

CONCURSO DE MERITOS PARA INGRESO A LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION DE 1994 – Otorga derecho de carrera. No da lugar a proveer el cargo en provisionalidad. Antecedente jurisprudencial

Teniendo en cuenta que se surtió un trámite propio de un concurso para proveer entre otros, los cargos de Fiscal Local, el Fiscal General de la Nación, no podía válidamente realizar nombramientos para proveer éstos empleos de manera provisional, así obrara de por medio en la convocatoria de 1994 la “nota” que se incluyó, en el sentido de que la participación y superación de las etapas de manera satisfactoria, no otorgaban al participante derechos de carrera, pues según el artículo 5º del Decreto 2699 de 1991, las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación deben estar conforme a la Constitución, a las Leyes y a las demás normas que integran el ordenamiento jurídico. Quiere decir que la provisión de los empleos de carrera, como el desempeñado por la actora (Fiscal Local de la Dirección Seccional de Fiscalías) es reglada y por lo tanto para proveerlo se deben superar previamente todas las etapas del concurso y sólo en ausencia del mismo es procedente la designación en provisionalidad. En este orden de ideas y acorde con lo probado puede concluirse por la Sala que si bien la demandante en ningún momento fue nombrada en período de prueba, sino, provisionalmente, sí concursó en la “Convocatoria 1994” para aspirantes a cargos de las Unidades Locales de Fiscalía de la Fiscalía General de la Nación, aprobando el examen realizado para tales efectos el 12 de marzo de 1994 con un puntaje de 18.36, que en la entrevista fue calificada con 18.00 puntos y que su hoja de vida calificada con 25.00 (Fol. 64), para un total de 61.36 puntos, por lo que logró ubicarse dentro del listado definitivo de aprobados en el concurso.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – articulo 5 / decreto 2699 de 1991 – articulo 65 / decreto 2699 de 1991 – ARTICULO 66

NOTA DE RELATORIA: Sobre los derechos de carrera en la Fiscalía General de la Nación, derivados de la convocatoria realizada en el año 1994, Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia de 25 de febrero de 2010, Rad. 1148-08, M.P., Bertha Lucía Ramírez de Páez.

FISCAL LOCAL ANTE JUEZ PENAL MUNICIPAL – Pérdida de los derechos de carrera por aceptación del cargo en provisionalidad / INSUBSISTENCIA DE FISCAL DELEGADO ANTE JUEZ DE CIRCUITO ESPECIALIZADO – Facultad discrecional. Pérdida de derechos de carrera. Aceptación de cargo en provisionalidad

Al aceptarse voluntariamente y en provisionalidad, en diferentes épocas distintos cargos en la Fiscalía General de la Nación, el último de ellos de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, la actora perdió sus derechos de carrera que podían predicarse única y exclusivamente del cargo para el cual concurso, esto es, Fiscal Local, y, por ello no puede aspirar a los beneficios de estabilidad laboral derivados de la carrera judicial para otros cargos distintos al de Fiscal Local, no sólo en cuanto a requisitos y funciones sino también en denominación y escala salarial. Lo hasta aquí expuesto permite a la Sala concluir en primer término, que el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos que la demandante desempeñaba y cuyo nombramiento fue declarado insubsistente a través del acto demandado, era de carrera judicial y para desempeñarse en él no probó, la actora, que previamente hubiera participado en el concurso de méritos, por lo tanto podía ser desvinculada

del mismo bajo el ejercicio de la facultad discrecional de la cual se encuentra provisto el nominador.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, treinta y uno (31) de mayo de dos mil doce (2012).

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-08632-01(2364-10)

Actor: CARMEN ROSA MENDOZA NIEVES

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 29 de octubre de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “A”, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por Carmen Rosa Mendoza Nieves contra la Nación, Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación.

ANTECEDENTES

La demanda. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., la señora Carmen Rosa Mendoza Nieves solicita, por conducto de apoderado, la nulidad de la Resolución No. 0-3095 del 2 de julio de 2004, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos.

A título de restablecimiento del derecho solicita la parte actora, el reintegro al mismo cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría. Que se declare

que no ha existido solución de continuidad y que se condene a la entidad a reconocerle y pagarle todos los salarios, prestaciones sociales, y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en la que se produjo el retiro del servicio hasta cuando se disponga el reintegro definitivo al cargo, con los incrementos salariales y actualizados de conformidad con el C.C.A.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes hechos:

A partir del 16 de junio de 1994 mediante Resolución No. 1072, la doctora Carmen Rosa Mendoza Nieves fue vinculada a la Fiscalía General de la Nación en el cargo de Fiscal Local de la Dirección Seccional de Bogotá y con posterioridad mediante Resolución No. 0-0718 del 1º de abril de 1997 fue designada como Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito.

Añade la demandante que los cargos en los cuales se desempeñó son cargos de carrera y no de libre nombramiento y remoción y que a pesar de que superó todas las etapas del concurso su nombramiento se efectuó en provisionalidad.

Refiere que la Fiscal General de la Nación mediante Resolución No. 0-3095 del 02 de julio de 2004 declaró insubsistente el nombramiento efectuado a la demandante como Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos, y que esta decisión le fue notificada el 6 de julio de 2004.

Normas violadas y concepto de violación. Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 53 y 125.

Del Decreto 2699 de 1991 los artículos 65, 66, 68, 69, 70, 71, 72 y 73.

A Ley 116 de 1994.

De la Ley 270 de 1996 el artículo 130.

Al explicar el concepto de violación se expresan entre otras razones, las que a continuación resume la Sala:

- **Violación de la Constitución Nacional como causal de nulidad.** Se refiere en primer lugar que el trabajo en uno de los valores fundamentales del Estado Social de Derecho y por ende goza de una especial protección y que al declararse la insubsistencia de la demandante se incurrió en un despropósito de violentar el principio vertebral de la igualdad.

Se sustenta también este cargo en el desconocimiento del postulado de la estabilidad en el empleo que consagra el artículo 53 constitucional.

