

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – Motivación a partir de la sentencia de la Corte Constitucional del 18 de abril de 2007. Debido proceso

Para gozar de los privilegios o prerrogativas propias e inherentes de la carrera, el servidor público debe acceder al empleo mediante un concurso o proceso de selección y obtener los resultados mínimos exigidos para tal efecto en las normas legales, en caso contrario, la autoridad nominadora, respecto a nombramientos provisionales, puede ejercer la facultad discrecional en aras de mejorar el servicio. El precedente anterior es aplicable en este caso, toda vez que el retiro del servicio de la actora se produjo bajo el amparo del artículo 100 del Decreto 261 de 2000, de acuerdo con el cual el retiro del servicio procedía mediante declaratoria de insubsistencia, sin que fuera necesaria motivación alguna; empero, la Sala no pasa por alto que a partir del 18 de abril de 2007 y en virtud de la sentencia C-279 de la Corte Constitucional por la cual se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, "Estatuto Orgánico de la Fiscalía", los retiros del servicio por declaratoria de insubsistencia de los nombramientos provisionales, deberán ser motivados por razones del servicio específicas, con el fin de salvaguardar el debido proceso de quienes sean objeto de la referida medida. Por lo tanto, en el caso concreto, el hecho de que el acto acusado, **Resolución No. 0-0701 de 02 de abril de 2003** se haya expedido con anterioridad a la sentencia C-279 de 18 de abril de 2007 de la Corte Constitucional, implica que para ese momento no resultaba necesaria la motivación de la declaratoria de insubsistencia, toda vez que, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente, los mismos se presumían expedidos en aras de mejorar el servicio, y en tales condiciones, el nominador no tenía el deber de motivar el acto de retiro.

FUENTE FORMAL: DECRETO 261 DE 2000 – ARTICULO 100

NOTA DE RELATORIA: Sobre la motivación del acto de insubsistencia del empleado en provisionalidad, Corte Constitucional, sentencia de 18 de abril de 2007, C-279.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012).

Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06984-01(1205-10)

Actor: MARIA EUGENIA BRIÑEZ NIÑO

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada contra la sentencia de 12 de noviembre de 2009, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", accedió a las pretensiones de la demanda formulada por la señora MARIA EUGENIA BRIÑEZ NIÑO contra la Nación- Fiscalía General de la Nación.

ANTECEDENTES

La señora María Eugenia Briñez Niño, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución No. 0-0701 de 02 de abril de 2003, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Técnico Judicial II de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Extinción del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos, de la Fiscalía General de la Nación.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada reintegrarla al cargo que ocupaba o a uno de igual o superior categoría en Bogotá, sin solución de continuidad. También solicitó el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones con los reajustes e incrementos de ley dejados de cancelar, desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro, la indexación de dichas sumas, el pago de intereses, gastos y costas procesales, y el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Basó su *petitum* en los siguientes hechos:

Ingresó a la entidad por nombramiento provisional en el cargo de asistente Judicial I de las Fiscalías Regionales de Bogotá, realizado mediante Resolución No. 0-0120 de 19 de marzo de 1993, proferida por el Fiscal General de la Nación, cargo en el que se posesionó el 20 de abril de 1993.

Luego, mediante Resolución No. 0-1064 de 16 de junio de 1994, artículo 4, fue nombrada Técnico Judicial II de la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá.

Fue trasladada a la Unidad Nacional de Fiscalías para la Extinción del Derecho de Dominio, por Resolución No. 001113 de 16 de junio de 1997.

Mediante Resolución No. 0681 de 20 de marzo de 1998, el Fiscal General de la Nación unificó las Unidades Nacionales de Fiscalía para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos, de la cual pasó a formar parte la actora.

Fue declarada insubsistente del cargo de Técnico Judicial II de la Unidad Nacional de Fiscalías para la extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos, mediante Resolución 0-0701 de 2 de abril de 2003, proferida por el Fiscal General de la Nación, decisión que le fue notificada el 4 de abril de 2003.

La actora es abogada y durante su trayectoria laboral se destacó por su buen desempeño en el servicio, sus conocimientos y calidades humanas, y no fue objeto de investigación penal o disciplinaria, ni de sanción alguna.

Narra la actora que dentro de sus logros y proyectos en la entidad, está: (i) haber sido delegada como representante de los despachos ante la oficina de control interno; (ii) participar en la elaboración y adaptación del SIJUT (sistema de información) para los procesos de extinción de dominio; (iii) haber participado en la conformación de Registro Unico Nacional de Bienes dispuesto en la Ley 333/96; (iv) haber propuesto la implementación de la secretaría virtual para prestar un mejor servicio público; (v) haber capacitado a sus compañeros de la Unidad en la Escuela de Criminalística sobre los programas de Windows, Word, Excel, Access, Power Point con el fin de mejorar el servicio en la Unidad; (vi) haber brindado soporte técnico a los despachos en la instalación y configuración de impresoras, recuperación de archivos, manejo de red, base de datos, destacándose por su alto grado de compromiso institucional.

Fue objeto de tres comisiones en Estados Unidos: a Fort Lauderdale – Florida del 03 al 10 de diciembre de 2000, Albuquerque Nuevo México del 17 al 24 de marzo de 2002 y Tampa – Florida del 23 al 29 de junio de 2002, por invitación del Departamento de Justicia de los Estados Unidos OPDAT e ICITAP en Colombia, organismos Internacionales, como resultado de su compromiso laboral y por su conocimiento en temas especiales como la extinción del derecho de dominio y el lavado de activos.

A partir del 12 de diciembre de 2002, fue asignada al despacho 13 de extinción de dominio adscrito al Fiscal Fabio Augusto Ramos Heredia con quien tuvo algunas diferencias laborales, que la llevaron a solicitar el cambio de despacho y posteriormente su traslado, sin que el mismo se haya efectuado, produciéndose finalmente su retiro del servicio.

El cargo de Técnico Judicial II pertenece a la carrera, sin embargo, no ha sido provisto por concurso de méritos.

El último salario devengado por la actora fue \$ 1'230.162.

Con el acto de insubsistencia se le causaron graves perjuicios a la actora.

El acto demandado se encuentra viciado de Falsa Motivación y Desviación de Poder.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, artículos 2, 15, 21, 25, 29, 125.

Del Código Contencioso Administrativo, artículo 36.

