículo 107 señalaba:

"En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados."

Por su parte, el inciso segundo del artículo 7 del decreto 1572 de 1998, prevé:

"ARTÍCULO 7° El término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador."

No obstante lo anterior, en cualquier momento, antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados".

Esta normatividad le ha permitido a la Sección Segunda reiterar en sus pronunciamientos que el acto de retiro del servicio de un empleado que se encuentra en provisionalidad, expedido en ejercicio de la facultad discrecional, se presume encaminado al buen servicio público y se puede ejercer en cualquier momento sin necesidad de que se consignen las razones o motivos que determinan la decisión. Ello en razón a que por no estar escalafonado en la carrera no puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias,

requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera.

Esta presunción legal, desde luego, puede ser desvirtuada, aduciendo y demostrando en el proceso que no fueron razones del servicio o motivos de interés general, los que indujeron al nominador a dar por terminada la designación en provisionalidad.

Ahora bien, en contravía con la posición adoptada por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional sostiene que el hecho de que un funcionario esté nombrado en provisionalidad, no lo equipara a uno de libre nombramiento y remoción en términos de la no necesidad de motivar el acto de retiro.

Así, en la sentencia T-254 de 30 de marzo de 2006 aceptó que hay planteamientos dispares entre dicha Corte y el Consejo de Estado en cuanto a la desvinculación de los empleados nombrados en provisionalidad. Al respecto manifestó que el Consejo de Estado, cuando sostiene que no es necesario motivar la desvinculación de los nombrados en provisionalidad, realiza un análisis legal, más no constitucional ni "*iusfundamental*", como sí lo aborda la Corte.

La Sección Segunda — Subsección "B", mediante sentencia del 17 de abril de 2008¹, se apartó de dicha tesis anotando que la discrecionalidad para la desvinculación de los nombrados en provisionalidad encuentra fundamento en el artículo 125, inciso 2, de la Constitución Política, según el cual el retiro de los empleados de carrera 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.

Con base en tal disposición constitucional, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido de manera reiterada que al no haber ingresado al servicio los empleados provisionales en virtud del mérito, sino que su vinculación obedeció a razones discrecionales, no pueden ampararse en las causales de retiro previstas en el artículo 125, inciso 2, de la Constitución, toda vez que ellas se reservan a los empleados cuyo nombramiento obedeció a que tenían derechos de carrera y que conferirles a aquellos el derecho a que su acto de desvinculación se motive los equipara, sin justificación alguna, a quienes concursaron y por sus méritos adquirieron el derecho a integrar la planta de personal de determinada entidad.

¹ Expediente 3197-2005. Actor: Jorge de Jesús Quitama Vergara. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante,

Dijo además la Subsección "B"² que la tesis expuesta por el Consejo de Estado también tiene un apoyo "iusfundamental", en la medida en que el artículo 29 de la Constitución manda que el debido proceso se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Que el Consejo de Estado no desconoce la vigencia del derecho al debido proceso, pues acepta que las causales de nulidad afectan tanto los actos de remoción del personal de carrera como los de aquellos carentes de estabilidad, por lo que los nombrados en provisionalidad también pueden impugnar judicialmente las decisiones de desvinculación a efectos de determinar si en su caso se respetó el debido proceso.

Ahora, es cierto, como lo afirma la Corte, que el nombramiento en provisionalidad no convierte el cargo de carrera en de libre nombramiento y remoción pues mal podría dicha decisión modificar la planta de personal de la entidad, pero también lo es que dicho nombramiento no puede crear derechos en favor de quien no los adquirió en los términos del artículo 125, inciso 2, de la Constitución Política.

No obstante, como se dijo anteriormente, el acto que disponga el retiro del servicio de un empleado provisional puede ser demandado para establecer si fue objeto del ejercicio irregular de la facultad nominadora. Ello significa, que si bien el nombrado en provisionalidad no puede reclamar ningún fuero de estabilidad porque no accedió mediante mérito al cargo que ocupa, no queda expósito frente al abuso de poder de la administración y al quebrantamiento de sus derechos como trabajador, particularmente si la administración incurre en alguna de las causales de anulación de los actos administrativos previstas en el artículo 84 del C.C.A.³

En el caso concreto, el demandante, en esencia, hace consistir la ilegalidad del acto impugnado, en que fue expedido con desviación de poder, falta de motivación, con fines distintos y ajenos al mejoramiento del servicio. Que ello se sustenta en que su desvinculación se produjo de manera arbitraria, pues no tuvo en cuenta su desempeño "*con responsabilidad, idoneidad y probidad*", el cual se infiere de la hoja de vida; y que ocupaba un cargo de carrera, por lo que el acto de insubsistencia debía ser motivado, de manera que las causas o hechos que originaron tal decisión, debían constar en su hoja de vida, tal como lo dispone el artículo 26 del decreto 2400 de 1968.

