

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., 19 de enero de 2023

Radicado : 76001-23-31-000-2010-00778-01
Nº Interno : 2920-2019
Demandante : Martha Lucía Rodríguez de Castañeda
Demandado : Nación – Fiscalía General de la Nación
Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho – Ley 1437/2011
Tema : Terminación del nombramiento provisional por designación de la persona que superó el concurso de méritos.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 7 de febrero de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare (Acuerdo PCSJA18-11134) que negó las pretensiones de la demanda presentada por la señora Martha Cecilia Rodríguez de Castañeda en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación.

ANTECEDENTES

1. La demanda

La demandante, por conducto de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, demandó a la Nación – Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener las declaraciones y condenas, que en resumen son las siguientes:

1.1 Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución No 0-5388 del 25 de noviembre de 2009, *“por medio de la cual se da por terminado un nombramiento en provisionalidad y se efectúa un nombramiento en periodo de prueba”*, en cuanto se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, que ocupaba la Dra Martha Lucía Rodríguez de Castañeda.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la Nación – Fiscalía General de la Nación: i) el reintegro de la actora al cargo que venía desempeñando, o a otro de igual o de superior categoría, pero de funciones y requisitos afines al mencionado, con retroactividad a la fecha en que se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad; ii) pagar las sumas de dinero correspondientes a sueldos, primas, prestaciones sociales, vacaciones, aumentos de salario, bonificaciones y demás emolumentos inherentes al cargo, que dejó de percibir, con efectividad desde la fecha de terminación del nombramiento, hasta cuando sea reintegrada al servicio; iii) se disponga que para todos los efectos legales y prestacionales, no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios, desde la terminación del nombramiento en provisionalidad hasta la fecha en que sea reintegrada; iv) se reconozca y pague por concepto de perjuicios morales la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; v) se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.; vi) se actualicen los pagos de conformidad con el artículo 178 del C.C.A.; y vi) se condene en costas a la accionada.

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

Narra que por medio de Resolución No 0-5388 del 25 de noviembre de 2009, la Fiscalía General de la Nación dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la dra Martha Lucia Rodríguez de Castañeda, quien

desempeñaba el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito de la Dirección de Fiscalías de Cali, lo que se debió al nombramiento en periodo de prueba al dr Henry Alberto Díaz Navas.

Afirma que los hechos que antecedieron la declaratoria de insubsistencia sumado a lo que sucedió posteriormente, muestran que el acto administrativo no buscaba dar cumplimiento a los resultados del concurso de méritos sino desvincular de la entidad a una funcionaria que había servido por más de 16 años.

Refiere que para la fecha en que se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, existían 6 vacantes en la Seccional de Fiscalías de Cali, para el cargo que desempeñaba la convocante.

Añade que antes de expedirse el acto acusado se generaron situaciones administrativas con sorpresivos traslados que terminaron finalmente con la declaratoria de insubsistencia, es así como por medio de la Resolución No 2-2140 de 01 de septiembre de 2009, se traslada de la seccional Bogotá a la Seccional de Villavicencio, por lo que solicitó prórroga, permiso y licencia no remunerada por fuerza mayor.

Posteriormente, con oficio de 8 de octubre de 2009 solicitó la actora ser trasladada a la ciudad de Cali, para dar respuesta a esta petición se expidió la Resolución No 2-2768 del 30 de octubre de 2009, en la que se dispuso trasladar a la accionante, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Villavicencio a la Dirección Seccional de la ciudad de Cali, donde fue asignada como Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, ante el Despacho 134 de El Cerrito (V).

1.2 Normas violadas y concepto de violación

Como normas violadas la accionante citó las siguientes:

Constitución Política, Preámbulo y los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 53, 121, 125, y 209.

CCA, los artículos 82, 83, 84 inciso 2, 85, 132 a 139, 206 y ss

Sustenta el concepto de violación en: i) Violación de la norma superior, ii) expedición irregular por motivación insuficiente vulnerando el debido proceso, iii) falsa motivación y iv) desviación de poder.

Sostuvo que es justo que se prefiera dejar en el cargo a quien venía desempeñándolo en provisionalidad y no se acuda a la figura del encargo, de una persona que además viene ejerciendo un cargo de inferior jerarquía como en el presente caso se designó en encargo a un asistente del despacho.

Considera que el acto acusado fue falsamente motivado y con desviación de poder, ya que primero la motivación que se hizo no es real, pues al final se dejó en encargo a un asistente y no se pretendió nombrar a un servidor de carrera; y segundo los antecedentes que rodearon la salida de la actora y lo que sucedió posteriormente, son graves indicios de una actuación no ajustada a las razones del buen servicio.

Añade que, habiendo 6 vacantes disponibles en ese momento en la seccional de Cali, vacantes que podían ser preferidas antes de despedir a la actora teniendo en consideración sus altas calidades laborales, académicas y personales, se dispuso de su cargo sin atender otros criterios como los prejubilables, jubilados y las personas con menos antigüedad, etc.