Decreto 2699 de 1991, artículos 65, 66, 68, 69, 70 y 71.

Decreto 2400 de 1968 artículos 26 y 61.

Como cargos de nulidad se proponen los siguientes:

.- **Falta de Motivación:** Se funda este vicio en que el acto carece de motivación directa e indirecta porque de su texto no se desprende la razón del retiro y tampoco reposa en la hoja de vida de la actora, constancia alguna de los hechos que dieron lugar a la declaratoria de insubsistencia. Con fundamento en las Sentencias SU- No. 250 de 1998 y C-054 de 1996 de la Corte Constitucional, sostiene que la declaratoria de insubsistencia exige una motivación, al tenor del artículo 209 de la Constitución, y que aun tratándose de un acto discrecional, resultaba necesario justificar la decisión porque con la misma se afectaban los

intereses de la demandante, además el ejercicio de la facultad discrecional tiene como límite el mejoramiento del servicio.

.- Desviación de Poder: Se configura porque el acto de declaratoria de insubsistencia fue expedido sin argumentos constitucionales y legales y con una finalidad extraña al mejoramiento del servicio, lo cual se puede deducir del examen de la hoja de vida de la servidora. Sostiene que no obstante que el buen desempeño laboral no genera inamovilidad, si da ciertas garantías para respetar la estabilidad laboral del funcionario, al punto que se invierte la carga de la prueba y es al ente accionado a quien le corresponde demostrar que con el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción se proponía mejorar el servicio público a su cargo, de lo contrario se pone en evidencia la desviación de poder, argumento que funda en jurisprudencia de esta Corporación.

.-Abuso de Poder: Por cuanto del análisis de la hoja de vida de la actora se puede establecer que su retiro no se produjo para mejorar el servicio, ya que no cursaba ninguna investigación en su contra. Además porque el ejercicio de la facultad discrecional del Fiscal General de la Nación debió ser ejercida con apego a la Constitución y la Ley, y estar inspirada en el buen servicio público, lo que no ocurrió en el presente caso.

.- Desconocimiento del Régimen de Carrera: Afirma la actora que su nombramiento en provisionalidad, realizado mediante Resolución 0-1064 de 16 de junio de 1994, no podía superar los seis (6) meses, sin embargo sobrepasó ocho (8) años, por lo que considera que la cobijaba cierta estabilidad. Citó la sentencia de 25 de enero de 2001, proferida por esta Sección, dentro del radicado 2447-1999 para sostener que la vinculación en provisionalidad debe perdurar hasta que el cargo de carrera sea provisto por concurso de méritos conforme lo ordena la ley.

En síntesis, afirma la actora que se vulneraron derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, al debido proceso, a la presunción de inocencia, al buen nombre y a la honra con el acto de declaratoria de insubsistencia. Lo anterior, por cuanto el acto se apartó del mejoramiento del servicio ya que la actora se destacó como una de las mejores servidoras de la institución y no poseía investigaciones en su contra. Sostuvo que en caso de existir hechos reprochables a su comportamiento laboral, debió adelantarse el procedimiento disciplinario respectivo para establecer una eventual responsabilidad; no obstante nunca fue notificada de ninguna

actuación, por lo que su retiro carece de justificación alguna, respondiendo exclusivamente al capricho del nominador.

Adujo que su jefe inmediato no le generaba confianza desde el punto de vista profesional, que fue víctima de presión y mal trato por parte de su superior y que fueron precisamente esas diferencias las que originaron su retiro del servicio.

Manifiesta que su hijo y nieto dependen económicamente de su trabajo y con ocasión de su retiro no ha podido atender sus necesidades.

Aduce que se quebrantan disposiciones del régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación porque siendo el empleo desempeñado por la actora un empleo perteneciente a la carrera, no ha sido provisto conforme a la ley por capricho del nominador, además el mismo no estaba sujeto a la facultad discrecional del nominador.

Insiste en que debieron consignarse en la hoja de vida los motivos que tuvo el nominador para retirarla del servicio, en aplicación del Decreto 2400 de 1968 y como ello no sucedió, el acto administrativo de insubsistencia es nulo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación- Fiscalía General de la Nación, se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en las razones que se resumen así (fls. 227 a 235):

Manifiesta que, la actora se encontraba nombrada en provisionalidad en el cargo de Técnico Judicial II de la Unidad Nacional de Fiscalías para la extinción del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos, situación que se mantuvo hasta la declaratoria de su insubsistencia, toda vez que no participó ni superó concurso de méritos que le otorgara el derecho a la estabilidad laboral, por tanto, acogiendo el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, no es posible invocar derechos de carrera si no se han superado las etapas de un proceso de selección con base en el mérito.

Así las cosas, considera que al no encontrarse la actora amparada por fuero de estabilidad, su situación era la de un empleado de libre nombramiento y remoción, sujeto a la facultad discrecional del nominador.

Argumenta que la Constitución Nacional le confiere al Fiscal General de la Nación la facultad para nombrar, remover y definir las situaciones administrativas de los funcionarios y empleados de sus dependencias, razón por la cual, los actos administrativos mediante los cuales se declara insubsistente un nombramiento se presumen expedidos en aras de mejorar el servicio lo que hace innecesaria su motivación.

Sostiene que el acto mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, no encubre una finalidad desviada del buen servicio, ni contiene una falsa motivación, vicios que le corresponde demostrar a la parte actora.

En lo atinente a la idoneidad profesional de la actora, destaca que la misma no le otorga inamovilidad, ni desvirtúa la presunción de legalidad del acto de insubsistencia, además, la antigüedad en el servicio público y la ausencia de sanciones disciplinarias, no enerva la facultad discrecional de la autoridad nominadora para disponer la declaratoria de insubsistencia.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", mediante sentencia de 12 de noviembre de 2009, accedió a las pretensiones de la demanda con las siguientes consideraciones (fls. 318 a 342):

Destacó en primer lugar, la existencia del régimen de personal autónomo de la Fiscalía General de la Nación, contenido en el Decreto 261 de 2000, según el cual, el cargo de Técnico Judicial II, desempeñado por la actora, es de carrera, y por lo tanto, su provisión debía efectuarse mediante concurso de méritos, al tenor de lo dispuesto en los artículos 108 a 112. Así mismo, estableció que al tenor del artículo 117 de dicho estatuto, en caso de vacancia definitiva del empleo y hasta tanto se desarrolle el respectivo proceso de selección, resultaba procedente el nombramiento provisional, hasta por el término de 180 días.

