



Sentencia 00063 de 2017 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B
MAGISTRADO PONENTE: Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

RADICADO: 500012333000201300063 01

NÚMERO INTERNO: 3165 - 2014

ÉDEMANDANTE: CÉSAR AUGUSTO DE JESÚS NÚÑEZ CUERVO

DEMANDADO: Fiscalía General de la Nación

Asunto: Insubsistencia

Segunda Instancia - Ley 1437 de 2011

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el siete (7) de mayo de dos mil catorce (2014) por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Meta, negó las pretensiones de la demanda promovida por César Augusto de Jesús Núñez Cuervo contra la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

César Augusto de Jesús Núñez Cuervo, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de la Resolución 01211 del veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012), a través de la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento como Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Dirección Seccional de Villavicencio.

A título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la Fiscalía General de la Nación a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando sin solución de continuidad para todos los efectos legales y prestacionales, así como se le repare el daño, tomando en equivalencia como medida de tasación, todos sueldos, prestaciones, cesantías, vacaciones, incrementos salariales, prestacionales, bonificaciones y otros, que se hayan concedido y pagado en la misma cuantía de lo cancelado a quien lo reemplazó, con la debida indexación hasta el momento del pago efectivo de la sentencia y actualizadas atendiendo la variación del índice de precios al consumidor, conforme lo establezca el DANE, atendiendo lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; así como el pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia a la tasa que establezca la Superintendencia Bancaria.

Como pretensión subsidiaria solicita la reparación del daño de orden moral para el demandante, su cónyuge y sus dos menores hijas, estimado en cien (100) salarios mínimos legales para cada uno, reparación debidamente indexada y como si no hubiese existido solución de continuidad, desde el momento del retiro irregular y hasta que se emita la sentencia que pone fin al presente proceso y se cancele efectivamente la sentencia.

Así mismo, solicitó que se dé cumplimiento a la sentencia definitiva en dinero efectivo y no en bonos de deuda pública, conforme a lo establecido en los artículos 176 y 176 del C.P.A.C.A., y que se le prohíba expresamente descontar los dineros recibidos del erario público, producto de cualquier pago por prestación de servicios o dineros recibidos por discapacidad laboral

1.2. Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, en síntesis son los siguientes:

El actor ingresó a la Fiscalía General de la Nación nombrado en provisionalidad en el cargo de Investigador Judicial el 28 de julio de 1994. Ascendió al cargo de Profesional Universitario I el 6 de marzo de 1997 adscrito al Cuerpo Técnico de Investigación - C.T.I. - Cundinamarca, para luego pasar a desempeñarse como Investigador Judicial II el 31 de agosto de 2000 en la misma dependencia. El 7 de febrero de 2001 es

nombrado provisionalmente como Director Seccional Administrativo y Financiero de Cundinamarca y fue trasladado como Director Seccional del CTI en Montería y posteriormente en Cartagena y Bogotá. El 17 de abril de 2005 es encargado de las funciones como Director Nacional del C.T.I. y a su culminación, regreso como Director Seccional en Ibagué (17 de enero de 2006). El 2 de febrero de 2008 es trasladado como Director del C.T.I. de Villavicencio cargo que desempeñó hasta el 31 de julio de 2012, fecha en que le fue notificada la resolución de insubsistente.

Afirmó que la «causa de la motivación de su retiro el que Desempeñándose en el cargo CTI en Villavicencio del que fue retirado, inició una política con la bandera de la Dirección del CT.I. luchar contra la corrupción al interior de la Institución, desde su llegada se judicializaron y capturaron 6 servidores públicos, (...), se lograron 4 resoluciones de insubsistencia por estos hechos, y tres traslados a Nivel Nacional y se han compulsado copias en 71 Procesos Disciplinarios (...)»

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 109, 125 y 251.

Del Código Contencioso Administrativo, el artículo 137.

Al explicar el concepto de violación se sostuvo que:

Afirmó que el retiro del actor obedeció por razones de confianza en cuanto a la persona y desconoció el precedente jurisprudencia de no motivar el acto de retiro de un funcionario de libre nombramiento y remoción.