Explicó que la Corte Constitucional ha manifestado en innumerables ocasiones que los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral restringida, lo que no significa que sean inamovibles, sino que se requiere como garantía a su debido proceso y a su derecho de defensa,

que la entidad motive el acto administrativo por medio del cual se declara la insubsistencia. Adicionalmente ha expresado que cuando el nominador decida dar por terminado un nombramiento en provisionalidad, debe motivar el acto administrativo explicando las razones del buen servicio que tuvo para tomar tal decisión, o hacerlo para nombrar al funcionario que ganó el concurso de méritos en periodo de prueba, siendo necesario que este acepte la designación en el cargo y se posesione.

Aduce que la Fiscalía motivó el acto administrativo por medio del cual dio por terminado el nombramiento de la demandante, expresando entre otras consideraciones, que no formaba parte del registro definitivo de elegibles, por no haber superado el concurso de méritos convocado para proveer 732 cargos de fiscal delegado ante jueces del circuito, sometidos a concurso de méritos, de conformidad con la convocatoria 002-2007; pero se quedó corta la entidad demandada al no explicar porque escogió el cargo de la actora y no el de otro funcionario para su desvinculación o la razón por la cual siguen otras plazas vacantes y de ellas, varias en encargo.

2. La contestación de la demanda

La Fiscalía General de la Nación a través de apoderada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas al no existir fundamentos de hecho ni de derecho que sirvan de sustento a las mismas.

En los fundamentos de hecho hace referencia a los concursos de méritos que adelanta la Fiscalía General de la Nación, así como el régimen de carrera administrativa y el procedimiento de ingreso.

Precisa que la actora al momento de dar por terminado su nombramiento desempeñaba el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, en calidad de provisionalidad, es decir

no ostentaba calidad de funcionario de carrera tampoco la de empleado de periodo fijo que le diera estabilidad en el cargo.

Concluye que se demostró que la resolución acusada se fundamentó única y exclusivamente en las facultades constitucionales y legales, especialmente la contemplada en el numeral 20 del artículo 11 de la Ley 938 de 2004 y la finalidad no fue ajena o contraria al servicio público.

Reitera que al encontrarse la demandante en situación de provisionalidad existiendo de por medio un registro de elegibles generado por un concurso de méritos, es evidente que su desvinculación podía efectuarse a través del mecanismo de la insubsistencia dadas las necesidades del servicio.

De otro lado advierte que la accionante solicita indirectamente se de aplicación al retén social, pero el mismo no es aplicable a la Fiscalía General de la Nación debido a que la Ley 790 de 2002, no cubre al ente demandado pues este organismo hace parte de la rama judicial del poder público.

Informa que, una vez realizado el concurso de méritos para proveer los cargos del área de fiscalías, la Comisión Nacional de Administración de Carrera entregó el registro de elegibles en cual se encuentra conformado en estricto orden de méritos. Acorde con ello, el nominador, ha realizado los nombramientos en dicho orden proveyendo los cargos vacantes sometidos a concurso, por lo que cualquier persona que se encuentre en provisionalidad ocupando un cargo de carrera puede ser desplazada por una persona que se encuentre en el listado de elegibles y atendiendo las razones del servicio.

Concluye que no se presenta vulneración al derecho al trabajo y por ende desconocimiento a medidas de estabilidad laboral reforzada, toda vez que no se colocó a la accionante en condiciones que le imposibilite desarrollar o ejercer su profesión, arte u oficio.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Casanare mediante sentencia del 7 de febrero de 2019, negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con las siguientes consideraciones:

Aduce que la escasa evidencia solo demuestra que el acto acusado nombró en periodo de prueba a un aspirante que hacía parte de la lista de elegibles del concurso 2007 de la FGN; a la postre, esta persona ni aceptó ni se posesionó oportunamente.

Argumenta que la plaza fue cubierta simultáneamente con un encargo; similar manejo se dio en otros cinco empleos de fiscales seccionales en Cali. Nada se averiguó de los perfiles, hojas de vida, desempeño u otros aspectos de quienes fueron desvinculados, de quienes se hayan nombrado en periodo de prueba ni de los encargados.

Asevera que la actora dijo encontrarse en situaciones particulares y concretas que por cuadro familiar y economía doméstica habría podido considerarse para mantenerla, cuando menos transitoriamente, en el empleo mientras se posesionaba un titular de carrera, pero nada probó, por lo que deben denegarse las pretensiones. Y si fuera cierto que la FGN reconoció equivocación y reintegro a la demandante en virtud de la sentencia SU-446 de 2011, de ello tampoco tiene noticia este proceso.

4. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpone recurso en contra de la sentencia proferida, según los siguientes argumentos:

Resalta que al conocer la actora que debía desvincularse *ipso facto* de la entidad sin que se hubiese agotado el procedimiento, ya que en el mismo acto administrativo se realiza el nombramiento del doctor Henry Alberto Díaz Navas en periodo de prueba, pero sin contar con el trato digno de dar espera a la aceptación o no del funcionario nombrado y su debida posesión, contrario a ello, se precipitó su retiro de manera inmediata.

Insiste en que, si bien el referido no aceptó el nombramiento, se debió agotar la lista de elegibles, por lo que en la demanda se hace referencia a la presencia de fines distintos a la aplicación plena del concurso, situación de facto que no requiere prueba.