Sostuvo que la demandante ingresó a la Fiscalía General de la Nación mediante nombramiento provisional, por lo tanto, era procedente el retiro del servicio mediante declaratoria de insubsistencia, al tenor de lo previsto en el artículo 100

del Decreto 261 de 2000. Consideró que el retiro de los empleados provisionales viene regulado por el artículo 7 del Decreto 1572 de 1998, por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998, y el Decreto 1567 de 1998, normas que no imponen la motivación del acto de insubsistencia, por tratarse del ejercicio de la facultad discrecional del nominador.

Con fundamento en la Sentencia Unificada de 13 de marzo de 2003, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, dentro del expediente 4972-01, manifestó que al empleado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, siendo procedente su retiro sin motivación alguna, amén de lo anterior, la permanencia del servidor público en el cargo, más allá del término previsto en la ley, no genera ningún derecho de inamovilidad, ni tampoco impone al nominador la obligación de motivar el acto de insubsistencia, pues tal circunstancia carece de la virtualidad para modificar la condición que legalmente tenía la demandante, cual es la de estar nombrada en provisionalidad, sin ninguna clase de estabilidad relativa.

Consideró que no se presentó infracción al artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, por ausencia de anotación en la hoja de vida de las causas del retiro, toda vez que tal disposición hace referencia a los empleados de libre nombramiento y remoción, condición que no ostenta la actora, además tal exigencia constituye un trámite posterior que no tiene la virtualidad de afectar la validez y legalidad del acto administrativo.

Así las cosas, en cuanto a la “Ausencia de Motivación”, concluyó que de acuerdo al estatuto de carrera de la Fiscalía, tal situación no constituye un vicio que genere nulidad en el acto de insubsistencia.

En cuanto a la Desviación de Poder, afirmó que dicha causal de nulidad se encuentra debidamente acreditada dentro del proceso, a través de la prueba testimonial y documental practicada, mediante las cuales se logró establecer que la declaratoria de insubsistencia de la actora se originó en las diferencias laborales con su jefe inmediato dada la inexperiencia del mismo, quien reflejaba su falta de pericia en una evidente animadversión hacia la demandante; verdad procesal que advirtió dada la cercanía y coincidencia en circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos relatados y el retiro de la demandante. Además de ello, porque la

entidad demandada no realizó esfuerzo probatorio alguno para demostrar que la decisión de retiro de la actora perseguía mejorar la prestación del servicio.

Sostuvo que la hoja de vida de la actora constituye prueba suficiente para acreditar que con su retiro se desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional, pues los méritos personales, derivados de su experiencia en la entidad, y el cumplimiento de las responsabilidades encomendadas, sin la existencia de antecedentes disciplinarios y penales, garantizaban la prestación del adecuado servicio público.

Concluyó que la declaratoria de insubsistencia de la actora no persiguió razones del buen servicio público porque la experiencia, idoneidad y conocimientos específicos de la demandante, respaldados en su hoja de vida y en las declaraciones testimoniales, hacían presumir que estaba plenamente capacitada para prestar un buen servicio; por ende, le correspondía a la administración demostrar las razones por las cuales prescindió de dicha servidora lo cual no ocurrió.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con los siguientes argumentos (fl. 385 a 392):

Manifiesta que el Tribunal incurrió en error al efectuar la valoración de la prueba indiciaria, porque no realizó el análisis en torno a la relación de causalidad entre los hechos indicativos de la supuesta desviación de poder y el acto mismo de la insubsistencia; y en segundo lugar, porque le dio a un hecho indicador, la naturaleza de hecho indicado.

Sostiene que el poder nominador en la Fiscalía, de acuerdo con el artículo 251 numeral 2 de la Constitución Política le corresponde al Fiscal, por consiguiente, los vicios de nulidad endilgados al acto debieron involucrar en forma directa o indirecta, la conducta de quien expidió el acto.

En cuanto al buen desempeño de la actora, afirma que esta circunstancia por sí misma no enerva la facultad discrecional del nominador en tratándose de

funcionarios que se encuentran en situación de libre nombramiento y remoción, tesis que ha sido acogida por el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia.

Aduce que la ausencia de un análisis racional del nexo de causalidad entre una relación laboral tirante entre la actora y su jefe inmediato y el acto mismo de insubsistencia en que incurre el fallo apelado, tiene su explicación lógica en la ausencia misma de un elemento probatorio que vinculara o involucrara directa o indirectamente una actuación propia del Fiscal General de la Nación, de tal manera que vislumbrara inexorablemente la existencia de finalidades oscuras o desviadas en la expedición del acto impugnado.

Sostiene que la actora no era una funcionaria de carrera, razón por la que no tenía fuero de inamovilidad y podía ser desvinculada en ejercicio de la facultad discrecional del Fiscal, como autoridad nominadora de la Fiscalía General de la Nación.

Manifiesta que no se acreditó el vicio de Desviación de Poder y que la prueba testimonial solo apunta a demostrar el buen desempeño de la actora pero no da cuenta de la existencia de un desmejoramiento en el servicio con ocasión del retiro.

Asegura que la persona que reemplazó a la demandante contaba con las calidades exigidas y con la experiencia laboral requerida, para garantizar el buen servicio.

En lo referente a la Falta de Motivación, advierte que tal exigencia no es un requisito que invalide la legalidad del acto, toda vez que quien desempeña en provisionalidad un empleo de carrera, no goza de las prerrogativas que confiere la inscripción en el sistema de administración de personal.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante en esta oportunidad reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fls. 397 a 405).

Adicional a los argumentos esbozados en la apelación, agregó que no era necesario motivar el acto administrativo de insubsistencia toda vez que fue expedido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 y que en el presente caso, la facultad de retirar del servicio a los empleados nombrados en provisionalidad, sin necesidad de motivación, se deriva de lo establecido en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.

En lo atinente al cargo de desviación de poder, motivado en la animadversión de su jefe inmediato y la jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la extinción del Derecho de Dominio, sostuvo que el material probatorio no permite acreditar dicha situación, y que el Tribunal incurrió en error al hacer la valoración de la prueba indiciaria.

Solicitó acoger el Salvamento de Voto de la Magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el sentido de considerar que no se demostró la existencia de un móvil oculto en la decisión de retiro, que desvirtuara la presunción de legalidad de que la decisión de insubsistencia estuvo inspirada en razones del buen servicio.