- **Violación de la ley.** Afirma la actora que los cargos en los que fue designada no son de libre nombramiento y remoción sino de carrera administrativa y que en este orden de ideas habiendo superado las etapas propias del concurso, su nombramiento debió efectuarse de la lista de elegibles y otorgarle los derechos de carrera.

- **Falta de motivación.** Señala la actora que el acto que declara insubsistente su nombramiento debió motivarse y que como ello no ocurrió se configura además de la falta de motivación, la desviación de poder. Adicionalmente afirma que a pesar de haberse dado su nombramiento en provisionalidad, estaba amparada por los beneficios que otorga el status de carrera puesto que ingresó a la Fiscalía previa superación de la totalidad de las etapas del concurso.

Contestación a la demanda. En escrito anexo a los folios 93 a 102 del expediente la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda con los siguientes argumentos:

Respecto a los hechos afirma que se atiene a lo que resulte probado en el proceso y guarde relación con las pretensiones de la demanda a las cuales se opone. Como razones de defensa aduce que la actora en el cargo de Fiscal Local en la Dirección Seccional de Bogotá fue nombrada de manera provisional y que también de forma provisional se produjo su designación como Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de la Unidad para la Extinción del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos.

Para el apoderado de la entidad el desempeño en provisionalidad de los cargos, indicaban que se trataba de un cargo de libre nombramiento y remoción y por lo tanto su retiro del servicio procedía válidamente declarándose insubsistente el nombramiento a través de acto que no requiere motivación.

Agrega que la resolución acusada se fundamentó única y exclusivamente en ejercicio de la facultad discrecional contemplada en el numeral 2º del artículo 17 del Decreto Ley 2699 de 1991 modificado por el Decreto Ley 261 de 2000, en concordancia con el artículo 139 de la Resolución 01280 de junio 6 de 1995 que confiere al Fiscal General de la Nación la competencia expresa para desvincular discrecionalmente a los empleados de libre nombramiento y remoción y la finalidad que guió al nominador al expedirlo no fue ajena o contraria al servicio público.

Como excepción propone la genérica que resulte probada.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “A” mediante sentencia de 29 de octubre de 2009, accedió a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (Fol. 496 a 514):

Precisó en primer término que acorde con las disposiciones constitucionales y normativas aplicables al personal de la Fiscalía, la provisión de cargos en esta entidad tiene doble naturaleza, esto es, de carrera y de libre nombramiento y remoción.

Para el caso, encontró demostrado el nombramiento provisional en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, que conforme al numeral 7º del artículo 106 del Decreto 261 de 2000, es de carrera, a la señora Carmen Rosa Mendoza Nieves.

En punto a los derechos que la actora reclama como empleada de carrera administrativa, el tribunal concluyó que si bien existió una convocatoria para la selección de personal en provisionalidad, en el instructivo correspondiente se dispuso textualmente que “el proceso de selección que se adelantará para la provisión de estos cargos responde a un propósito de vincular a través de la evaluación de los méritos en igualdad de oportunidades, pero debe advertirse que no es parte integral de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación. Por tal razón la entidad no adquiere compromiso legal con quienes resulten aprobados en este concurso”.

Al desatar el cargo de falta de motivación, señaló el juez de primera instancia que la designación provisional de un servidor en un cargo de carrera, no le otorga fuero de estabilidad por lo que la administración en uso de la facultad discrecional puede proceder, en aras del buen servicio, a dar por terminada la vinculación.

En cuanto al cargo de desviación de poder precisó el tribunal que si bien el mismo fue propuesto dentro del concepto de violación, no aparece desarrollado ni argumentativa ni tácticamente, razón por la cual, no es posible que se proceda a su estudio y en consecuencia concluye que no tiene vocación de prosperidad.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora apeló la sentencia desfavorable a sus pretensiones solicitando en escrito anexo a los folios 524 a 526, que la misma sea revocada y en su lugar se anule el acto demandado que la desvinculó del servicio en cuanto desconoció garantías constitucionales y legales que le eran inherentes en su condición de empleada escalafonada.

Textualmente afirma:

“(...) el acto que declaró insubsistente a la aquí apelante violó la Constitución al no seguirse el debido proceso, cuando el acto administrativo por el cual se determinó su insubsistencia, no fue motivado, no obedeció a una reforma de la planta de personal de la Fiscalía, ni muchos menos, se debió porque el cargo que desempeñaba fuera suprimido. (...) Concluyendo que el cargo desempeñado por el (sic) demandante era de carrera administrativa pero su nombramiento fue hecho en provisionalidad.

Se admite así entonces que mi prohijada se encontraba desempeñando un cargo de carrera en provisionalidad y que su duración superó los 180 días, pues como se dijo al comienzo de éste (sic), trabajó en esta condición por más de diez (10) años.

Probado está entonces que la entidad demandada transgredió la Constitución y las normas que cobijan la carrera administrativa, máxime cuando en la sentencia apelada se afirma: “la sala observa que la entidad demandada llevó a cabo un proceso de selección para proveer los cargos de las Unidades Locales de Fiscalía en el cual la demandante superó todas las etapas del mismo siendo nombrada en provisionalidad”, sin embargo nótese que también se desempeñó como Fiscal Delegada, cargo que como bien lo afirma la sala, es un cargo de carrera.

Demostrado está entonces que la declaratoria de insubsistencia obedeció a una decisión de la facultad discrecional de la entidad nominadora, acto que viola flagrantemente principios constitucionales, del debido proceso, y estabilidad laboral, y desviación de poder. (...).

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La entidad demandada. Al descorrer el traslado la Fiscalía General de la Nación, mediante escrito anexo a folios 544 a 551 reitera en su totalidad los planteamientos esbozados en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión presentados ante el juez de primera instancia.