Además, señala que se presentaban 6 vacantes de Fiscales en la Dirección Seccional de Cali, por lo que no logra entender cuál fue el criterio para que fuera el despacho de la doctora Rodríguez de Castañeda y no otro el escogido para el nombramiento, y no se tiene conocimiento que este procedimiento se hubiere realizado en los cargos que sí estaban vacantes.

Plantea la existencia de situaciones que arrojan la descontextualización de aplicación del concurso debido a los actos previos al retiro, cuando se dispone el traslado, se niega la prórroga, y se ve obligada a solicitar una licencia no remunerada y luego se resuelve la desvinculación.

Anota que se debió nombrar en encargo a una persona que ocupaba el cargo de asistente de fiscal y se encontraba desempeñándose en calidad de encargo como Fiscal Local de esa municipalidad (El Cerrito Valle), sin que se pretenda descalificar las calidades del encargado, pero debió primar quien ha desempeñado funciones o quien las está ejerciendo.

En materia de mejora del servicio, debió designarse uno de igual nivel e incluso de mayor categoría, pues ese es el estándar de medida de la experiencia aparte del

tiempo de antigüedad del servidor público.

Advierte que la Resolución No 0 0911 de junio 14 de 2012 se expidió en cumplimiento de la sentencia SU-446 de 2011.

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto de 22 de noviembre de 2019, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo.

5.1 Parte demandante.

La parte actora guardó silencio en esta etapa procesal tal como consta en el informe secretarial de octubre 21 de 2020.

5.2 Parte demandada

La Fiscalía General de la Nación a través de apoderada manifiesta que la declaratoria de insubsistencia de la actora con ocasión a la lista de elegibles resulta ajustada a la ley, en tanto encuentra fundamento en los artículos 125, 251 y 253 de la Constitución Política y en la facultad legal del numeral 20 del artículo 11 de la Ley 938 de 2004, así como las directrices de la Corte Constitucional dispuesta en la sentencia T-131 de 2005, en la que ordenó diseñar un plan de implementación y un cronograma de ejecución del sistema de carrera en la Fiscalía.

Concluye que en el acto impugnado no se evidencia una motivación falsa o errónea, ni una finalidad encubierta, ni desviación ni abuso de poder, ni fue ni es un simple pretexto de la administración, ni es distinta al “objeto” o “contenido” de dicho acto administrativo. Por lo que al desvincular a la demandante con el fin de

nombrar a quien se encuentra en turno en el registro de elegibles para ese cargo, no se vulneró derecho alguno, pues en casos similares la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que ésta es una justa causa para motivar la desvinculación.

Manifiesta que al haber ocupado la demandante un cargo de carrera en calidad provisional no implica ninguna prerrogativa especial, ya que existe una mera expectativa que solamente se concreta con el nombramiento en periodo de prueba y la resolución de inscripción en el escalafón de carrera administrativa, situación que no se dio en el presente asunto, ya que la accionante se inscribió al concurso de méritos para el año 2007, pero no superó la etapa inicial (obtuvo 48 puntos en total).

5.3 Ministerio Público

La Procuraduría delegada ante el Consejo de Estado no emitió concepto.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

El presente asunto es competencia de esta Corporación de conformidad con lo establecido en inciso primero del artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

2. Problema jurídico

La Sala debe estudiar en los términos del recurso de apelación interpuesto por la demandante, si procede revocar el fallo de primera instancia, al haberse terminado el nombramiento provisional como Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito por

nombramiento de la persona que superó el concurso, incurriéndose en desconocimiento de la ley, falsa motivación y desviación de poder, al no haber agotado el procedimiento debiendo esperar a que el nombrado aceptara el cargo y se posesionara, así como existir cargos vacantes que se llenaron con encargos e incurrir en diversas situaciones administrativas.

Con el fin de desatar el problema jurídico propuesto se abordarán los siguientes aspectos: 2.1. Acto Administrativo demandado; 2.2. Régimen Jurídico de los empleados de la Fiscalía General de la Nación; 2.3. Hechos probados y 2.4. Caso concreto.

2.1 Acto Administrativo demandado

Resolución No 0-5388 de 25 de noviembre de 2009 expedido por el Fiscal General de la Nación *“Por medio de la cual se da por terminado un nombramiento en provisionalidad y se efectúa un nombramiento en periodo de prueba”*, tal como sigue:

“Que la doctora MARTHA LUCIA RODRIGUEZ DE CASTAÑEDA no forma parte del Registro Definitivo de Elegibles, por no haber superado el concurso de méritos convocado para proveer los 732 cargos de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DE CIRCUITO, sometidos a concurso de méritos, de conformidad con la convocatoria 002-2007.

Que en consecuencia es necesario dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la doctora MARTHA LUCIA RODRIGUEZ DE CASTAÑEDA, con cédula de ciudadanía No 31859836, en el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DE CIRCUITO de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, con el propósito de garantizar a quienes obtuvieron por mérito el derecho a ser nombrados e ingresar en periodo de prueba, de conformidad con el orden estricto de mérito establecido en el registro de elegibles correspondientes a la convocatoria 002-2007”.