CONSIDERACIONES

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

1.- El problema jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, la Sala debe precisar, si a la demandante, por desempeñar en provisionalidad un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación, le cobijaba algún fuero de estabilidad, y si el acto en virtud del cual se declaró insubsistente su nombramiento requería motivación y fue expedido por razones de servicio público.

2.- Marco Jurídico

La Constitución Política de 1.991 en su artículo 125 dispone:

“Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso de los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”. (negrilla fuera de texto).

El régimen de carrera aplicable para los cargos de la Fiscalía General de la Nación, fue inicialmente el previsto en el Decreto 2699 del 30 de noviembre de 1991 “Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades conferidas por el literal a) del artículo 5º transitorio de la Constitución Política, normatividad que fue parcialmente derogada por el Decreto 261 de 2000 “por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”, el cual se encontraba vigente en la época de ocurrencia de los hechos.

El Decreto 261 de 2000, sobre la carrera de la Fiscalía, dispuso:

“ARTICULO 105. La Carrera de la Fiscalía tiene por objeto la profesionalización y eficiencia en la prestación del servicio, así como garantizar la igualdad de condiciones para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro de los funcionarios y empleados, con base en sus méritos”.

“ARTICULO 107. La Fiscalía General de la Nación tiene su propio régimen de carrera, el cual es administrado en forma autónoma, sujeta a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios.

Su administración corresponde a la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General, conformada por el Fiscal General o el Vicefiscal General quien la presidirá, el Secretario General, el Director Nacional Administrativo y Financiero, dos representantes de los servidores, elegidos por éstos según el procedimiento de elección que fije el Fiscal General de la Nación. El Jefe de la Oficina de Personal, actuará como Secretario de la Comisión con voz pero sin voto. La Comisión expedirá su propio reglamento”.

En cuanto a la clasificación de los empleos, señaló:

ARTICULO 106. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, los empleos de la Fiscalía se clasifican según su naturaleza y forma como deben ser provistos, en de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción:

1. Vicefiscal General de la Nación.
2. Secretario General.
3. Directores Nacionales.
4. Directores Seccionales.
5. Los empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General.
6. Los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia.
7. Los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos, a través del proceso de selección". (subrayado fuera de texto)

Bajo estos supuestos, el cargo de Técnico Judicial II ocupado por la demandante pertenecía a la carrera y debía proveerse mediante el sistema de méritos, no obstante al tenor del artículo 117 ibídem, en caso de vacancia definitiva y hasta tanto se efectúe la provisión definitiva mediante proceso de selección, “podrá efectuarse nombramiento provisional, el cual no podrá exceder el término de ciento ochenta (180) días, en cada caso a partir del momento de la convocatoria. Igualmente procede la provisionalidad en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo o la misma sea superior a un (1) mes.”

En cuanto al retiro del servicio, consagró:

“ARTICULO 100. Se producirá retiro definitivo del servicio en los siguientes casos:

1. Insubsistencia
2. Insubsistencia por inhabilidad directa o sobreviniente.
3. Renuncia aceptada.
4. Destitución del cargo.
5. Supresión del cargo en los términos de la ley.
6. Vacancia por abandono del cargo.
7. Revocatoria del nombramiento.
8. Declaratoria de nulidad del nombramiento.
9. Retiro con derecho a pensión de jubilación.
10. Invalidez absoluta declarada por autoridad competente.
11. Muerte.
12. Retiro forzoso motivado por edad.

PARAGRAFO. El nominador podrá delegar la facultad de expedir y suscribir los actos administrativos relacionados con los numerales 3, 6, 9, 10, 11 y 12 de este artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 18 del presente decreto.”

Con posterioridad, se expidió la Ley 938 de 30 de diciembre de 2004, por la cual se adopta el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, que reguló

entre otros aspectos, la estructura orgánica de la entidad, la asignación de funciones específicas a sus dependencias, la administración de personal y el régimen de carrera, norma posterior a la fecha de producción del acto de retiro de la demandante y que por lo tanto, no resulta aplicable para resolver la presente controversia.

De conformidad con el marco normativo vigente en la fecha de ocurrencia de los hechos, se establece que:

1.- Los empleos en la Fiscalía General de la Nación son de libre nombramiento y remoción, y de carrera en los términos del artículo 130 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y 106 del Decreto 261 de 2000, por lo tanto, el empleo de técnico Judicial II, desempeñado por la actora era de carrera.

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

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

3. El caso en estudio

3.1.- El acto administrativo acusado

El objeto de la presente litis se contrae a estudiar la legalidad de la Resolución No. 0-0701 de 02 de abril de 2003, mediante la cual el Fiscal General de la Nación, declaró insubsistente el nombramiento de la señora María Eugenia Briñez Niño, en el cargo de Técnico Judicial II de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Extinción del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos, de la Fiscalía General de la Nación (fl. 4).

3.2.- Hechos probados

- Mediante Resolución No. 0-0120 de 19 de marzo de 1993, proferida por el Fiscal General de la Nación, la señora María Eugenia Briñez Niño, fue nombrada en el cargo de Asistente Judicial I de las Fiscalías Regionales de Bogotá (fl.79).

- Posteriormente, a través de la Resolución No. 0-1064 de 16 de junio de 1994, proferida por el Fiscal General de la Nación, fue nombrada en provisionalidad, en el cargo de Técnico Judicial II de la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá (fl.73 a 75).

.- Mediante Resolución No. 070 A de 25 de febrero de 1997, fue asignada para desempeñar sus funciones en la Coordinación de Narcotráfico (fl. 75 Cuaderno Anexo Hoja de Vida).

.- Fue trasladada mediante Resolución No. 001113 de 16 de junio de 1997, a la Unidad Especializada para la Extinción del Derecho de dominio, adscrita a la Dirección Nacional de Fiscalías, en el mismo cargo que venía desempeñando.

.- El Fiscal General de la Nación, mediante Resolución No. 0-0701 de 02 de abril de 2003, declaró insubsistente el nombramiento de la demandante como Técnico Judicial II, de la Unidad para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos (fl. 58, cuaderno No. 1).