Argumenta que al momento del retiro la actora no ostentaba la calidad de servidora de carrera como tampoco era servidora de período, ni estaba amparada por algún fuero que le diera estabilidad relativa en el cargo, por consiguiente, su situación era la de una servidora de libre nombramiento y remoción, pudiendo ser retirada del cargo mediante acto que no requería motivación. Agrega que el acto demandado fue expedido con fundamento en el artículo 251 de la Constitución Política.

Considera que en el proceso quedó demostrado que las razones por las cuales la parte actora fue retirada del servicio, obedecieron a las estrictas necesidades de la prestación adecuada del servicio. Finalmente termina su planteamiento concluyendo que:

“ (...) dentro del proceso no se encuentran probadas las causales de nulidad invocadas, así como tampoco se encuentran desatendidos los principios que inspiran nuestro Estado de Derecho, ni se han violentado los derechos del demandante, tampoco los principios de la función pública, ni el debido proceso, previstos en la Constitución Política. La parte actora no demostró estar inscrita en carrera, ni gozar de relativa estabilidad, sino que estaba sujeta a la potestad discrecional cuyo ejercicio se presume en mejoramiento del servicio, presunción de legalidad ésta que corresponde destruir a quien la alega, y que aquí no se logró demostrar (...)”.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico. Se trata de determinar en el presente asunto, si:

- i) A la demandante, nombrada en provisional para desempeñar un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación, la cobijaba algún fuero de estabilidad derivado de la participación en la convocatoria 1994 “Para Aspirantes a Cargos de las Unidades Locales de la Fiscalía General de la Nación”, a pesar de que en el instructivo correspondiente a esta convocatoria, se señaló expresamente que el proceso de selección no es parte integral de la Carrera de la Fiscalía General de la

Nación y por tanto la entidad no adquiere compromiso legal con quienes resulten aprobados en el concurso.

ii) En caso negativo, si el acto en virtud del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora requería motivación y si fue expedido por razones del buen servicio.

El acto administrativo acusado. El objeto de la presente litis se contrae a estudiar la legalidad de la Resolución No. 0-3095 de 02 de julio de 2004, mediante la cual el Fiscal General de la Nación, declaró insubsistente el nombramiento de la señora Carmen Rosa Mendoza Nieves en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializados de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos (Fol. 3).

Hechos probados. De la vinculación laboral del actora.

De acuerdo con los motivos de inconformidad que manifiesta la parte recurrente, y a los cuales se limita el marco de competencia en esta instancia, en punto a la vinculación laboral del demandante, resultan relevantes al problema planteado los siguientes hechos:

1.- Mediante Resolución No. 0-1072 del 16 de junio de 1994 el Fiscal General de la Nación nombró en provisionalidad a la señora Carmen Rosa Mendoza Nieves como Fiscal Local en la Dirección Seccional de Bogotá (Fol. 4 a 6). Para este cargo se posesionó la actora el 13 de julio de 1994 (Fol. 7).

2.- Mediante Resolución No. 0-0718 del 1º de abril de 1997 el Fiscal General de la Nación decide nombrar en provisional en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Santafé de Bogotá, entre otras, a Carmen Rosa Mendoza Nieves (Fol. 10).

Para este cargo la actora se posesionó el 7 de abril de 1997 (Fol. 13).

3.- Mediante Resolución No. 0-0948 del 14 de mayo de 2003 el Fiscal General de la Nación nombra en provisional en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializados de la Unidad Nacional para la Extinción del

Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos a Carmen Rosa Mendoza Nieves (Fol. 27).

Para este cargo la actora se posesionó el 5 de junio de 2003 (Fol. 29).

De la naturaleza del nombramiento. La actora solicita a la oficina de personal de la Fiscalía General de la Nación mediante escrito radicado el 5 de agosto de 2004, se le informe si para el año de 1994 se realizó concurso para proveer los cargos de las fiscalías locales, las etapas del concurso, la finalidad por la cual se convocó, el puntaje que como participante obtuvo en el mismo, y si como consecuencia de haber superado dichas etapas fue que se le nombró como Fiscal Local según Resolución No. 1072 de 16 de junio de 1994 (Fol. 52).

Como respuesta a la anterior petición el Jefe de la Oficina de Personal le informa a la señora Mendoza Nieves el 18 de agosto de 2004 lo siguiente (Fol. 53 a 55):

“(…) a) si en el año 1994 se realizó concurso para proveer los cargos de las fiscalías locales creadas en ese año.

R. Consultados los archivos que reposan en esta dependencia, se pudo verificar que en 1994, la Fiscalía General de la Nación llevó a cabo un proceso de selección para proveer los cargos de las Unidades Locales de Fiscalía.

En relación con el proceso antes mencionado, cabe precisar que no se trató de un concurso de méritos reglamentado por el organismo competente, del cual pueda derivarse el derecho para ingresar a los cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación. (…)

b) Las etapas que se agotaron en el mencionado concurso.

R. Para mayor claridad respecto de las etapas agotadas en el proceso de selección realizado en 1994, se anexa en ocho (8) folios copia del instructivo expedido por la Administración para aspirantes a cargos de las Unidades Locales de Fiscalía, el cual fue suministrado a los interesados al momento de inscribirse. (…)

c) La finalidad por la cual se convocó tal concurso.

R. Dentro de las condiciones dadas a conocer a los participantes en el proceso de selección que nos ocupa, según lo señalado en la nota del numeral 4.4. del instructivo antes señalado, se les expresó claramente: “El proceso de selección que se adelantó para la provisión de estos cargos responde a un propósito de vincular a través de la evaluación de los méritos en igualdad de oportunidades pero debe advertirse que no es parte integral de la carrera de la Fiscalía General de la Nación. Por tal razón la entidad no adquiere compromiso legal con quienes resulten aprobados en este concurso. (…).

d) el puntaje que la suscrita obtuvo en el mismo.