Lo anterior en uso de las facultades constitucionales y legales previstas en el numeral 2 del artículo 251 de la Constitución Política, del numeral 20 del artículo 11 de la Ley 938 de 2004.

2.2 Régimen Jurídico de los empleados de la Fiscalía General de la Nación.

Ley 938 de 2004 “*por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación*”, dispuso:

“Artículo 59. Clasificación de los empleos. De conformidad con lo dispuesto en 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:

- a) De libre nombramiento y remoción;*
- b) de carrera.*

Son de libre nombramiento y remoción:

- El Vicefiscal General de la Nación.*
- El Secretario General.*
- Los Directores Nacionales y sus asesores.*
- Los Directores Seccionales.*
- Los empleados del Despacho del Fiscal General, Vicefiscal General y Secretaría General.*
- Los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y sus fiscales auxiliares, estos últimos tendrán los mismos derechos y garantías que los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia.*
- El jefe de Oficina Jurídica, de Informática, de Personal, de Planeación, de Control Disciplinario Interno, de Control Interno, de Divulgación y Prensa, de Protección y Asistencia, así como el Director de Asuntos Internacionales a nivel nacional.*
- El Jefe de la División Criminalística y el Jefe de la División de Investigaciones de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación. Igualmente, son de libre nombramiento y remoción los empleos cuyo ejercicio implique el manejo financiero y contable de bienes, dinero o valores de la entidad.*

Parágrafo. También se consideran de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que sean creados por esta ley y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta, siempre y cuando pertenezcan al ámbito de dirección institucional.

Los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de selección por concurso”.

Respecto del régimen de carrera ordenó:

Artículo 60. Estructura institucional del régimen de carrera. La Fiscalía General de la Nación tiene su propio régimen de carrera el cual es administrado y reglamentado en forma autónoma, sujeta a los principios del concurso de méritos y calificación del desempeño.

Concurso de Méritos

En desarrollo de la Ley 938 de 2004 se convocó a concurso de méritos para proveer algunos cargos de Fiscales delegados, a través de las convocatorias 001 a 006 de 2007.

En la sentencia SU-446 de 2011 se estudian diferentes demandas de tutela presentadas por varios de los inscritos en uno de los concursos de la Fiscalía General de la Nación, estableció que la lista de elegibles conformada como resultado de un proceso de selección, durante su vigencia, podrá ser utilizada únicamente para proveer los cargos que fueron expresamente ofertadas en la convocatoria. Sin embargo, en la mencionada sentencia la Corte Constitucional acepta que tanto el Legislador cuando regula uno de los regímenes de carrera especial, o la «entidad convocante», pueden disponer la posibilidad de que la lista de elegibles sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente ofertados en el concurso de méritos, siempre que estos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

Esta sentencia dispuso que tendría efectos inter comunis, toda vez que debía cobijar no solo a quienes interpusieron las tutelas, sino a todos aquellos que se encuentren en situaciones jurídicas análogas a las que dieron origen a este fallo, como una forma de proteger el derecho a la igualdad.

Señaló la Corte Constitucional que:

“10.1. En razón de la naturaleza global de la planta de personal de la Fiscalía, tal como la definió el legislador, y el carácter provisional de la vinculación que ostentaban quienes hacen parte de este grupo de accionantes, la Sala considera que el Fiscal General gozaba de discrecionalidad para determinar los cargos que serían provistos por quienes superaron el concurso; por tanto, no se podía afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de estos servidores, al no haberse previsto por parte de la entidad, unos criterios para determinar qué cargos serían lo que expresamente se ocuparían con la lista de elegibles.”

La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

(...)

10.2. *Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.*

*En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando”.*

Además de lo señalado el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que el empleo provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

La sentencia SU-917 de 2010, sobre el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad, expresa:

“En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección, aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas. [...]

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión. [...]

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.”

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

Figura del encargo

En lo relacionado con el encargo, el mismo Decreto 2699 de 1991, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, lo reguló de la siguiente manera en el artículo 78, que dice lo siguiente:

“Artículo 78. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo. Cuando se trata de vacancia temporal, el encargado de otro

empleo solo podrá desempeñarlo durante el término de ésta, y en el caso de vacancia definitiva hasta por el término que dure el concurso vencido el cual el empleo deberá ser provisto conforme a las normas de ingreso al servicio previstas en este Estatuto.

Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de este y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular si no lo estaba desempeñando simultáneamente”.

A su vez, la resolución N° 1501 de 19 de abril de 2005, “*por la cual se reglamentan la situaciones administrativas y se dictan otras disposiciones para la administración de personal en la Fiscalía General de la Nación*”; y en el punto referido al encargo, en el artículo 35, se dijo lo siguiente:

“Artículo 35. Encargo. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un servidor de la Fiscalía General de la Nación para asumir, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

El cargo del cual se encarga puede ser de superior, igual o inferior categoría.

Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de este y recuperará la plenitud de las funciones del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente”.