² ibídem

³ ibídem

Explica que existe un nexo causal entre la declaratoria de insubsistencia controvertida y un informe dirigido por el Jefe del Grupo Elite de la Fiscalía a la investigación disciplinaria No. 072-99, en el que se le relacionaba con el ingreso de visitas no autorizadas a los detenidos William Herrera Buitrago y Freddy Alonso Aguiño Pineda.

Se desprende del expediente que el actor estuvo vinculado a la Fiscalía General de la Nación como Técnico Judicial I, desde el 18 de mayo de 1993 hasta el 27 de febrero de 2000 (fls. 204, 399, 489 cdno ppal), fecha en la cual fue declarado insubsistente, mediante la resolución acusada (fl. 3 cdno ppal).

Del plenario no se evidencia que el demandante estuviera amparado por fuero de carrera administrativa, por el contrario son múltiples las certificaciones que dan fe y ratifican que su nombramiento era provisional (fls. 63, 64, 65, 66, 254, 255, 256, 257, 261, 262, 312, 421 cdno ppal).

Para la Sala no pueden predicarse iguales derechos de quien se encuentra en propiedad luego de superar las etapas propias de un concurso, respecto de quien se halla nombrado en provisionalidad, pues esta última modalidad de provisión no genera por sí misma fuero de inamovilidad.

El hecho de que el demandante haya desempeñado un cargo de carrera al momento de declararse insubsistente su nombramiento, al cual accedió en forma ordinaria y no mediante el sistema especial de méritos, no le otorga fuero alguno de estabilidad que le impidiera a la administración ejercer su facultad discrecional de libre remoción.

Al respecto, se hacen propios los argumentos expuestos en un caso similar:

"Obra a folio 89 la Resolución 0806 de 25 de agosto de 1993, por la cual la Fiscalía General de la Nación nombró a PALMIRA ISABEL GUTIERREZ MORALES en el cargo de Asistente Judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Barranquilla; a folio 88 se lee el acta de posesión en la que ninguna constancia se dejó sobre el carácter del nombramiento. Tampoco aparece en el plenario constancia alguna que de cuenta de que el ingreso fue la culminación de un proceso de selección y así lo acepta la misma demandante.

De esta manera, si bien podía hallarse desempeñando la actora un cargo clasificado como perteneciente a la Carrera de la Fiscalía, su desempeño con ausencia del concurso de méritos no puede entenderse de otra manera que en provisionalidad y tal forma de vinculación no genera ni siquiera transitoriamente situación alguna de inamovilidad. En este sentido se rectifica la jurisprudencia de la Sub Sección, que en un momento dado sostuvo que el ingreso en pro visionalidad podía llegar a conferir cierta permanencia, dentro del interregno de tal nombramiento y el de la provisión del cargo a través de un concurso, en virtud del imperativo legal que

concibe la pro visionalidad como la manera excepcional de proveer un cargo de carrera.

La Sala ha replanteado su tesis, fundada en que no puede convertirse en un factor de reproche la provisión de cargos en la forma señalada, pues imperioso resulta a la administración adoptar las medidas para que su actividad tenga la continuidad que el servicio público requiere; no es, por tanto, aceptable ni conveniente para el ejercicio de la función pública, supeditar la provisión de empleos al concurso de méritos, figura que en repetidas ocasiones no resulta ser todo lo expedita y eficaz que la necesidad exige.

Y ello es así porque la sola circunstancia de desempeñar un cargo, que de conformidad con la ley es de carrera administrativa, no otorga por sí misma, fuero alguno de permanencia. El ingreso a la carrera, en este caso de la Fiscalía, involucra un procedimiento ineludible conformado por 4 fases, a saber: 1) convocatoria; 2) concurso de méritos 3) nombramiento en período de prueba y 4) nombramiento en propiedad, con la consiguiente inscripción que acredita al empleado como escalafonado. Esta última es la que confiere la relativa estabilidad que otorga la carrera. (art. 68 Dto. 2699 de 1991, vigente para la fecha del nombramiento de la actora).