R. En el archivo magnético de esta Oficina, se encontró que usted participó en el proceso de selección de 1994 para el cargo de Fiscal Local, obteniendo los siguientes puntajes:

Examen de conocimientos:	25,00
Mecanografía:	18,36
Entrevista:	<u>18,00</u>
TOTAL	61,36"

e) Si como consecuencia de haber superado las etapas del concurso fue que se me nombró como fiscal local a través de la Resolución No. 1072 del 16 de junio de 1994.

R. El Fiscal General de la Nación, en ejercicio de la función que le asigna el artículo 251 de la Constitución Política, expidió la Resolución 0-1072 del 16 de junio de 1994, por la cual se le nombró en provisionalidad como Fiscal Local de la Dirección Seccional de Bogotá (...).

A folios 56 a 63 se anexa el denominado "Instructivo para aspirantes a cargos de las Unidades Locales de Fiscalía de la Fiscalía General de la Nación. Convocatoria 1994". En este documento y luego de relacionarse los cargos vacantes, los requisitos mínimos exigidos para cada uno, los porcentajes asignados a cada unas de las pruebas y las etapas del concurso, se consigna lo siguiente:

"(...) NOTA. El proceso de selección que se adelantará para la provisión de estos cargos responde a un propósito de vincular a través de la evaluación de los méritos en igualdad de oportunidades, pero debe advertirse que no es parte integral de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación. Por tal razón la entidad no adquiere compromiso legal con quienes resulten aprobados en este concurso. (...)". Fol. 60.

Al folio 64 se encuentra anexo el listado definitivo de aprobados en el concurso. Es así como según el puntaje que en orden descendente se consigna, aparece en el puesto número 131 la hoy actora señora Carmen Rosa Mendoza Nieves.

En documento anexo al folio 121 del expediente, se relacionan los cargos desempeñados por la actora y el tipo de nombramiento así:

Clase de novedad	Tipo de novedad	Número y Fecha	Cargo
Nombramiento	Provisional	Res. 1072 del 16 de julio de 1994	Fiscal Local
	Encargo	2171 de septiembre 19 de 1995	Fiscal Delegado Jueces de Circuito Dirección Administrativa y Financiera
	Encargo	2924 del 26 de diciembre de 1995	Fiscal Delegado Jueces de Circuito Dirección Administrativa y

			Financiera
	Encargo	360 de febrero 19 de 1996	Fiscal Delegado Jueces de Circuito Dirección Administrativa y Financiera
	Encargo	1997 de junio 24 de 1996	Fiscal Delegado Jueces de Circuito Dirección Administrativa y Financiera
	Encargo	3279 de octubre 3 de 1996	Fiscal Delegado Jueces de Circuito Dirección Administrativa y Financiera
Nombramiento	Provisional	718 de abril 1 de 1997	Fiscal Delegado Jueces de Circuito
	Encargo	20915 junio 15 de 2000	Fiscal Tribunal de Distrito Dirección Administrativa y Financiera
	Encargo	21411 septiembre 19 de 2000	Fiscal Tribunal de Distrito Dirección Administrativa y Financiera
	Encargo	20056 enero 9 de 2001	Fiscal Tribunal de Distrito Dirección Administrativa y Financiera
	Encargo	21781 noviembre 13 de 2001	Fiscal Tribunal de Distrito Dirección Administrativa y Financiera
	Encargo	20033 enero 8 de 2002	Fiscal Tribunal de Distrito Dirección Administrativa y Financiera
	Traslado	20485 marzo 3 de 2003	Fiscal Delegado Jueces de Circuito
Nombramiento	Provisional	948 mayo 14 de 2003	Fiscal Delegado Jueces de Circuito Especializado

Marco normativo y jurisprudencial. Del régimen jurídico aplicable:

1.- 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).

2.- El régimen de carrera aplicable para los cargos de la Fiscalía General de la Nación, al momento en que se vinculó a la actora, era 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.

El numeral 4º del artículo 20 del Decreto citado, le otorga al Fiscal General de la Nación la facultad de nombrar, remover y definir las situaciones administrativas de los funcionarios y empleados de su dependencia en el ámbito de su competencia, de acuerdo con las delegaciones y de conformidad con la ley.

Es decir, que esta facultad nominadora la debía ejercer el Fiscal acorde con los artículos que a continuación se transcriben por la Sala:

Artículo 65 de dicho Estatuto Orgánico en el cual se dispuso:

“La Carrera de la Fiscalía tiene por objeto garantizar la Igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman.

Los funcionarios y empleados que conforman los Juzgados de Instrucción Criminal, de la Justicia Ordinaria, Penal Aduanera, Fiscalías de los Juzgados Superiores, Penales del Circuito, Superiores de Aduanas y de Orden Público, de las direcciones seccionales y generales de Instrucción Criminal, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial que pasen a la Fiscalía General de la Nación, serán incorporados en las mismas condiciones en que se encuentren vinculados a sus actuales cargas mientras el Consejo de la Judicatura realiza la respectiva homologación al régimen de Carrera de la Fiscalía.

Los Juzgados de Instrucción Penal Aduanera se incorporarán a la Fiscalía General de la Nación a más tardar el 1o. de Mayo de 1992”¹.

¹ Incisos 2o. y 3o. declarados EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-714-02 de 3 de septiembre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

De igual manera en el artículo 66 del citado Decreto 2699 de 1991 se estableció:

“Los empleados de la Fiscalía se clasifican, según su naturaleza y forma como deben ser provistos; en libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción, las personas que desempeñan los empleos de:

1. Vice-Fiscal General de la Nación.
2. Secretario General.
3. Jefes de Oficina de la Fiscalía General.
4. Directores Nacionales y Jefes de División de la Fiscalía General.
5. Director de Escuela.
6. Directores Regionales y Seccionales.
7. Los empleados del despacho del Fiscal General, del Vice-Fiscal y de la Secretaría General.

Los Directores Regionales y Seccionales ingresarán por concurso y sólo podrán ser removidos, previa autorización del Consejo Nacional de Policía Judicial.

Los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos.”.