Manifestó que los motivos que ocasionaron el retiro del demandante obedecen en sentir del nominador, en la falta de confianza, lo que demuestra que actuó con fines diferentes a los concedidos en la ley, que afecta el acto acusado de ausencia al principio de presunción de legalidad, en cuanto se persiguió un fin diferente, como era el nombrar en los cargos directivos a personas que comulgaran con sus intereses y fines políticos.

Reitera que no era necesario que el acto de insubsistencia estuviera motivado por cuanto se trataba de un funcionario de libre nombramiento y remoción y calificar al actor como una persona no confiable, razones que desconoce el actor.

Adujo la falsa motivación en la expedición del acto de insubsistencia, realizada por el Fiscal General de la Nación al advertir públicamente el retiro del cargo de aquellas personas que tuvieran en curso procesos penales o disciplinarios, circunstancia en la cual el actor se encontraba sin que se haya realizado verificación al respecto. Así mismo, hace consistir la falsa motivación en que existieron argumentos distintos a la buena marcha de la institución, acusándolo de que existían investigaciones penales y disciplinarias en su contra, que generaron el retiro ante la falta de confianza.

Finalmente, sostuvo que la persona que lo reemplazó no tiene las calidades, preparación ni experiencia que poseía el demandante para el desempeño del cargo.

1.4. Contestación de la demanda

Vencido el término de traslado de la demanda, la Fiscalía General de la Nación guardó silencio.

1.5. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Meta en cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del artículo 179 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, profirió sentencia el 7 de mayo de 2014, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

Sostuvo que si en el acto de desvinculación se afirmó que la designación se realiza por razones de confianza *intuito personae*, ello no es ilegal, en cuanto los empleos de libre nombramiento y remoción poseen una naturaleza especial, escogidos a discrecionalidad del nominador, con fundamento en el alto grado de confianza y con el fin de ejercer una buena administración.

Afirmó que el nominador puede retirar del servicio a quienes ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, con el propósito de reacomodar su equipo de trabajo, con el fin de ejecutar políticas generales propias y con la libertad de escoger quienes cumplen los fines de la entidad que tienen a cargo.

Señaló que las capacidades personales y profesionales del actor, no le generan por sí solas fuero de estabilidad, así como no puede limitar la facultad discrecional que la ley le otorga al Fiscal General de la Nación para remover al demandante. Así mismo estableció que del acto administrativo no se infiere que tuviera un fin distinto al que señala el ordenamiento jurídico y del cual se pueda deducir que el Fiscal obtenía un beneficio particular, que comprometa la validez del acto enjuiciado

Hace referencia a las noticias de los medios de comunicación que contienen expresiones de otros funcionarios sobre las desvinculaciones realizadas, las cuales no constituyen un soporte probatorio válido del que se deduzca un reproche fáctico contra el acto acusado, de tal suerte que no se puede desvirtuar la presunción del acto administrativo acusado.

1.6. Fundamento del recurso de apelación

El apoderado del demandante, formuló recurso de apelación en contra de la sentencia, con las siguientes consideraciones (ff. 295 a 318 del expediente):

Manifestó que con la expedición del acto acusado se incurrió en desviación de poder, en cuanto que los verdaderos motivos del retiro del actor no fue como se aduce el ejercicio de la facultad discrecional por razones del buen servicio, sino fundada en fines políticos para cumplir cuotas burocráticas, lo que conllevó al desmejoramiento del servicio, pues su reemplazo no cumplía los requisitos para desempeñar el cargo y tenía múltiples problemas judiciales.

Alegó que la carga de la prueba se invierte, y le correspondía a la demandada demostrar que la decisión obedeció a razones del servicio público; sin embargo manifiesta que de las pruebas allegadas al expediente se pudo establecer que el reemplazo del actor estaba siendo investigado penal y disciplinariamente, no poseía la capacidad e idoneidad para desempeñar el cargo, pruebas arrimadas por la parte demandante y que no fueron desvirtuadas por la entidad.

Argumentó que las presuntas investigaciones en contra del doctor Núñez Cuervo y que se dieron a conocer en los medios hablados y escritos para justificar el retiro por no tener confianza, fueron archivadas o se inhibió de iniciar acción disciplinaria. Por el contrario, de los informes de gestión para calificación de los años 2003, 2005 y hasta el momento del retiro, el demandante demostró una actividad extraordinaria en el ejercicio de las funciones.