3.3.- Análisis de la Sala

Para la definición del asunto planteado, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico:

.- La vinculación de la actora: Inexistencia de fuero de estabilidad

.- La facultad discrecional de insubsistencia del nominador: Ausencia de motivación

.- La Desviación de Poder: Falta de prueba de un fin distinto al buen servicio

.- La vinculación de la actora: Inexistencia de fuero de estabilidad

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, la actora ingresó al servicio mediante nombramiento en provisionalidad, en el cargo de Asistente Judicial I de las Fiscalías Regionales de Bogotá, efectuado mediante la Resolución

No. 0-0120 de 19 de marzo de 1993, proferida por el Fiscal General de la Nación (fl. 79).

Posteriormente, fue nombrada en el cargo de Técnico Judicial II, mediante Resolución 0-1064 de 16 de junio de 1994, cargo que desempeñó en provisionalidad hasta la fecha del retiro del servicio (fl. 151 y 152).

No obra en el expediente ningún medio de prueba que permita establecer que la actora se presentó a un proceso de selección de personal para acceder al empleo que desempeñaba, ni tampoco que se encontraba inscrita en el escalafón de carrera judicial, por el contrario, la hoja de vida institucional expedida por el Jefe de Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación, registra los nombramientos realizados a la actora en dicha entidad, ambos con carácter provisional (fl. 151).

El empleo de Técnico Judicial II, ocupado por la actora en la fecha de su declaratoria de insubsistencia se clasificaba, en virtud del artículo 130 de la Ley 270 de 1996 y artículo 106 del Decreto 261 de 2000, como un cargo de carrera, al cual la actora accedió mediante nombramiento en provisionalidad, mecanismo por el cual accede una persona a un cargo de carrera sin haber participado en el proceso de selección de personal previsto en la ley; circunstancia por la cual, el nominador podía ejercer válidamente la facultad discrecional al momento del retiro del servicio.

Ahora bien, la circunstancia de que la entidad demandada no haya implementado el procedimiento de selección para el acceso al cargo de carrera desempeñado por la demandante, no modifica la naturaleza eminentemente transitoria de su nombramiento provisional, pues aunque se trata de una omisión que debe ser rectificadas, no alcanza a conferirle, por ese solo hecho, una significación más allá de la que la ley concibió.

En efecto, el hecho de desempeñar la demandante un cargo de carrera en el momento de declararse insubsistente su nombramiento, al cual accedió en forma ordinaria y no mediante el sistema especial de méritos, no le otorgaba fuero alguno de estabilidad que le impidiera a la administración ejercer su facultad discrecional de remoción, pues la manera en que se nomina en provisionalidad, sin más observancia que el cumplimiento de los requisitos que la Ley exige para el

desempeño de las funciones, permite el ejercicio de la discrecionalidad; de suerte que si en el nombramiento, la discrecionalidad fue el elemento imperante, esta misma circunstancia debe regir para la remoción de quien bajo esta clase de nombramiento, ejerce el empleo.

.- La facultad discrecional de insubsistencia del nominador: Ausencia de motivación

Una vez establecido que el nombramiento de la actora era de carácter provisional y que no gozaba de fuero de estabilidad, es claro para la Sala que, el nombramiento de la señora María Eugenia Briñez Niño, podía declararse insubsistente por el nominador, al tenor de lo dispuesto en el artículo 251 numeral 2 de la Constitución Política y artículo 100 del Decreto 261 de 2000, toda vez que no fue vinculada por el sistema selectivo de personal, y por tal razón no gozaba del fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera. En consecuencia, resultaba procedente el retiro de la demandante, por declaratoria de insubsistencia, sin necesidad de motivación.

Al respecto, esta Sección¹ ha precisado lo siguiente:

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

El señor (...), ocupaba el cargo de Profesional Universitario I, cargo que en virtud de la Ley 270 de 1996 y 938 de 2004 se clasifica como de carrera, al que, sin embargo, según lo probado en el expediente, el demandante no accedió mediante el sistema de méritos, razón por la cual se puede afirmar, que no le asistía el fuero de estabilidad propio de quienes ingresan al servicio por este medio, de tal manera que el nominador podía ejercer válidamente la facultad discrecional.

La incorporación del demandante en su condición de servidor del Cuerpo Técnico de Policía Judicial a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación², se produjo respecto de un cargo de libre nombramiento y remoción frente al cual no procedía homologación al régimen de carrera administrativa.

¹ Sentencia de 12 de abril de 2012, No. de Referencia: 500012331000200510278 01 No. Interno: 1674-2009. C.P: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE.

² Mediante Resolución No. 001 de 30 de junio de 1992, el demandante fue incorporado en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Villavicencio, en el cargo de Tesorero Pagador, grado 9 (fl. 42 a 43, cuaderno No.1).

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

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

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

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

Acogiendo la tesis jurisprudencial vigente, es claro que, para gozar de los privilegios o prerrogativas propias e inherentes de la carrera, el servidor público debe acceder al empleo mediante un concurso o proceso de selección y obtener los resultados mínimos exigidos para tal efecto en las normas legales, en caso contrario, la autoridad nominadora, respecto a nombramientos provisionales, puede ejercer la facultad discrecional en aras de mejorar el servicio.

El precedente anterior es aplicable en este caso, toda vez que el retiro del servicio de la actora se produjo bajo el amparo del artículo 100 del Decreto 261 de 2000, de acuerdo con el cual el retiro del servicio procedía mediante declaratoria de insubsistencia, sin que fuera necesaria motivación alguna; empero, la Sala no pasa por alto que a partir del 18 de abril de 2007 y en virtud de la sentencia C-279 de la Corte Constitucional por la cual se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, “Estatuto Orgánico de la Fiscalía”, los retiros del servicio por declaratoria de insubsistencia de los nombramientos provisionales, deberán ser motivados por razones del servicio específicas, con el fin de salvaguardar el debido proceso de quienes sean objeto de la referida medida.

Por lo tanto, en el caso concreto, el hecho de que el acto acusado, **Resolución No. 0-0701 de 02 de abril de 2003** se haya expedido con anterioridad a la sentencia C-279 de 18 de abril de 2007 de la Corte Constitucional, implica que para ese momento no resultaba necesaria la motivación de la declaratoria de

insubsistencia, toda vez que, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente, los mismos se presumían expedidos en aras de mejorar el servicio, y en tales condiciones, el nominador no tenía el deber de motivar el acto de retiro.