De acuerdo a la anterior y concretamente a lo dispuesto en el artículo 66 del Decreto Ley 2699 de 30 de noviembre de 1991, modificado por el artículo 1 de la Ley 116 de 1994, y los artículos 105 y 106 del Decreto 261 de 2000, el artículo 130² de la Ley 270 de 1996 y el artículo 106 del Decreto Ley 261 de 2000, el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra Lavado de Activos que la actora desempeñaba al momento de su retiro del servicio, es de carrera administrativa. De igual forma también es de carrera administrativa el cargo de Fiscal Local que desempeñó la señora Carmen Rosa desde el 13 de julio de 1994.

- Artículo declarado EXEQUIBLE, por el cargo estudiado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370-00 de 29 de marzo de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

² ARTÍCULO 130. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.
(...)

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios y Directores Administrativos de esas Corporaciones; los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales, Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.

Son de Carrera los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; **de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores;** de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.”.

Acorde con estas normas es evidente que la provisión de los cargos de carrera se hace previo agotamiento del concurso y sólo cuando no es posible llevar a cabo este concurso, es posible un nombramiento provisional.

Jurisprudencia del Consejo de Estado frente a los derechos de carrera derivados de la participación en la Convocatoria 1994 para proveer los cargos de Fiscal Local de la Unidad de Fiscalía de Bogotá. Sobre el particular, debe decirse que la Sección Segunda de esta Corporación al estudiar la situación particular de los participantes de la convocatoria de la Fiscalía General de la Nación de 1994 sostuvo que, de acuerdo con los supuestos normativos previstos en el Decreto 2699 de 1991 la vinculación de los servidores a la Fiscalía General de la Nación resultaba reglada, lo que suponía, en principio, que los nombramientos de sus empleados y funcionarios sólo procedía previa superación de las etapas del concurso de méritos.

Bajo estos supuestos, concluyó que el Fiscal General de la Nación no estaba facultado para realizar los nombramientos de los empleos de carrera en provisionalidad, en la medida en que el mismo Decreto 2699 de 1991 lo obligaba a actuar conforme a la Constitución Política y la ley, esto es para el caso concreto, mediante un procedimiento reglado como lo fue la convocatoria de 1994.

Así se lee en los considerandos de la Sentencia de 23 de septiembre de 1999, Rad. 602-99. M.P. Javier Díaz Bueno:

“(…) El Decreto 2699 del 30 de noviembre de 1991, regula el régimen de carrera, y ordena que la provisión de los empleos de carrera se hace previo agotamiento del concurso y sólo cuando no es posible hacerlo, es factible efectuar el nombramiento provisional.

Para un mejor entendimiento del problema jurídico, a continuación se transcriben los artículos 65, 68, 69, 70 y 71 del Decreto 2699 de 1991, que en su orden disponen:

“ART. 65.- La carrera de la fiscalía tiene por objeto garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman.

Los funcionarios y empleados que conforman los juzgados de instrucción criminal, de la justicia ordinaria, penal aduanera, fiscalías de los juzgados superiores, penales del circuito, superiores de aduanas y de orden público, de las direcciones seccionales y generales de instrucción criminal, el cuerpo técnico de policía judicial que pasen a la

Fiscalía General de la Nación, serán incorporados en las mismas condiciones en que se encuentren vinculados a sus actuales cargos, mientras el Consejo de la Judicatura realiza la respectiva homologación al régimen de carrera de la fiscalía.

Los juzgados de Instrucción penal Aduanera se incorporarán a la Fiscalía General de la Nación a más tardar el 1° de mayo de 1992.

ART. 68.- El proceso de selección comprende la convocatoria, el concurso y el período de prueba, cuando este último fuere necesario. Todo concurso será abierto y, en consecuencia, podrán participar quienes pertenecen a la carrera o personas ajenas a ella.

ART. 69.- La convocatoria es norma obligatoria y reguladora de todo concurso, y se divulgará conforme lo establezca el reglamento que expida la comisión nacional de administración de personal.

ART. 70.- La convocatoria se hará en forma periódica a fin de garantizar recursos humanos disponibles para la provisión de las eventuales vacantes en cualquiera especialidad y nivel dentro de la Fiscalía General de la Nación o ante la proximidad del vencimiento de los períodos, si éstos existieren.

ART. 71.- El proceso de selección evaluará integralmente las capacidades y aptitudes del aspirante mediante la calificación objetiva y ponderada de los conocimientos, títulos y estudios académicos, experiencia profesional y habilidades para el cargo; de conformidad con el reglamento que expida la comisión nacional de administración de personal.

La provisión de los cargos se hará de una lista conformada por los cinco primeros candidatos calificados que hayan aprobado el concurso”

Las anteriores disposiciones permiten a la Sala concluir que el nominador, en esta oportunidad el Fiscal General de la Nación para realizar los nombramientos de los empleos de carrera, en principio, carece de la facultad para hacer la designación en provisionalidad, así obre de por medio la “nota” que se consignó en la convocatoria, en el sentido de que quien concursara no ingresaría a la carrera, pues según el artículo 5° del Decreto 2699 de 1991 “La Fiscalía General de la Nación actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico”.

En otros términos, la provisión de los empleos de carrera en la Fiscalía General de la Nación es reglada, debe adelantarse previa superación de las etapas del concurso y sólo en ausencia del mismo, es procedente la designación en provisionalidad. (...).”.

Así las cosas, en ese momento concluyó esta Sección que aún cuando la convocatoria de 1994 precisó que la participación en la misma no le confería a sus aspirantes los derechos propios del sistema de la carrera administrativa, el carácter reglado de la vinculación de los empleados y funcionarios a la Fiscalía

General de la Nación impedía que la autoridad nominadora designara en provisionalidad los cargos ofertados en la referida convocatoria.