Adujo que la facultad extraordinaria con la que cuenta el Fiscal General de la Nación, para remover del cargo, se debe ejercer dentro de los límites del mejoramiento del buen servicio, circunstancia que no sucedió en *sub - lite*. Reiteró que su reemplazo solo duró un (1) año en el cargo, no poseía las calidades profesionales necesarias para ejercer el cargo, en el ejercicio de sus funciones efectuó diligencias de investigación y realizó capturas ilegales, que conllevó a que el Fiscal lo separara del cargo y trasladara a otro cargo.

1.7. Alegatos de conclusión

La parte demandante en memorial visible a folios 344 a 360 del expediente, reitera los argumentos expuesto en el recurso de apelación, para manifestar que no le era dable al nominador insertar en el acto administrativo, la motivación de la insubsistencia en razón a la desconfianza que le tenía al demandante.

Sostuvo que le correspondía a la Fiscalía General de la Nación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, dejar la constancia de las causas que motivaron el retiro, en la hoja de vida del demandante, actuación que no cumplió.

Afirmó que la sentencia apelada no se ajusta a derecho ni al precedente jurisprudencial, en cuanto que la confianza *intuito personae* se refiere a las calidades especiales, que constan en su desempeño profesional, en su hoja de vida y no en razones subjetivas, por lo que no se ha debido sancionar al actor con el retiro.

Adujo que el reemplazo del demandante tiene en su hoja de vida múltiples manchas, no tiene las cualidades y capacidades profesionales para haber asumido como Director Seccional, lo que generó desmejoramiento en el servicio público y traumatizó el buen desarrollo del servicio público.

De lo alegado en el recurso de apelación y en los alegatos de conclusión, solicita se revoque el fallo recurrido y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda.

La entidad demandada y el Agente del Ministerio Público, guardaron silencio.

2. CONSIDERACIONES

1.7. Marco normativo

El artículo 125² de la Constitución Política, señala la forma de provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, previendo que la regla general son de carrera administrativa, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el legislador.

Por su parte, el artículo 253 de la Carta Política dispuso que: «La ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia». En cumplimiento de lo anterior, se expidió el Decreto 261 de 2000, por medio del cual se modificó la estructura de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, normatividad derogada por la Ley 938 de 2004, por el cual se reguló el estatuto orgánico del ente demandado.

Mediante la promulgación de la Ley 270 de 1996 «Ley Estatutaria de Administración de Justicia», en su artículo 130³, estableció la clasificación de los empleos y catalogó dentro de los de libre nombramiento y remoción, el cargo de Director Seccional adscrito a la Fiscalía General de la Nación, cargo desempeñado por el actor, que se caracteriza por poseer funciones de conducción y orientación institucional, y para su

desempeño se requiere de un alto grado de confianza, con fundamento en lo establecido en el artículo 30 de la Ley 938 de 2004⁴.

En estos casos, el factor determinante para la provisión de estos cargos, radica en la confianza y responsabilidad que se exige para el desempeño de las funciones encomendadas, circunstancia que le permite al nominador disponer libremente para seleccionar y retirar a sus empleados, atendiendo las labores a desarrollar y el grado de confiabilidad que se insta, incluso sin que se haga necesario expresar los motivos para adoptar tal determinación.

La Ley 909 de 2004 «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones», estableció en el numeral 2 del artículo 3º, que se aplicará de manera supletoria a las carreras especiales, entre las que se contempla a la Fiscalía General de la Nación, en los casos en que se presente vacíos normativos. Sin embargo, esta disposición estableció la discrecionalidad del nominador para el retiro de empleos de libre nombramiento y remoción, mediante acto no motivado. En efecto, el artículo 41 *ibídem*, dispuso:

«El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.»

Conforme a la transcripción realizada, tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción, el legislador quiso que el sistema de retiro se hiciera mediante acto no motivado, de tal suerte que el nominador en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste, procediera a la desvinculación, siempre y cuando la necesidad del mejoramiento del servicio así lo aconsejara. No obstante lo anterior, es de competencia de las partes desvirtuar o probar, según sea el caso, la presunción de legalidad de la cual se encuentran revestidos todos los actos administrativos.

2.3 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio recaudado en el proceso, se encuentra acreditado lo siguiente:

El señor Cesar Augusto de Jesús Núñez Cuervo fue nombrado mediante Resolución 0 - 1369 del 15 de julio de 1994, como Investigador Judicial I en la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Bogotá en la planta asignada para las Unidades Locales (ff. 17 - 22).