Señala la norma que existe encargo al designarse, de manera temporal, a un servidor de la Fiscalía General de la Nación, para que éste asuma las funciones de un empleo que se encuentre vacante ya sea por falta temporal o definitiva del titular, y puede desvincularse o no de las funciones propias del suyo. De la misma manera, el cargo del cual es encargado el funcionario o empleado puede ser de superior, igual o inferior categoría. Asimismo, cuando se venza el encargo, la persona que se encontraba ejerciéndolo, de manera automática cesa en el desempeño de las funciones, sin necesidad de acto que así lo disponga; y, además, recupera plenamente las funciones del empleo de cual es titular, en el caso de no estar desempeñándolo de manera simultánea.

2.3 Hechos probados

-La demandante fue nombrada en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación a través de la Resolución No 0-0027 del 18 de enero de 2007 en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali.

-Mediante la Resolución No 2-2140 de 1º de septiembre de 2009 se ordenó trasladar a la doctora Martha Lucía Rodríguez de Castañeda Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá a la Dirección Seccional de Fiscalías de Villavicencio.

-Con escrito de 18 de septiembre de 2009, petitionó la accionante prórroga del traslado debido a razones personales, la cual fue negada con oficio STGR-01955 de 30 de septiembre de 2009.

-Posteriormente solicitó la demandante se le otorgara permiso laboral por medio de escrito de 30 de septiembre de 2009.

-El día 2 de diciembre de 2009 la demandante elevó petición de licencia no remunerada por fuerza mayor.

-Con Resolución No 618 del 5 de octubre de 2009 se concede licencia ordinaria por 30 días a la señora Rodríguez de Castañeda.

-Por medio de escrito de fecha 8 de octubre de 2009 solicitó la demandante traslado de la Dirección Seccional de Villavicencio a la Dirección Seccional de Cali.

-A raíz de la petición incoada se profirió la Resolución No 2-2768 de 30 de octubre de 2009 por medio de la cual se efectúa el traslado de la doctora Martha Lucía Rodríguez de Castañeda de la Dirección Seccional de Fiscalías de Villavicencio a la Dirección Seccional del Fiscalías de Cali.

-Mediante Resolución 0-5388 de 25 de noviembre de 2009, la Fiscalía General de la Nación dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la accionante.

2.4. Caso concreto

La señora Martha Lucía Rodríguez de Castañeda fue nombrada en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación a través de la Resolución No 0-0027 del 18 de

enero de 2007 en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali.

Posteriormente a través de la Resolución 0-5388 de 25 de noviembre de 2009, la Fiscalía General de la Nación dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la accionante, en contra del cual se interpuso la respectiva demanda.

La acción interpuesta tuvo como cargos de nulidad en contra del acto administrativo acusado, los siguientes: i) las actuaciones de la autoridad nominadora se encaminaron, desde los traslados, a prescindir injustificadamente de la demandante; ii) se desconoció su meritorio servicio durante más de 15 años; iii) la FGN no utilizó criterios objetivos para definir a quienes ni en virtud de que secuencia habría que reemplazar con fiscales del registro de elegibles del concurso de méritos; iv) en Cali encargaron a cinco servidores, luego no era necesario retirarla hasta tanto llegara, por efectiva posesión, reemplazo en periodo de prueba o de carrera.

Ninguno de los anteriores cargos fue acogido por el Tribunal Administrativo de Casanare en el fallo impugnado, al no declarar desvirtuada la legalidad del acto de retiro de la demandante, con sustento en los siguientes fundamentos: existe una precaria estabilidad del servidor nombrado en provisionalidad ante la persona que venga de un concurso de elegibles, además que las premisas jurídicas abstractas no fueron acompañadas de la pertinente demostración de los hechos.

Inconforme ante esta decisión, el apoderado de la actora en el recurso de apelación dirigió sus reproches en reiterar los cargos de nulidad, al considerar infundados los argumentos del *a quo* que negó las súplicas de la demanda.

Así las cosas, procederá la Sala a resolver cada uno de los argumentos de discrepancia, como son: i) no era necesario retirar a la demandante hasta tanto

llegara, por efectiva posesión, reemplazo en periodo de prueba o de carrera; ii) las actuaciones de la autoridad nominadora se encaminaron, desde los traslados, a prescindir injustificadamente de la demandante, y iii) no se mejoró el servicio pues se procedió al nombramiento en encargo.

i) no era necesario retirar a la demandante hasta tanto llegara, por efectiva posesión, reemplazo en periodo de prueba o de carrera.

Resalta que al desvincularse *ipso facto* de la entidad a la actora, sin que se hubiese agotado el procedimiento, ya que en el mismo acto administrativo se realiza el nombramiento del doctor Henry Alberto Díaz Navas en periodo de prueba, pero sin contar con el trato digno de dar espera a la aceptación o no del funcionario nombrado y su debida posesión, contrario a ello, se precipitó su retiro de manera inmediata.

Para resolver el fondo del asunto planteado, se considera que le asistió la razón al Tribunal al negar la nulidad de la Resolución No 0-5388 de 25 de noviembre de 2009, por medio de la cual se da por terminado el nombramiento en provisionalidad de la actora y procede a nombrar en periodo de prueba a la persona que ganó el concurso.