No obstante lo anterior, la Sala Plena de esta Corporación al conocer del recurso extraordinario de súplica formulado en contra de la providencia en cita, y parcialmente transcrita, varió la tesis jurisprudencial que venía aplicando esta Sección al considerar que el proceso de selección llevado a cabo por la Fiscalía General de la Nación en 1994, no constituía un verdadero concurso de méritos, en cuanto no cumplió con las exigencias y etapas previstas en el Decreto 2699 de 1991, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, vigente para el momento en que se realizó dicho proceso.

En la parte considerativa de la sentencia de 2 de septiembre de 2003. Rad. S-531 M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola se dijo:

“(…) Confrontada la situación reseñada con las normas antes transcritas y cuya debida aplicación se cuestiona en este recurso, la Sala observa que dichas normas no se adecuan íntegramente a tal situación. Es así como las etapas previstas en el artículo 68 no corresponden a las del concurso realizado, toda vez que faltó la del período de prueba, pues en lugar del nombramiento en período de prueba se hizo en provisionalidad, pues no existía reglamentación, de manera que ello no dependía de la voluntad del nominador. Por ese motivo, el nombramiento en provisionalidad no corresponde al que resulta de un concurso de mérito en los términos de la regulación específica de la carrera respectiva. Al respecto, el ad quem dedujo de esa circunstancia una consecuencia distinta de la que le corresponde a la luz de esa norma, toda vez que en lugar de concluir que la ausencia de la etapa en comento apuntaba a la no aplicación de la norma, pues no aparecía estructurado un verdadero concurso, dedujo que “aun cuando la Entidad demandada realizó el nombramiento en provisionalidad, lo cierto es que lo amparaban (refiriéndose al actor) las prerrogativas que otorga el status de carrera”.

Tampoco se adecua la aplicación de los artículos 69 y 71 a la realidad procesal, por cuanto no hubo la convocatoria de conformidad con “el reglamento que expida la Comisión Nacional de Administración de Personal”, según lo prevé el primer artículo para la convocatoria y el segundo para el proceso de selección, pues dicho reglamento aún no existía, de allí que la convocatoria no era la prevista en el artículo 69 en cita, el cual, por su falta de reglamentación, no era aplicable a pesar de que había sido expedida la correspondiente ley, luego no era formalmente posible que se adelantara el concurso de mérito establecido por las citadas normas y las del mismo decreto que le eran concordantes.

Ello explica que la convocatoria en donde participó el accionante hubiera tenido el carácter de provisional y que, en consecuencia, los

nombramientos que se hicieran con base en ella lo fueran también en esa misma situación, procedimiento que a su vez encuentra justificación en la urgente necesidad del servicio nacida de la puesta en funcionamiento casi inmediata a su creación de una institución nueva y que por lo mismo requería de dotación e instrumentación también inmediata.”.

En efecto, consideró la Sala Plena de esta Corporación que el Presidente de la República mediante el Decreto 2699 de 1991 expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación en cuyo artículo 68 estableció las etapas que debía comprender una convocatoria a concurso público de méritos, entre ellas el período de prueba, la cual fue omitida en la convocatoria de 1994 lo que desnaturalizó el principio del mérito como garante del ejercicio de la función pública, en el caso de la Fiscalía General de la Nación.

Así mismo, se concluyó en esa oportunidad, que tampoco era posible implementar el sistema de la carrera administrativa en la Fiscalía General de la Nación toda vez que, su Comisión Nacional de Administración de Personal no había expedido el respectivo reglamento que permitiera adelantar la inscripción de empleados y funcionarios en carrera.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia T-170 de 7 de marzo de 2006, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, dejó sin efectos la sentencia de Sala Plena Contenciosa, al considerar que:

“(…) independientemente de los efectos que el Fiscal General haya resuelto darle a la convocatoria pública realizada por la entidad y atendida por el actor a principios de 1994, lo cierto es que para proceder a desvincular al actor del cargo que ocupaba era necesario proferir un acto motivado. Lo anterior porque -como como se desprende de los apartes preliminares de esta sentencia y de la síntesis de jurisprudencia en ella efectuada- las actuaciones del Fiscal General relativas al retiro del servicio comprometen, en si mismas, los derechos fundamentales del servidor a la igualdad en el desempeño de cargos y funciones públicas, al trabajo y al debido proceso –artículos 13, 40, 53 y 29 C.P.- por lo que deben ser motivadas. (...)”.

La Sala, advierte en relación con esta providencia de la Corte Constitucional que su ratio decidendi está referida únicamente a la necesidad de motivar los actos administrativos mediante los cuales se declara insubsistente un nombramiento provisional, como garantía de los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo y debido proceso, entre otros, de quien se vea afectado por este tipo de medidas, sin que se hubiera analizado la validez de la convocatoria de la Fiscalía General de la Nación, llevada acabo en 1994.

Esta Sección en reciente pronunciamiento, al estudiar la legalidad **del acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad** de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación, que había participado en la convocatoria del 1994, reconsideró nuevamente la tesis definida por la Sala Plena en sentencia de 23 de septiembre de 1999 dentro del proceso radicado al No. 602-99 señalando que, no resultaba aceptable la argumentación de la Fiscalía General de la Nación en cuanto afirmaba que la referida convocatoria no generaba derechos de carrera toda vez que, dicha entidad no podía actuar por fuera de los parámetros establecidos en el artículo 65 del su estatuto orgánico, Decreto 2699 de 1991, esto es, de acuerdo con los objetivos y fines del sistema especial de la carrera en la Fiscalía General de la Nación. Textualmente concluyó la Sala:

“(…) Al ser desvirtuada la legalidad del acto que implicó el retiro del demandante, la Sala procederá a revocar la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que denegó las súplicas y en su lugar acogerá favorablemente las súplicas de la demanda.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho se condenará a la Fiscalía General de la Nación a reintegrar al demandante, en **período de prueba**, al cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Buga o a otro de igual o superior categoría. No se ordena el reintegro en “propiedad” en consideración a que no ha sido calificado, como lo ordena el artículo 72 del Decreto 2699 de 1991. (...)”¹

En este mismo sentido y con el fin de unificar el criterio sobre el tema, la Sala Plena de esta Sección en sentencia de 25 de febrero de 2010 proferida dentro del proceso con número interno 1148-2008, con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez manifestó que, el Fiscal General de la Nación no contaba con la facultad para proveer empleos de carrera mediante nombramientos provisionales toda vez que, la convocatoria de 1994, como desarrollo del principio del mérito en el acceso a la función pública, era el instrumento constitucional y legal idóneo para proveer los cargos que en ese momento se encontraban vacantes en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación.