Ahora bien, ha sido insistente la Sala al sostener que la facultad discrecional está demarcada por la buena prestación del servicio público encomendado al ente estatal; dentro de tales lineamientos fluctúa la apreciación que hace el nominador en relación con el desempeño de los funcionarios de libre nombramiento y remoción. Tal facultad está circunscrita a la ponderada evaluación que hace de diversos factores que en determinado momento conducen a decidir el retiro de un funcionario.

De modo que el juicio de valor bien puede apuntar a criterios de eficiencia, conveniencia, oportunidad o armonía, entre otros. Por ello, únicamente cuando el nominador abandona los paradigmas que atañen a la finalidad del buen servicio e invade el ámbito de intereses extraños a tal cometido, puede hablarse de desviación de poder, pero esta circunstancia debe hallarse probada en el proceso. Es por ello que la idoneidad en el desempeño nunca ha constituido un factor de estabilidad.

Una interpretación armónica de las normas del Ordenamiento Superior lleva a concebir la vinculación de empleados en el sector oficial como una respuesta a la imperiosa necesidad de garantizar la efectiva prestación del servicio público del Estado; si el cabal desarrollo de esa actividad se ve de alguna manera truncado, corresponde entonces al nominador asumir las medidas encaminadas al mejoramiento y dentro de esas soluciones que buscan la optimización del servicio tiene lugar la remoción de funcionarios." (sentencia de 3 de abril de 2003, actor: Palmira Isabel Gutiérrez Morales, M.P. Alberto Arango Mantilla).

De otra parte, esta Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que el buen desempeño de los funcionarios no genera fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad discrecional que se presume ejercida en aras del buen servicio. Sólo cuando el nominador desborda los lineamientos que señala el legislador en punto al ejercicio de la facultad discrecional (artículo 36 C.C.A.), se puede hablar de desviación de poder, pero esta circunstancia en el sub-judice no se encuentra acreditada.

Pues no se demostró el supuesto nexo causal entre la declaratoria de insubsistencia y el informe dirigido por el Jefe del Grupo Elite de la Fiscalía a la investigación disciplinaria No. 072-99, en el que se relacionaba al actor con el ingreso de visitas no autorizadas.

En efecto, no hay prueba de la existencia del aludido informe ni de la investigación disciplinaria No. 072-99 (fls. 316, 393, 407, 408 cdno ppal) Además, se advierte que si bien la administración inició una investigación por la conducta descrita (ingreso de visitas no autorizadas), fueron otros los funcionarios implicados y vinculados a ella, tal como se desprende del auto de apertura de indagación preliminar No. 0092 de 16 de junio de 2000 (Jhon Janer Mosquera, Miguel Cifuentes y Germán Camacho) (fl. 295).

Tampoco figura dentro del plenario algún indicio del que se pueda deducir el desmejoramiento del servicio alegado.

Es necesario señalar que *"no es el nominador el llamado a demostrar en qué sentido quiso mejorar el servicio, sino que es el funcionario retirado quien debe llevar a la convicción al juez, a través de pruebas fehacientes de que los cargos que endilga al acto de retiro son ciertos"*⁴.

Finalmente, debe precisarse que la omisión de cumplir con la obligación de dejar constancia en la hoja de vida del hecho y de las causas que ocasionaron la declaración de insubsistencia, establecida en el decreto 2400 de 1968, por presentarse con posterioridad a la expedición de la misma, no puede constituir un vicio del acto, como reiteradamente lo ha expresado esta Sección.

Bastan las anteriores consideraciones para que esta Sala confirme la providencia materia de apelación, que denegó las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de diez (10) de mayo de dos mil cuatro (2004) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda instaurada por CESAR PABLO ORTIZ BURGOS contra la FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

⁴ Sentencia de 2 de octubre de 2003 Exp. No. 4174-02 Consejera Ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

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

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Expediente No. 4125-2004 Actor: Cesar Pablo Ortiz Burgos

**ESTE DOCUMENTO FUE CREADO A PARTIR DEL ORIGINAL OBTENIDO EN
EL CONSEJO DE ESTADO.**