Así las cosas, con anterioridad a la Sentencia C-279 de 18 de abril de 2007 de la Corte Constitucional, el acto administrativo mediante el cual se disponía el retiro del servicio de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, nombrados en provisionalidad, no requería motivación alguna, y en tal sentido, en el presente caso, no era requisito motivar la decisión de retiro de la demandante, por lo que el cargo de "Falta de Motivación del acto impugnado" no está llamado a prosperar.

.- La Desviación de Poder: Falta de prueba de un fin distinto al buen servicio

Observa la Sala que, en el presente caso, el material probatorio allegado no es suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto de retiro de la demandante

En este sentido, cuando se impugna un acto de naturaleza discrecional, alegando que en su expedición no mediaron razones de mejorar el servicio, es indispensable para desvirtuar la aludida presunción, aducir y allegar la prueba que así lo demuestre. Así, se deben concretar y probar los motivos distintos a la buena marcha de la administración que determinan la expedición del acto de insubsistencia; de lo contrario, se llegaría al extremo de juzgar con base en meras apreciaciones subjetivas, lo cual no es posible, toda vez que por disposición legal, toda decisión judicial debe estar fundada en la prueba regular y oportunamente allegada al proceso.

La apreciación de los medios de prueba exige que el juzgador pueda lograr un nivel de convicción sobre la desviación de poder, de manera que el juicio de probabilidad que construya permita arribar a conclusiones razonables. Estas, desde luego, requieren que dicho juicio de probabilidad se funde en elementos fácticos de los cuales se pueda inferir que la administración se desvió de los propósitos que planteó la ley, cuando confirió a la autoridad el ejercicio de la facultad discrecional.

Al respecto, la prueba testimonial que milita en el expediente, da cuenta del buen desempeño y calidades de la actora, que permitían considerarla como una

empleada ejemplar en el ejercicio de sus funciones, así lo destaca la testigo Ana Feney Ospina Peña, quien al ser interrogada sobre el desempeño laboral de la demandante, sostuvo:

“CONTESTO. Cuando yo llegue a la unidad de extinción de dominio fue en abril de 1998, trabaja con nosotros dos (2) o tres (3) técnicos judiciales que venían trabajando con anterioridad y que sobre quienes todo el mundo decía sobre su buen desempeño, entre ellas estaba María Eugenia Briñez y Loreley Oviedo y Dorita. Todos los fiscales que estábamos nuevos en esa unidad, además de buscar apoyo en los fiscales que estaban en la Unidad, buscábamos apoyo en ella por su desempeño, colaboración y conocimiento en el tema que se estaba manejando, después fui designada como Coordinadora del Grupo de Extinción de Dominio, creo que fue a partir de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999) hasta mayo de dos mil dos (2002), pero ya como Coordinadora conocía más el trabajo de los fiscales como la de los técnicos judiciales, y pues a pesar de que ellas dependerían del fiscal y trabajaban directamente con el Fiscal, pues uno podía determinar como el trabajo del técnico, por esa misma función de Coordinadora Técnica y María Eugenia siempre se distinguía por su desempeño como Técnico. Desde mi óptica como Coordinadora siempre la vi dedicada a su despacho, yo nunca la vía (sic) en “corrillos” o fuera de su despacho haciendo otra cosa. Cuando en ocasiones había que conocer detalles acerca de los procesos y el Fiscal no estaba, quien informaba era ella, además por los conocimientos que ella tenía en sistemas pues en muchas ocasiones sirvió como instructora para muchos compañeros en esta área, además era la persona que colaboraba en actualizar las bases de datos que sobre bienes dentro de los procesos de extinción se habían afectado, y que necesitábamos actualizar, ella era la persona que los actualizaba. En cuanto a su desempeño personal pues, no conocí muy poco de su vida personal, es una persona que durante el tiempo que la conocí en el tiempo durante la Unidad, salía a sus clases”.

En el mismo sentido, la testigo Dora Aydee Gómez Pérez, empleada de la Fiscalía, al ser interrogada sobre el desempeño laboral de la actora, sostuvo:

“CONTESTO: Laboralmente era una persona muy responsable, eficiente, con mucho compromiso con la entidad, es decir no le importaba trabajar horas extras e inclusive dejar de almorzar y muy dedicada a su trabajo.”

Por su parte, el testigo Julio Ospino Gutiérrez, sobre el desempeño laboral de la demandante, afirmó:

*“2. En cuanto al desempeño laboral, tengo entendido que se trata de una persona competente para el cargo que desempeñaba en la Fiscalía (técnico judicial).
3. Como Coordinador de la Unidad de Extinción de Dominio, aprovechando que María Eugenia tenía conocimientos de sistemas por encima de sus demás compañeros, recuerdo haberle encargado que liderara lo relativo a la captura y adecuación para el SIJUF, de los procesos de extinción de dominio y otras actividades relacionadas con los sistemas.*

4. Es cierto que María Eugenia por sus conocimientos de computadores, colaboraba en el mantenimiento de los equipos, y se aprovechó esa situación para que diera inducción a sus compañeros.

5. Recuerdo que colaboraba en la base de datos que se implementó en la Unidad; pero que ella fuera su creadora, no puedo asegurarlo.”

Los testigos son coincidentes en cuanto al buen desempeño laboral de la actora, lo cual responde al cumplimiento del deber de todo servidor público durante el desempeño de su empleo, y que por lo tanto no resulta suficiente para conferir fuero de inamovilidad, más aún, cuando por la clase de nombramiento, (en provisionalidad), la demandante no gozaba de los derechos que confiere la carrera judicial.

Por otra parte, el estudio de la Hoja de vida de la demandante María Eugenia Briñez Niño, permite establecer que poseía los requisitos para desempeñar el cargo de Técnico Judicial II, que además de ello, contaba con una experiencia laboral de diez (10) años en la entidad, ostentaba el título de abogada de la Universidad Autónoma de Colombia, participó en varios seminarios y cursos en áreas relacionadas con su labor, lo que desde luego, garantizaba el buen desempeño en sus funciones, comportamiento esperada de todo servidor público, pero que sin embargo, no le otorgaban fuero de estabilidad. No aparece acreditada en la hoja de vida de la demandante, la existencia de méritos superiores, felicitaciones, distinciones, menciones, logros o reconocimientos que la calificaran como una empleada excepcional; tampoco se aprecia la existencia de comisiones al exterior, ni la evaluación de su desempeño, como se desprende de los documentos visibles a folios 265 y 267, por lo tanto, no se pone en evidencia la excelencia en el servicio prestado por la demandante, que condujera a desvirtuar la finalidad perseguida por la administración con la expedición del acto de insubsistencia.