Consecuente con el marco que se acaba de exponer y como quedó claramente establecido que el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito

¹ Consejo de Estado – Sección Segunda “Subsección A”. M. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia de 12 de febrero de 2009. No. Interno. 2313 - 1998.

Especializados de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos que la actora desempeñaba en la Fiscalía General de la Nación para el momento en que fue declarado insubsistente su nombramiento a través del acto demandado, era de carrera administrativa, pasará la Sala a estudiar los derechos que a la actora le asisten como participante en la Convocatoria de 1994 para proveer, entre otros, el cargo de Fiscal Local para el que inicialmente fue nombrada de manera provisional (Fol. 4 a 7 y 58).

Análisis de los cargos. Violación de la ley por desconocimiento de los derechos de carrera. Tal y como quedó demostrado la actora se inscribió y participó, en el año de 1994, en la convocatoria pública realizada por la Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, para proveer determinados cargos en las Unidades Locales de Fiscalía de la Fiscalía General de la Nación.

Como participante en la convocatoria de 1994, la actora según la certificación obrante a folios 53 a 55 del presente cuaderno, acreditó su participación en todas las etapas obteniendo un puntaje final equivalente a 61,36.

De igual manera está demostrado que a través de la Resolución No. 0-1072 del 16 de junio de 1994 el Fiscal General de la Nación decide nombrar en provisionalidad a la señora Carmen Rosa Mendoza Nieves como Fiscal Local en la Dirección Seccional de Bogotá. Este nombramiento según se infiere del texto del acto que lo contiene y de la respuesta dada por el Jefe de la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación, lo efectuó el Fiscal General de la Nación, en ejercicio de la función que le asigna el artículo 251 de la Constitución Política.

No obstante la anterior afirmación, es evidente que la hoy demandante ingresa a la Fiscalía General de la Nación como Fiscal Local, en virtud de su participación y de la superación satisfactoria de las etapas de selección establecidas en la convocatoria realizada en el año de 1994, pues su nombre aparece en el listado definitivo de aprobados elaborado por la Dirección Seccional de Bogotá (Fol. 64).

Como se indicó en el acápite de marco normativo, los cargos de la Fiscalía General de la Nación son de libre nombramiento y remoción y de carrera. Cuando se trata de cargos de carrera, el proceso de selección y provisión comprende la convocatoria, el concurso y el período de prueba, cuando este fuere necesario y

conforme los artículos 68 y 69 del mismo ordenamiento jurídico, la convocatoria es norma obligatoria y reguladora de todo concurso.

Ahora bien, según el artículo 71 ibídem, el proceso de selección evaluará íntegramente las capacidades de la aspirante mediante la calificación objetiva y ponderada de sus conocimientos, títulos y estudios académicos, experiencia profesional y habilidades para el cargo y la provisión de los cargos se hará de una lista conformada por los cinco primeros candidatos calificados que hayan aprobado el concurso.

Lo anterior significa que la persona escogida por el sistema de concurso, ingresa a la carrera en período de prueba de tres (3) meses, dentro de los cuales se calificarán mensualmente sus servicios para evaluar su eficiencia, adaptación y condiciones para el desempeño del cargo; superado este período y obtenida calificación satisfactoria la aspirante deberá ser nombrada en propiedad y escalafonada dentro de la carrera, como lo prevé el artículo 72 del Decreto 2699 de 1991.

De conformidad con la anterior preceptiva y teniendo en cuenta que se surtió un trámite propio de un concurso para proveer entre otros, los cargos de Fiscal Local, el Fiscal General de la Nación, no podía válidamente realizar nombramientos para proveer éstos empleos de manera provisional, así obrara de por medio en la convocatoria de 1994 la “nota” que se incluyó, en el sentido de que la participación y superación de las etapas de manera satisfactoria, no otorgaban al participante derechos de carrera, pues según el artículo 5º del Decreto 2699 de 1991, las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación deben estar conforme a la Constitución, a las Leyes y a las demás normas que integran el ordenamiento jurídico.

Quiere decir que la provisión de los empleos de carrera, como el desempeñado por la actora (Fiscal Local de la Dirección Seccional de Fiscalías) es reglada y por lo tanto para proveerlo se deben superar previamente todas las etapas del concurso y sólo en ausencia del mismo es procedente la designación en provisionalidad.

En este orden de ideas y acorde con lo probado puede concluirse por la Sala que si bien la demandante en ningún momento fue nombrada en período de prueba,

sino, provisionalmente³, sí concursó en la “Convocatoria 1994” para aspirantes a cargos de las Unidades Locales de Fiscalía de la Fiscalía General de la Nación, aprobando el examen realizado para tales efectos el 12 de marzo de 1994 con un puntaje de 18.36, que en la entrevista fue calificada con 18.00 puntos y que su hoja de vida calificada con 25.00 (Fol. 64), para un total de 61.36 puntos, por lo que logró ubicarse dentro del listado definitivo de aprobados en el concurso.

Teniendo claro que el cargo en el que fue nombrada la actora es de aquellos que deben ser provistos por el mérito, e ingresó a él previo agotamiento del concurso, se concluye que le eran inherentes derechos de carrera, pero, cabe aquí preguntarse si estos derechos aún los tenía la actora para el momento en que fue retirada del servicio, dado que, con posterioridad a su nombramiento como Fiscal Local ante los Jueces Penales Municipales para el cual concursó en los términos de la convocatoria de 1994, fue designada y desempeñó otros cargos, con nombramientos por encargo y provisional, entre ellos, el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Especializados – Unidad de Lavado de Activos-, que desempeñaba al momento de su retiro.