El retiro de la demandante no fue arbitrario toda vez que obedeció a la necesidad de implementar la carrera administrativa, es decir nombrar a las personas que habían superado el concurso de méritos para lo cual el acto administrativo de desvinculación se motivó en tal forma, lo que constituye una verdadera explicación que evidencia las razones por las cuales se retiró del servicio a la accionante.

Nótese que los empleados nombrados en provisionalidad no tienen una estabilidad igual a los nombrados en carrera administrativa, ya que el objetivo de este nombramiento es evitar que se interrumpa la prestación del servicio público hasta tanto se nombre a la persona que gane el concurso de méritos.

Al encontrarse vigente el sistema de carrera, el ingreso y ascenso se hará previo cumplimiento de requisitos y condiciones fijados en la ley, la que además determinará méritos y calidades que deberán acreditar quienes aspiren a ostentar uno de tales empleos.

Entonces, la provisión de un empleo de carrera, conforme al artículo 7º de la Ley 443 de 1998, se hará, previo concurso de méritos, por nombramiento en período de prueba, o por ascenso.

No obstante, lo mencionado, estima la accionante que la terminación de su nombramiento en provisionalidad no obedeció a criterios objetivos, pues existía seis cargos vacantes de Fiscales en la Dirección Seccional de Cali, por lo que no entiende porque justamente el despacho de la doctora Rodríguez de Castañeda y no otro el escogido para el nombramiento.

Frente a este argumento se resalta que el nombramiento en provisionalidad de la señora Martha Lucía Rodríguez de Castañeda no le otorgaba fuero de estabilidad propio de la carrera y en esta medida el ejercicio de la facultad discrecional de la administración al retirarla del servicio se basó en la realización de un nombramiento a partir del registro de elegibles, hecho que constituye un criterio objetivo amparado por el artículo 125 de la Carta Política, dado que el interés de la actora de permanecer en su cargo debe ceder ante el interés público de garantizar que en el ejercicio de las funciones públicas prime el mérito.

Si bien la entidad demandada nombró en el puesto que la demandante desempeñaba a quien aprobó el concurso y, en consecuencia, dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, lo anterior fue motivado en que la Fiscalía General de la Nación removió a los funcionarios que no tenían ninguna opción de permanencia, bien porque no concursaron o porque no pasaron el concurso, iniciando por quienes no se presentaron a ninguna de las convocatorias, siguiendo

con los que no pasaron y finalmente con quienes estaban ubicados en los últimos puestos de la lista de elegibles.

Por otro lado, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, la antigüedad en el desempeño de las funciones del empleado público no constituye un fuero de inamovilidad, máxime si su nombramiento es en provisionalidad, como quiera que el transcurso del tiempo en el cargo designado no es una condición que por sí solas sean suficientes para enervar el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción del nominador.

Así las cosas, al verificarse en el proceso, que la señora Martha Lucía Rodríguez de Castañeda, ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad, tenía derecho a que existiera un acto de desvinculación en donde se plasmara las razones por las cuales se había adoptado tal determinación, lo que efectivamente sucedió al manifestarse en la Resolución No 0-5388 de 25 de noviembre de 2009, lo siguiente:

“Que de acuerdo a las consideraciones anteriores, se hace necesario proveer en periodo de prueba los cargos convocados a concurso, con base en el orden de mérito contenido en el Registro Definitivo de Elegibles conformado mediante el Acuerdo No 007 de noviembre 24 de 2008.

Que en la actualidad la Fiscalía General de la Nación cuenta con un Registro Definitivo de Elegibles en firme para proveer los 732 cargos de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DE CIRCUITO, sometidos a concurso de méritos, de conformidad con la convocatoria 002-2007.

Que se hace necesario realizar el nombramiento en periodo de prueba al doctor HENRY ALBERTO DIAZ NAVAS, quien ocupa el puesto No 215 dentro del Registro Definitivo de Elegibles, contenido en el Acuerdo No 007 de 2008, para el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DE CIRCUITO.

Que mediante Resolución No 0-0027 del 18 de enero de 2007 se nombró en provisionalidad a la doctora MARTHA LUCIA RODRIGUEZ DE CASTAÑEDA, con cédula de ciudadanía 31859836 en el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DE CIRCUITO de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali.

“Que la doctora MARTHA LUCIA RODRIGUEZ DE CASTAÑEDA no forma parte del Registro Definitivo de Elegibles, por no haber superado el concurso de méritos convocado para proveer los 732 cargos de FISCAL DELEGADO

ANTE JUECES DE CIRCUITO, sometidos a concurso de méritos, de conformidad con la convocatoria 002-2007.

Que en consecuencia es necesario dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la doctora MARTHA LUCIA RODRIGUEZ DE CASTAÑEDA, con cédula de ciudadanía No 31859836, en el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DE CIRCUITO de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, con el propósito de garantizar a quienes obtuvieron por mérito el derecho a ser nombrados e ingresar en período de prueba, de conformidad con el orden estricto de mérito establecido en el registro de elegibles correspondientes a la convocatoria 002-2007”.