Por Resolución 008 del 1 de febrero de 1995 es encargado de las funciones de Coordinador de la Unidad Investigativa de Soacha, Sección Investigaciones de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigaciones de Santafé de Bogotá y Cundinamarca (ff. 23 - 24).

El Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigaciones de Santafé de Bogotá y Cundinamarca por Resolución 028 del 11 de mayo de 1995 (ff. 25 -26), designó al demandante como Coordinador de la Unidad Investigativa de Zipaquirá, Sección Investigaciones, para posteriormente por Resolución 055 del 31 de octubre de 1995 le asigna las funciones de Jefe de la Brigada de Homicidios de Soacha, de la Coordinación de Unidades de Policía Judicial de Cundinamarca (ff. 28 - 29).

Mediante Resolución 0002 del 2 de julio de 1996, la Directora Seccional del CTI Cundinamarca, lo asignó como Jefe de la Unidad Investigativa CTI de Zipaquirá mientras dura el término de las vacaciones del titular, esto es hasta el 26 de julio de 1996; mediante Resolución 013 del 30 de septiembre de 1996 le asigna las funciones de Jefe Sección I de la Sección de Criminalística (ff. 32 - 33) y por Resolución 0001 del 28 de junio de 1996 lo adscribe como Investigador Judicial I a la Unidad Investigativa CTI de Chía (ff. 34 - 36).

A folio 38 del expediente, obra la Resolución 000435 del 25 de febrero de 1997, en la cual el Director Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación, traslada al señor Núñez Cuervo en su condición de Investigador Judicial I de la Unidad Investigativa del Cuerpo Técnico de Investigación Chía, al despacho de la Dirección Seccional del CTI Cundinamarca.

El Fiscal General de la Nación mediante Resolución 0 - 0521 del 27 de febrero de 1997 nombró al actor con carácter provisional, en el cargo de Profesional Universitario Judicial I de la Dirección Seccional del CTI de Cundinamarca (f. 39). Posteriormente, lo nombra como Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Dirección Seccional de Montería mediante Resolución 0 - 0089 del 22 de enero de 2011 (f. 41), posesionado el 7 de febrero de 2001 (f. 42).

Por Resolución 2 - 3217 del 12 de diciembre de 2011, la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación traslada al actor como Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Cartagena (f. 43).

El Vicefiscal General de la Nación mediante Resolución 1 - 0099 del 23 de agosto de 2002 le concede comisión de servicios al exterior, previo análisis de conveniencia, importancia e interés para la entidad del 10 al 13 de septiembre de 2002 para participar en 48th Annual Seminar & Exhibits - Asis Internacional 2002 en la ciudad de Philadelphia (EEUU) - ff. 44 a 45 -.

El 25 de noviembre de 2002, la Secretaria General por Resolución 2 - 2780, trasladó al señor Cesar Núñez Cuervo a la Dirección Seccional del

Cuerpo Técnico de Investigación de Bogotá (f. 47), y mediante Resolución 2 - 0123 a la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Ibagué, por necesidades del servicio (f. 49).

Mediante Resolución 2 - 0371 del 20 de febrero de 2008, es trasladado como Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Villavicencio, por necesidades del servicio, notificada personalmente el 21 de febrero de la misma anualidad, conforme se observa a folios 50 a 54 del expediente.

La Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación le concede comisión de servicios al exterior para que participe en el "Seminario Regional sobre Técnicas de Investigación en Materia de Delito y Homicidio, Específicamente: Criminalística, Balística, Ciencia Forense y la Importancia de la Cadena de Custodia" que se llevó a cabo del 16 al 18 de junio de 2009 en la ciudad de Caracas - Venezuela, de acuerdo a lo obrante en la Resolución 2 - 1079 del 20 de mayo de 2009 (ff. 55 - 57).

Mediante providencia de 4 de febrero de 2010 proferida por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial dentro del radicado IUS 221743 - 2009, se inhibe de iniciar acción disciplinaria en contra del demandante en su condición de Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía de Villavicencio por la queja formulada el 21 de julio de 2009 (ff. 60 - 66).