Esta Sección³, sobre las condiciones excepcionales del empleado, ha sostenido lo siguiente:

³ Sentencia de 24 de julio de 2008, Radicación número: 50001-23-31-000-1998-07066-01(7066-05), C.P.: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE.

“El Consejo de Estado ha sostenido en reiterados pronunciamientos⁴ que el buen desempeño de un empleo es lo que cabe esperar del funcionario y, por lo tanto, ello no genera fuero de estabilidad, amén de que toda una vida profesional correcta puede resultar cuestionada por una irregularidad posterior.⁵

La circunstancia aducida por la apelante no enerva la facultad discrecional del nominador ya que la condición de ser buen funcionario es o debe ser una característica propia de todo empleado público, de manera que la eficiencia y eficacia del servidor comporta un deber para el ejercicio del cargo y no, en principio, un fuero o condición excepcional del servidor.

En consecuencia, sólo las condiciones excepcionales de un empleado, su vasta experiencia, su excelente hoja de vida y, en general, la existencia de elementos ajenos a la simple prestación eficiente del servicio, pueden generarle estabilidad en el empleo.

En el presente asunto no ocurre lo dicho, la demandante demostró la aptitud para ejercer el cargo acreditando haber culminado sus estudios de pregrado en derecho en la Universidad Católica de Colombia, de posgrado en la Universidad Libre, Extensión Villavicencio, y circunstancias adicionales dentro de su trayectoria laboral, tales como haber ejercido la profesión ante el Tribunal Administrativo del Meta durante un lapso superior a 5 años, no tener antecedentes disciplinarios, haberse desempeñado como Asesora Jurídica del INURBE, Regional Meta, y como Profesional Especializado en el IDEMA, lo cual indica que estaba capacitada para desempeñar el cargo (Fls. 308, 311 a 314, 316 y 317, cuaderno No. 3), pero este hecho por sí solo no implica fuero de estabilidad o inamovilidad alguno” (subrayado fuera de texto).

Así las cosas, dicha prueba documental sólo permite establecer la trayectoria laboral de la actora dentro de la entidad, su capacidad e idoneidad para desempeñar el empleo, y el desempeño eficiente del servicio público, sin acreditar condiciones excepcionales de la demandante, y sin que resulte suficiente y contundente para desvirtuar las razones del servicio, ni la existencia de móviles ocultos por parte del nominador.

Como se indicó, el buen desempeño en el servicio no enerva la facultad discrecional con que cuenta el nominador ni genera fuero de estabilidad⁵ al

⁴ Consejo de Estado, sentencia de 31 de julio de 1997, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicado No. 16128, Actor: Manuel Salamanca, en la que se dijo: “(...) en lo que respecta al buen desempeño del actor, durante el tiempo que laboró para la entidad, ha de decir la Sala que tal circunstancia no genera para los empleados que puedan ser retirados del servicio por discrecionalidad del nominador, fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad que le ha sido asignada por Ley, como en el caso sub-examine, la que se presume ejercida en aras del buen servicio.” (Destacado por fuera de texto).

⁵ Así lo expresó este Despacho en sentencia de 25 de mayo de 2006, Expediente No.250002325000199907467- 01, No. Interno: 6352-2005, Autoridades Nacionales, Actor: Efrén Moncayo Silva.

⁵ “..en lo que respecta al buen desempeño del actor, durante el tiempo que laboró para la entidad, ha de decir la Sala que tal circunstancia no genera para los empleados que puedan ser retirados del servicio por discrecionalidad del nominador, fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad que le ha sido asignada por Ley, como en el caso sub-examine, la que se presume ejercida en aras del buen servicio.”. Sentencia de la Sala

empleado, dado que tal comportamiento es el que cabe esperar de todo servidor público, adicional al hecho de que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de carácter provisional no implica sanción alguna ni inconformidad con su desempeño y que, en situaciones como la presente, dada la naturaleza especial de las funciones que cumplía la actora en la entidad demandada, esto es, *“la colaboración y apoyo al Fiscal en todas las actividades necesarias para el desarrollo de la gestión judicial”*, tiene mayor incidencia la confianza y la valoración personal.

Para la Sala, la hoja de vida de la funcionaria, tampoco es prueba suficiente para concluir que con el retiro de la demandante se produjo una “desmejora del servicio”, porque tal hecho debió ser acreditado por la parte interesada, sin que milita en el plenario prueba alguna que permita establecer la afectación o desmejora del servicio con ocasión del acto demandado, por ende, la orfandad probatoria de la afectación del servicio, impide asegurar que el acto demandado se inspiró en razones diversas del servicio público. Tampoco obra prueba de que el empleado nombrado en reemplazo de la actora no garantizaba el buen servicio a cargo de la entidad, en tal sentido la parte interesada no desplegó ninguna actividad probatoria tendiente a acreditar el desmejoramiento del servicio.

Entonces, aunque las pruebas testimoniales son coincidentes en afirmar de manera genérica que la demandante era una buena empleada, cumplidora de sus deberes, la Sala ha sostenido 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 y en el presente caso, no existe ningún medio de prueba tendiente a acreditar que con el retiro de la demandante se haya producido una desmejora en el servicio judicial.

Ahora bien, sostiene el Tribunal que aparece plenamente probado que entre la actora y su jefe inmediato no existía una buena relación laboral debido a la inexperiencia de este último, quien reflejaba su falta de pericia en una evidente animadversión hacia la demandante. Al respecto, la Sala, luego de analizar el material probatorio, no encuentra demostrado tal comportamiento del jefe

inmediato hacia la demandante, y mucho menos, un nexo causal entre el mismo y el acto de retiro.

En punto a los motivos que originaron la insubsistencia de la demandante, los testigos afirmaron, de manera coincidente que no tenían conocimiento directo de las razones del mismo; y acerca de la existencia de inconvenientes o diferencias entre la demandante y su jefe inmediato, afirmaron, de manera general, que en la entidad se comentaba la existencia de diferencias entre ellos, pero no hacen un relato de la forma en que tales tensiones o diferencias se manifestaron, y si las mismas tuvieron la trascendencia para afectar la buena marcha del servicio público encomendado. Solo uno de los testigos, el señor, Julio Ospino Gutiérrez, afirmó tener conocimiento sobre una controversia entre la señora Maria Eugenia y el Dr. Ramos, recordando que la demandante solicitó traslado a otro despacho, sin que el mismo se hubiera realizado por razones del servicio.