En este orden, la Sala no comparte lo expuesto por la recurrente, toda vez que, ante la implementación del sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación, procedía la terminación del nombramiento en provisionalidad de la actora, quien apenas gozaba de una estabilidad relativa. En este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011:

“En razón de la naturaleza global de la planta de personal de la Fiscalía, tal como la definió el legislador, y el carácter provisional de la vinculación que ostentaban quienes hacen parte de este grupo de accionantes, la Sala considera que el Fiscal General gozaba de discrecionalidad para determinar los cargos que serían provistos por quienes superaron el concurso; por tanto, no se podía afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de estos servidores, al no haberse previsto por parte de la entidad, unos criterios para determinar qué cargos serían lo que expresamente se ocuparían con la lista de elegibles.

La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.”

Insiste la accionante en la existencia de seis cargos vacantes en la Dirección

Seccional de Fiscalías de Cali lo que tampoco constituía impedimento para retirar del servicio a la demandante, debido a que la planta de personal de la accionada es global y flexible.

No comparte la Sala lo afirmado por la parte actora en cuanto a que debió ser reemplazada por el funcionario que superó el concurso de méritos, cuando este aceptara y tomara posesión del cargo.

No existe dentro de la normatividad que regula la carrera administrativa, la exigencia de que la terminación del nombramiento provisional esté condicionada a que el funcionario nombrado deba aceptar y posesionarse en el cargo para que este sea efectivo.

Los empleos de carrera por regla general se deben ocupar a través de un concurso de méritos, por las personas que lo ganaron, respecto de dicho personal se procederá a seguir el procedimiento para aceptar el cargo, y posesionarse en el mismo, y una vez supere el periodo de prueba sea inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, derechos que se predicán del empleado de carrera, pero no para el funcionario con nombramiento provisional, como sucede con la accionante en el caso concreto, quien tiene una estabilidad relativa, por lo que para proceder al retiro del servicio simplemente debe motivarse la decisión con la necesidad de nombrar en periodo de prueba los cargos convocados a concurso, con base en el orden de mérito.

Efectivamente el doctor Henry Alberto Díaz Navas no aceptó el cargo para el cual había sido nombrado Fiscal 134 Seccional Delegado ante los Jueces del Circuito de El Cerrito – Valle, no obstante, lo anterior esta situación no le comunica ilegalidad al acto por medio del cual se terminó la vinculación de la demandante, pues no se requería que este aceptara el cargo y se posesionara en él.

No se evidenció el desborde de la facultad discrecional, cuando durante el proceso

de concurso de méritos, no se satisfizo por el nombrado de la lista de factores como aceptación y posesión.

Cuando por razones de estricta necesidad para evitar afectación en la prestación del servicio, se podrá autorizar encargos en empleos de carrera, en las vacancias temporales generados por la no aceptación de la designación, sin que ello implique desconocimiento del concurso de méritos.

Tampoco se estableció la vulneración del artículo 5 del CPACA que relaciona dentro de los derechos de las personas ante las autoridades el “*Ser tratado con el respeto y la consideración debida a la dignidad de la persona humana*”, toda vez que durante el trámite de la desvinculación de la demandante en calidad de servidora con nombramiento provisional, no se estableció la violación de la dignidad humana de la desvinculada, todo lo contrario, se dio estricto cumplimiento a lo normado en la ley.

ii) las actuaciones de la autoridad nominadora se encaminaron, desde los traslados, a prescindir injustificadamente de la demandante

Argumenta la parte actora que no se debió a la aplicación eficaz del concurso por la cual se le retiró del servicio, pues existen actuaciones previas, como son el traslado, así como la negativa de la concesión de la prórroga y la necesidad de solicitar licencia no remunerada, así como por solicitud propia se produjo su traslado de la Seccional de Villavicencio a la Seccional de Cali y sin que transcurra un mes de esta última novedad es emitido el acto acusado, de donde se puede inferir el afán de prescindir de sus servicios.

Es cierto que una vez se expidió la Resolución No 2-2140 de 1º de septiembre de 2009 que ordenó trasladar a la doctora Martha Lucía Rodríguez de Castañeda Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá a la Dirección Seccional de Fiscalías de Villavicencio, con escrito de 18 de

septiembre de 2009, peticionó la accionante prórroga del traslado debido a que en ese momento estaba gozando de sus vacaciones, además por encontrarse en ese momento con su señora madre quien vive en los EEUU y por tener firmado un contrato de arrendamiento, la cual fue negada con oficio STGR-01955 de 30 de septiembre de 2009, dado que el acto de traslado obedeció a estrictas necesidades del servicio.

Posteriormente, la demandante solicitó se otorgara permiso laboral por medio de escrito de 30 de septiembre de 2009, ya que debía atender asuntos personales.

Igualmente, el día 2 de diciembre de 2009 la demandante elevó petición de licencia no remunerada por fuerza mayor, la que fue concedida mediante Resolución No 618 del 5 de octubre de 2009 por el término de 30 días.