El Fiscal General de la Nación mediante Resolución 01211 del 26 de julio de 2012, declaró insubsistente el nombramiento como Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Dirección Seccional de Villavicencio, realizado al actor, por ostentar un cargo de libre nombramiento y remoción, el cual fue efectuarse «por razones de confianza *intuitu personae* en orden a plasmar y ejecutar políticas generales diseñadas por el nominador.» (ff. 15 - 16)

Obra a folios 58 a 59 del expediente, oficio presentado al Fiscal General de la Nación de la época, en el que alude al informe de gestión 2008 - 2012 presentado cuando se desempeñó como Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Villavicencio, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 951 de 2005.

A folios 69 a 73 del expediente obra extracto de la hoja de vida del señor Núñez Cuervo, expedida por la Fiscalía General de la Nación, en la cual se observan la información académica y los diferentes cursos realizados.

2.4 Caso concreto

Descendiendo al caso controvertido, la Sala observa que el señor Cesar Augusto de Jesús Núñez Cuervo para el momento en que fue retirado de la entidad mediante declaratoria de insubsistencia, se encontraba desempeñando un cargo considerado de libre nombramiento y remoción para todos los efectos legales, por no haber accedido al cargo por concurso o selección por méritos ni haber sido inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, circunstancia que hacía procedente que el nominador válidamente lo retirara del servicio, en ejercicio de la facultad discrecional y sin necesidad de adelantar procedimiento previo para la expedición del acto o motivar su contenido, es decir, no se encontraba amparado por ningún fuero de estabilidad relativa en el cargo, bien por los derechos de carrera o por el nombramiento en periodo fijo.

No obstante lo anterior, es necesario precisar, que el grado de confianza que se requiere para desempeñar esta clase de cargos, es lo que le confiere al nominador la posibilidad para disponer libremente de su provisión y retiro, lo que supone que su elección es por motivos de índole personal o de confianza.

Por su parte, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, anteriormente mencionado, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, medida que debe ser ejercida dentro de los parámetros de la racionalidad y proporcionalidad, tal y como la jurisprudencia constitucional lo ha sostenido, esto es, debe existir una norma de rango constitucional o legal que establezca expresamente la discrecionalidad, su ejercicio sea adecuado a los fines que la norma autoriza y en donde la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de fundamento, en concordancia a lo establecido en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.⁵

Así las cosas, el acto administrativo por medio del cual se retira del servicio, se presumen expedido con fundamento en supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos y en aras del buen servicio público, presunción legal susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional y con el único objetivo de demostrar que el motivo determinante para la desvinculación, fueron razones diferentes al buen servicio público y al interés general.

Conforme a lo anterior, el hecho de que la Fiscalía General de la Nación para el momento en que expidió el acto acusado, hubiese basado su decisión en consideración a la confianza de quien debe ocupar esta clase de empleos, conforme se dejó establecido, y que las mismas hayan sido plasmadas en el acto administrativo que se acusa, sin que la ley exija este requisito para la validez, ello no vicia el acto administrativo de ilegalidad, ni genera su nulidad por el simple hecho encontrarse motivado, como erróneamente lo afirma el demandante en el recurso de alzada; simplemente se considera que la Fiscalía General de la Nación actuó en garantía al derecho de contradicción y defensa, junto con los principios de legalidad y publicidad que llevan implícitas las actuaciones de la administración.

Ahora bien, el demandante argumenta que la persona nombrada en su reemplazo, no tenía las condiciones ni requisitos para desempeñar el cargo como Director Seccional del CTI, y pone de presente que fue objeto de investigaciones disciplinarias por su proceder en el ejercicio de sus funciones que conllevaron a que fuera trasladado a otra dependencia al interior de la entidad, circunstancias que generaron el desmejoramiento en la prestación del servicio y vició el acto acusado de ilegalidad.

Para responder este cargo, es preciso que la Sala examine el caudal probatorio allegado, con el fin de dilucidar si la decisión de la Fiscalía General de la Nación, fue contraria al buen servicio.

Dentro del material probatorio allegado por el actor, obra a folios 183, 199 a 215 del cuaderno No. 1, impresiones de avisos de periódico de diversos medios de comunicación escrito, calendados agosto de 2013, en las cuales se hace referencia a la remoción del señor Pedro Julio Gordillo Hernández en su condición de Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigaciones del Meta, por las presuntas arbitrariedades que cometió en el ejercicio del cargo, motivo por el cual se hizo acreedor a ser trasladado a otro empleo al interior de la misma Fiscalía General de la Nación.