La prueba testimonial no tiene la contundencia que le permita a la Sala arribar a la conclusión de que el retiro de la demandante fue motivado en una animadversión del jefe inmediato, pues mayoritariamente el dicho de los testigos es de oídas, y por otra parte, el único testigo que tuvo conocimiento directo de la controversia entre la actora y su jefe inmediato, no describió las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la referida controversia, y si con ocasión de la misma se produjo el retiro de la demandante; es más, en su declaración, el testigo afirmó que la declaratoria de insubsistencia obedeció a la facultad discrecional del Fiscal y que no conoció otro móvil.

Ahora bien, la restante prueba documental aportada al plenario, tampoco resulta suficiente para demostrar la existencia de la desviación de poder. En sentir de la Sala, la solicitud de informes realizados por el jefe inmediato a los empleados adscritos a sus dependencias, constituye una manifestación legítima del ejercicio del control que debe ejercer el superior sobre el cumplimiento de las funciones de sus colaboradores, para asegurar el buen servicio, control que debe transcurrir dentro de los precisos límites del respeto y cordialidad propios de las relaciones laborales en el sector público.

Así, la prueba visible a folios 162 y 163 del expediente, que corresponde a la solicitud elevada el 07 de marzo de 2003 por el Fiscal 13 de la Unidad para la Extensión del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos, a la

demandante en calidad de Técnico Judicial II, no es demostrativa de un comportamiento irrespetuoso o abusivo en contra de la demandante, ni tampoco le permite a la Sala inferir la existencia de inconvenientes o tensiones entre ellos; dicho documento se concreta a la solicitud de un informe sobre el estado a la fecha de los trámites a cargo de la actora, porque a la fecha no había obtenido los proyectos y respuestas esperados, lo cual constituye un acto propio del ejercicio del control jerárquico que le compete ejercer al superior. En la misma fecha, el Fiscal 13 solicitó a la demandante presentar los dibujos de ejecución actualizados y la estadística del mes de febrero de 2003 (fl. 159).

Como respuesta a tal solicitud, la demandante, el 10 de marzo de 2003 (fl. 164 a 167), presentó a su jefe inmediato un informe sobre los expedientes a su cargo, en el que da cuenta de las actuaciones realizadas y presenta las explicaciones sobre las no realizadas. En esa misma fecha, la actora presentó al Coordinador Técnico, señor Julio Ospino Gutiérrez, una solicitud de cambio de despacho aduciendo inconvenientes personales presentados con su jefe inmediato los días 5 y 6 de marzo de 2003 (fls. 160 y 161).

Posteriormente, la actora radicó solicitudes de traslado a los Coordinadores de la Unidad de Antinarcóticos, el 17 de marzo, y Unidad de Terrorismo, el 18 de marzo de 2003, por considerar que había culminado una etapa más en su vida y desarrollo profesional, y era su deseo conocer el manejo de otros delitos (fls. 169 y 170). Solicitudes que reiteró el 27 de marzo de 2003 ante la Secretaria General de la Fiscalía, invocando en dicha oportunidad, la existencia de un inconveniente con la Jefe de Unidad por un llamado de atención, sostuvo entonces:

“Lo anterior, por cuanto durante los 10 años que llevo prestando mis servicios a la Institución, hasta ahora se presentó un inconveniente con la Jefe de Unidad, quien no me conoce ni a mí, ni mi trabajo y no me explicó la razón de su llamado de atención. Solo que estoy trabajando con el Fiscal de sus afectos al que me asignaron, y el señor Fiscal nunca manifestó inconformidad con mi trabajo durante los dos meses que llevó (sic) trabajando con él (..)”.

Si bien, los documentos aportados denotan la existencia de un llamado de atención por parte de la Jefe de Unidad, como lo pone en conocimiento la propia demandante, no constituyen prueba sobre la existencia de una “animadversión por parte de su jefe inmediato”, ni tampoco prueba la existencia de conductas de irrespeto o de acoso que hubieran determinado, manera alguna, el retiro del servicio; es más, la misma actora manifiesta, el 27 de marzo de 2003, a escasos

días de su retiro, que su jefe inmediato nunca manifestó inconformidad con su trabajo durante los dos meses que llevaba trabajando con él, dejando sin fundamento lo manifestado acerca de la existencia de animadversión en su contra. Adicional a lo anterior, es de resaltar que ni el Fiscal 13, ni la Jefe de Unidad, tenían competencia para disponer el retiro del servicio de la actora, correspondiéndole tal atribución al Fiscal General de la Nación, al tenor del artículo 251 de la C. N, de quien no se predicó ni acreditó, la existencia de desviación de poder.

Así las cosas, no resulta suficientemente demostrada la animadversión del jefe inmediato (Fiscal 13) hacia la actora, y mucho menos, la existencia de una relación causal entre tal situación y el acto de retiro de la demandante, toda vez que el Fiscal 13 no tenía la facultad discrecional de remoción respecto del cargo desempeñado por la actora. En este sentido, estima la Sala⁶ que la parte demandante debió acreditar los motivos ajenos a la buena marcha de la administración que determinaron la expedición del acto para desvirtuar la presunción de legalidad, aportando los medios probatorios que dieran cuenta de la existencia de la desviación de poder, sin embargo, en el presente caso no atendió la carga probatoria que le correspondía, al tenor del artículo 177 del C.P.C, y por ende, no logró probar los supuestos fácticos en que se fundamentó el cargo de desviación de poder.

En este orden de ideas, la Sala no encuentra acertada la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto accedió a las pretensiones de la demanda, al estimar que la actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto impugnado, Resolución No. 0-0701 de 02 de abril de 2003, razón por la cual el fallo apelado amerita ser revocado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

⁶ En el mismo sentido se pronunció la Sala recientemente en sentencia del 15 de septiembre de 2011 Rad. 73001-23-31-000-2005-00811-01 (0485-2009) C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

REVÓCÁSE la sentencia de 12 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección " A", mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda dentro del proceso iniciado por la señora María Eugenia Briñez Niño contra la Nación, Fiscalía General de la Nación. En su lugar,

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

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

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