



4

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

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 25000-23-25-000-2009-00530-02 (2796-2013)
Demandante : **Fabio Hernández Forero**
Demandado : Nación - Fiscalía General de la Nación
Tema : Terminación de nombramiento en provisionalidad de empleado con fuero sindical y aceptación de renuncia de funcionario de carrera

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante (ff. 532 a 535 c. ppal.) contra la sentencia de 11 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección A)¹, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La acción (ff. 111 a 139 c. ppal.). El señor Fabio Hernández Forero, mediante apoderada, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra la Nación - Fiscalía General de la Nación, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad de las Resoluciones (i) 0-1731 de 4 de mayo de 2009, por la cual la Fiscalía General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del accionante en el cargo de fiscal delegado ante tribunal de distrito de la dirección seccional de fiscalías de Bogotá y se le ordenó reasumir las funciones de fiscal delegado ante jueces del circuito de la misma dirección seccional; y (ii) 2-1014 de 11 de mayo de 2009, por la que la secretaría general de la Fiscalía aceptó la renuncia presentada por el actor al empleo de fiscal delegado ante jueces de circuito.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada (i) reintegrar al actor al cargo de fiscal delegado ante tribunal de distrito de la dirección seccional de fiscalías de Bogotá «[...] *en las mismas condiciones laborales de tiempo, modo y lugar, en que se*

¹ Folios 504 a 531 c. ppal.



encontraba el 4 de mayo de 2009, fecha en que se declaró la insubsistencia del mismo»; (ii) pagar «[...] todos los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales, incluidos los aportes al Sistema de Seguridad Social [...]»; dejados de devengar, en condición de fiscal delegado ante el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, desde su desvinculación; (iii) indexar las sumas adeudadas con el índice de precios al consumidor (IPC); y (iv) cancelar intereses moratorios «[...] teniendo en cuenta lo ordenado por el artículo 178 del CCA., 111 de la Ley 510 de 1999, y lo previsto en las sentencias T— 418 de 1996, y C-188 de 1999»; por último, condenar en costas y agencias en derecho a la accionada.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata el actor que fue vinculado a la Fiscalía General de la Nación, mediante Resolución 85 de 20 de octubre de 1997, en la que además se dispuso su inscripción en el escalafón de carrera de la entidad, en el cargo de fiscal seccional.

*Que «A partir del 13 de marzo de 2006, desempeñó el cargo de **FISCAL DELEGADO ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE BOGOTA**, según nombramiento provisional efectuado [...] mediante Resolución No. 0 - 582 de esa fecha».*

Dice que en asamblea nacional de delegados de la organización sindical de primer grado Asociación Nacional de Funcionarios y Empleados de la Rama Jurisdiccional (Asonal Judicial), realizada entre el 29 de noviembre y el 1° de diciembre de 2007, fue elegido presidente y representante legal, designación que le fue notificada a la Fiscalía el 17 de junio de 2008 e inscrita por el entonces Ministerio de la Protección Social, con Resolución 979 de 14 de marzo de 2008, por lo que gozaba de fuero sindical.

Que a través de Resolución 0-1731 de 4 de mayo de 2009, se declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad en el empleo de fiscal delegado ante tribunal de distrito y se le ordenó reasumir las funciones de fiscal delegado ante jueces del circuito de la dirección seccional de fiscalías de Bogotá, cuando aún se encontraba protegido por el fuero sindical.

Advierte que «Actualmente se tramita ante el Juez competente la demanda especial por fuero sindical (acción de reintegro), pero se requiere el trámite de este proceso ordinario para que sea el Juez Administrativo el que decida la petición de nulidad de los Actos Administrativos demandados».



Que «*La anterior decisión se sustentó en el hecho de que era necesario proveer en período de prueba por tres meses, los cargos vacantes en la entidad, con base en el orden de mérito contenido en el Registro Definitivo de Elegibles expedido por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación*», pero el único empleo provisto fue el que él ejercía.

Afirma que su desvinculación «*[...] se produjo en el momento en que la Organización Sindical, adelantaba negociaciones con el Gobierno Nacional, con el propósito de lograr un acuerdo frente a los puntos planteados en el pliego de peticiones presentado por ASONAL JUDICIAL el año anterior, cuyo desconocimiento generó la Huelga adelantada por la totalidad de los trabajadores de la Rama Judicial, cuya ilegalidad también se encontraba en trámite, cuando el actor fue retirado del servicio*».

Que «*Con el propósito de que no fuera afectado el promedio que debe servir de base para el reconocimiento de su pensión de Jubilación, por la disminución del ingreso base de liquidación [...]*», presentó renuncia al empleo de fiscal delegado ante jueces del circuito, a partir del 14 de mayo de 2009.

Agrega que «*Los demás nombramientos efectuados por la Fiscalía General de la Nación, en periodo de prueba, en los cargos de **FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL DEL DISTRITO**, en aplicación del Registro Definitivo de Elegibles, se realizaron con posterioridad al trámite de Agotamiento de la Vía Gubernativa de [su] Reclamo [...]*».