Por lo anterior, no se logró establecer si el señor Gordillo Hernández, al que hace alusión los avisos anteriormente aludidos, fue la persona que se nombró en reemplazo del actor como Director Seccional del CTI en el Meta, ni se aportó al expediente la hoja de vida que confirmara dicha afirmación, como tampoco se logró demostrar el presunto desmejoramiento del servicio aludido en la demanda.

La Sala ha de manifestar que se trata de simples afirmaciones sin respaldo probatorio, que le impiden a esta Corporación llegar al convencimiento que con la expedición del acto demandado se incurrió en desmejoramiento del servicio y que se obró con motivos diversos y contrarios a la facultad discrecional de la cual se encuentra investido el nominador.

Esta Corporación reitera que la apreciación de los medios de prueba allegados al expediente, exigen que el operador judicial logre un nivel de convicción tal, que le permitan establecer de manera clara y sin confusión alguna que la desviación de poder endilgada al acto que se enjuicia, se encuentre apoyada en motivos diversos a la buena marcha de la administración. Si se retira a un funcionario y se nombra en su reemplazo a quien no reúne las condiciones ni requisitos para ejercer el cargo o que con su actuar no se logró la prestación eficiente del servicio, es indudable que tal proceder no se encuentra basado en razones del buen servicio, circunstancias que en el caso que se analiza, no se logró demostrar.

Analizado en conjunto el material probatorio, observa la Sala que no se allegó elementos de juicio suficientes que permitieran determinar la presunta conexidad de los hechos narrados en los avisos de prensa con la facultad discrecional con que obró la Fiscalía General de la Nación para retirar del servicio al demandante, pues tal y como lo señaló el *a quo*, esta situación no incide en la decisión discrecional ejercida por la administración

Finalmente, al expediente se allegó la hoja de vida del actor, en la cual se demuestra las capacidades y logros académicos, así como que su desempeño fue excelente y eficiente, lo que conllevó a que a lo largo de su trayectoria laboral al servicio de la Fiscalía General de la Nación, fuera acreedor a diferentes ascensos dentro de la entidad; empero, tales circunstancias, tratándose de decisiones discrecionales, no le generan por sí solas fuero de estabilidad ni pueden llegar a limitar la potestad discrecional que la ley le otorga al nominador, como tampoco pueden constituirse en plena prueba para demostrar la desviación de poder.

Unido a lo anterior, la idoneidad y eficacia en la prestación del servicio no se pueden considerar como argumentos contundentes que permitan desvirtuar la facultad discrecional conferida al nominador para la libre remoción. Es a la parte interesada a quien le corresponde demostrar dentro del trámite del proceso contencioso administrativo que la desvinculación se produjo por razones de ineficiencia. De igual forma, es obligación de todo servidor público prestar sus servicios en forma óptima y eficiente, en la medida que ayuda a la consecución de los fines esenciales del Estado; por tanto, la buena conducta del actor en el ejercicio de su cargo no garantiza su estabilidad, sino que se constituye en el presupuesto natural del ejercicio del cargo.

Corolario a lo expuesto, se concluye que el acto demandado se expidió en ejercicio de la facultad discrecional y expedido en beneficio del servicio público a cargo de la entidad, y en ese sentido, el nominador se encuentra en libertad de realizar los ajustes que considere necesarios y de ese modo, ejercer la facultad de libre remoción, circunstancia que conlleva a que el cargo de desviación de poder endilgado en la demanda, no tenga vocación de prosperidad, y sea la razón suficiente para confirmar la sentencia apelada.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de siete (7) de mayo de dos mil catorce (2014), por la cual el Tribunal Administrativo del Meta, negó las pretensiones de la demanda formulada por el señor Cesar Augusto de Jesús Núñez Cuervo contra la Nación - Fiscalía General de la Nación.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSARALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 “ARTÍCULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

(...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (...).”.

2 «Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás 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 a 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.

(. . .)»

3 ARTÍCULO 130. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. (. . .)

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 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 de 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.

(. . .)

4 Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación

5 *ARTÍCULO 44. Decisiones discrecionales.* En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Fecha y hora de creación: 2024-10-08 19:54:37