Así las cosas, al aceptarse voluntariamente y en provisionalidad, en diferentes épocas distintos cargos en la Fiscalía General de la Nación, el último de ellos de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, la actora perdió sus derechos de carrera que podían predicarse única y exclusivamente del cargo para el cual concursó, esto es, Fiscal Local, y, por ello no puede aspirar a los beneficios de estabilidad laboral derivados de la carrera judicial para otros cargos distintos al de Fiscal Local, no sólo en cuanto a requisitos y funciones sino también en denominación y escala salarial.

Lo hasta aquí expuesto permite a la Sala concluir en primer término, que el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos que la demandante desempeñaba y cuyo nombramiento fue declarado insubsistente a través del acto demandado, era de carrera judicial y para desempeñarse en él no probó, la actora, que previamente hubiera participado en el concurso de méritos, por lo tanto podía ser desvinculada del mismo bajo el ejercicio de la facultad discrecional de la cual se encuentra provisto el nominador; y en segundo término que, la actora Carmen Rosa Méndez Nieves, perdió los

³ Mediante Resolución No. 0-1072 del 16 de junio de 1994 “Por la cual se hacen unos nombramientos en provisionalidad”

derechos de carrera que obtuvo como participante en la convocatoria de 1994, al haber desempeñado diferentes cargos en la fiscalía entre el período para el cual fue nombrada como consecuencia de su inclusión en el listado definitivo de aprobados en el concurso de 1994, y el momento en que fue retirada del servicio, en julio de 2004 (Fol. 2 y 121 a 122).

No demostrando entonces la señora Carmen Rosa Méndez Nieves derechos de carrera para el momento en que fue retirada del servicio, procedía la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializados de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos, tal y como lo decidió el Fiscal General de la Nación en el acto demandado.

El cargo de violación de la ley y desconocimiento de derechos de carrera no prospera.

Falta de motivación. Insiste el recurrente en la obligación del nominador de motivar el acto de retiro del servicio en aras de garantizar el debido proceso, y que como ello no ocurrió en la situación particular de la actora, ni el retiro obedeció a una reforma a la planta de personal, o a la supresión del cargo, el acto demandado debe anularse.

Sobre la necesidad de motivar los actos que dispongan el retiro de un servidor vinculado de manera provisional, esta Sección, se ha apartado del criterio que ha expuesto la Corte Constitucional en diferentes fallos. Al respecto, en providencia de 25 de febrero de 2007, Subsección B, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 3090-2005, se expresó:

“(..) la discrecionalidad para la desvinculación de los nombrados en provisionalidad encuentra fundamento en el artículo 125, inciso 2, de la Constitución, 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.

(...)

También tiene un apoyo “iusfundamental” la tesis del Consejo de Estado. El artículo 29 de la Constitución dice que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. El Consejo de Estado no desconoce la vigencia del derecho al debido proceso pues la tesis sobre el retiro de los nombrados en provisionalidad 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.
(...)”.

Con base en esta disposición constitucional la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido en forma reiterada que ocurriendo el ingreso de los empleados en forma provisional, es decir, que su vinculación obedeció a razones discrecionales, no puede ampararse en las causales de retiro previstas en el artículo 125 inciso 2 de la Constitución, toda vez que ellas se reservan para los empleados cuyo nombramiento tuvo lugar luego de un proceso de selección por haber concursado y superado las etapas de dicho concurso.

Entonces, el funcionario que ocupe un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, no sólo, puede ser desvinculado discrecionalmente, sin que sea necesario motivar la decisión; sino que, además, también puede ser removido en cualquier momento, conforme a la Ley⁴.

Finalmente y como en la demanda se refiere a la idoneidad, excelencia, capacidad y eficacia de la actora en el desempeño de sus cargos, la Sala destaca que estas son condiciones propias y que se espera de quienes prestan sus servicios al Estado y por ello no pueden servir por sí solas para enervar el ejercicio de la facultad discrecional del nominador. Lo normal es el cumplimiento del deber por parte del empleado, pero pueden darse otras circunstancias que a juicio del nominador no constituyan plena garantía para la eficiente prestación del servicio, y, que no está obligado a explicar en el acto administrativo a través del cual, haciendo uso de la facultad legal, declara la insubsistencia.

Este cargo de falta de motivación tampoco prospera.

Desviación de poder. Observa la Sala que, en el caso concreto la actora no aportó elementos de convicción de los cuales inferir que el retiro del servicio obedeció a razones distintas a las del mejoramiento del mismo. Es claro para la Sala que la actora no concretó ni probó los motivos distintos a la buena marcha de la administración que afirma determinaron la expedición del acto de insubsistencia.

⁴ Esta posición se reiteró recientemente por la Subsección A de esta Corporación, en sentencia de 23 de mayo de 2011, C. P. doctor Luis Rafael Vergara Quintero, radicado interno No. 2672-2008, actor: Clara Aurora Maya Gómez contra la Nación – Fiscalía General de la Nación.

La necesidad de estos medios probatorios y su apreciación hacen que el juzgador pueda lograr un nivel de convicción sobre la desviación de poder, de manera que el juicio de probabilidad que construya le permita llegar 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.

Así las cosas, no encontrarse dentro del acervo probatorio medio de convicción alguno que permita evidenciar al juez que el nominador incurrió en desviación de poder al declarar insubsistente el nombramiento de la demandante, conlleva a la improsperidad de este cargo que como vicio de anulación se le atribuye al acto de retiro demandado.

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

CONFIRMASE la sentencia de 29 de octubre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda – Subsección “A”, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda instaurada por Carmen Rosa Mendoza Nieves contra la Nación, Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. 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