Finalmente, por medio de escrito de fecha 8 de octubre de 2009 solicitó la demandante traslado de la Dirección Seccional de Villavicencio a la Dirección Seccional de Cali, teniendo en cuenta que sus hijos y familia en general se encuentran en dicha ciudad, debiendo viajar con su madre dos veces a Cali por razones médicas.

Es por ello por lo que se profirió la Resolución No 2-2768 de 30 de octubre de 2009 por medio de la cual se efectúa el traslado de la doctora Martha Lucía Rodríguez de Castañeda de la Dirección Seccional de Fiscalías de Villavicencio a la Dirección Seccional del Fiscalías de Cali.

Observa la Sala que el hecho de haberse trasladado a la demandante primero a la ciudad de Villavicencio por razones del servicio y después a la ciudad de Cali, por solicitud propia, no prueba la desviación de poder pretendida, esto es que la finalidad de la accionada siempre fue el retiro del servicio de la accionante, se trata de movimientos de personal donde prima la satisfacción del servicio público.

El traslado de sede se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que se desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares, por lo que el hecho de acudir a dicha figura no significa que se quiera prescindir de los servicios del trasladado.

No existe relación de causalidad entre el traslado aceptado a la demandante por petición propia con la terminación del nombramiento provisional por la necesidad de nombrar a la persona que superó el concurso de méritos, así el acto de retiro del servicio se hubiera proferido un mes después de ocurrido el traslado de sede.

iii) no se mejoró el servicio pues se procedió al nombramiento en encargo

Aduce que se debió nombrar en encargo en la Fiscalía 134 Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de El Cerrito, al doctor Martín Vicente Burbano Torres, quien ocupaba el cargo de Asistente de Fiscal y se encontraba en calidad de encargo como Fiscal Local de esa municipalidad (El Cerrito Valle).

Sostiene la accionante que no pretende descalificar las calidades del encargado doctor Martín Vicente Burbano Torres, pero en las reglas de calificación de experiencia, prima quien ha desempeñado idénticas funciones o quien las está ejerciendo.

El ordenamiento jurídico colombiano ha previsto dos modalidades de provisión transitoria de empleos de carrera, el encargo y el nombramiento provisional, formas que proceden no solo para la provisión temporal de vacancias definitivas, sino también de las temporales.

Para efecto de utilizar el nombramiento en encargo la norma exige que se acrediten los requisitos de estudio y experiencia, lo mismo que el perfil para desempeñar el cargo, a pesar de ello dentro del sub-judice no se ataca el encargo

por falta de requisitos del reemplazante, hace consistir la causal de anulación en que se debió preferir a la demandante por la experiencia, por haber desempeñado idénticas funciones o por estarlas ejerciendo en la actualidad, criterios que no se encuentran establecidos en la ley.

De otra parte la Ley 909 de 2004, se refirió a la situación administrativa del encargo, para puntualizar que este deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente, sin que la parte interesada hubiese argumentado que se desconociera la citada norma.

Por lo expuesto no se presenta la causal alegada por la circunstancia de haberse declarado insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la actora, pues la entidad actuó de acuerdo con las facultades constitucionales para el efecto.

Pone en conocimiento de esta instancia la Resolución No 0911 de junio 14 de 2012 que se expidió en cumplimiento de la sentencia SU-446 de 2011.

Antes de realizar cualquier otro pronunciamiento debe precisar la Sala que la sentencia SU-446 de 2011 fue proferida en forma posterior al retiro de servicio de la parte actora ocurrida mediante Resolución No 0-5388 del 25 de noviembre de 2009, que dio por terminado el nombramiento en provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, que ocupaba la señora Martha Lucía Rodríguez de Castañeda.

No obstante, lo indicado de conformidad con lo considerado en la sentencia SU 446 de 2011 de la Corte Constitucional, la parte resolutive ordenó:

«TERCERO.- ORDÉNASE a la Fiscalía General de la Nación, VINCULAR en forma provisional, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o

equivalente al que ocupaba, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: i) ser madres o padres cabeza de familia; ii) ser persona próximas a pensionarse, entiéndase a quiénes para el 24 de noviembre de 2008 – fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008 – les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección.

La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010 (...).

Tal como se anotó la sentencia de unificación no podía proteger derechos de carrera a quienes demostraron estar en situación de protección especial, es decir, no hizo retroactivos sus efectos al momento del retiro del servicio, en consideración a que por estar nombrados en provisionalidad no ostentaban el derecho legítimo a permanecer en el empleo, es decir, dio prevalencia a los derechos adquiridos por mérito.

En conclusión, para la Sala es claro que el cargo de la demandante como Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, era de carrera y, por ende, la entidad demandada podía nombrar en ese empleo a quien superó el concurso de méritos, toda vez que la accionante estaba nombrada en provisionalidad.

En atención a lo previamente señalado, la Sala comparte la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues la demandante no desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo a través del cual se terminó el nombramiento provisional.

III. DECISIÓN

Visto lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Casanare que negó las pretensiones de la demanda.

En mérito de 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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 7 de febrero de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, por las razones esbozadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Se deja constancia que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema valida la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.

CUARTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente)

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Ausente con excusa

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E)

(Firmado electrónicamente)

CARMELO PERDOMO CUÉTER