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto administrativo demandado los artículos 1º, 2º, 13, 25, 53, 58, 113, 123, 189 y 336 de la Constitución Política; 176, 177 y 178 del CCA; 408 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo; 2º y 113 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; 42 A de la Ley 270 de 1996 (adicionado por la Ley 1285 de 2009); y la Ley 938 de 2004.

Arguye «*Si la Fiscalía General de la Nación consideraba que debía darle cumplimiento al Acuerdo No. 007 de 2008 y que éste [sic] hecho debía estar por encima de los Derechos del [demandante] a seguir ocupándolo y ante el conocimiento incontrovertible de su calidad de Presidente del Sindicato que agrupa a los Servidores Públicos de dicho Organismo, que tenía el mismo Fiscal General de la Nación, era obligatorio, por disposición legal y*



constitucional adelantar el Debido Proceso de que tratan el artículo 29 de la Constitución Política del país y 113 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para pedir el permiso de la autoridad competente (juez del trabajo), con el fin de que se permitiera desmejorar al demandante, con fundamento en todas las razones que justificaran la decisión que se tomaría».

*Alega falsa motivación, comoquiera que su insubsistencia comportó «[...] un mecanismo utilizado por la demandada para desconocer el derecho de Asociación Sindical de los afiliados a **ASONAL JUDICIAL**, a través de una evidente persecución ejercida contra su presidente [...]».*

*Que «El agravio causado al trabajador [...] es evidente: no solo se afecta su situación como Presidente de **ASONAL JUDICIAL**, sino que se desmejoraron gravemente sus condiciones de trabajo, hasta tal punto que se vio obligado a renunciar a su cargo de **FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DE CIRCUITO**; todo ello, sin ninguna justificación porque aunque en el contenido de la Resolución que declaró la insubsistencia de su nombramiento, se enumeran algunas consideraciones como sustento de la misma, la causa alegada se desvirtúa con el sólo hecho de que [su] cargo [...] fue el único de tal nivel que en ese momento fue proveído [sic] con aplicación del Registro Definitivo de Elegibles y generó la desvinculación del trabajador, a pesar de que en su mayoría, quienes ocupan dichos cargos, también ostentan nombramientos provisionales y al momento de la presentación de esta demanda, como lo acreditó la misma entidad demandada, continúan en dicha situación».*

1.5 Contestación de la demanda (ff. 145 a 175 c. ppal.). La entidad accionada, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y se refirió a cada uno de los hechos de la demanda, en el sentido de que algunos son ciertos, otros no, unos parcialmente y los demás no le constan.

*Asevera que «De conformidad con los hechos de la demanda y el acervo probatorio obrante en este proceso contencioso administrativo, se tiene que el Señor **FABIO HERNÁNDEZ FORERO** se vinculó en **PROVISIONALIDAD** a la Fiscalía General de la Nación para el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal del Distrito mediante resolución [...] 0-0582 del 13 de marzo de 2006, pero previo a lo anterior el señor actor se encontraba antes de presentar renuncia al cargo a mencionar a continuación inscrito en carrera para el cargo de **FISCAL SECCIONAL**, mediante acto administrativo [...]*



085 del 20 de octubre del año 1997 como lo dispuso la Comisión Nacional de Administración de Personal».

Que el accionante «[...] *al momento de declarársele insubsistente, mediante Resolución No. 0-1731 del 04 de Mayo de 2009, desempeñaba el Cargo de Fiscal delegado ante el Tribunal de Distrito, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá de la Fiscalía General de la Nación, en [...] **PROVISIONALIDAD**, es decir no ostentaba la calidad de funcionario de carrera, como tampoco la de empleado de período fijo que le diera estabilidad relativa en el cargo; y a pesar que estaba amparado por fuero sindical por ser el Presidente de ASONAL JUDICIAL, situación que al decir de su abogado le otorga estabilidad relativa en el cargo; se reitera, **su situación era la de un funcionario en PROVISIONALIDAD**, ya que como se esta [sic] debatiendo en la Jurisdicción Ordinaria Laboral, esta estabilidad es relativa, ya que el nominador estaba facultado para declararlo insubsistente porque los resultados del concurso de méritos no lo ubicaron dentro de las 52 vacantes según la convocatoria 004 de 2007 [...]».*

1.6 La providencia apelada (ff. 504 a 531 c. ppal.). El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección A), en sentencia de 11 de abril de 2013, negó las súplicas de la demanda, al considerar que «[...] *el actor en el cargo que desempeñaba como Fiscal Delegado ante Tribunal del Distrito ejercía una función jurisdiccional, de conformidad con lo señalado constitucionalmente [artículo 116 superior] lo que lo ubica dentro de la excepción señalada en [el parágrafo 1º del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo] frente al fuero sindical para los servidores públicos».*

Que «[...] *la entidad demandada lo que hizo fue dar aplicación a la ley de carrera, al nombrar en periodo de prueba en el cargo que ocupaba el demandante a quien tenía derecho conforme a la lista de elegibles conformada con ocasión de la Convocatoria No. 004 de 2007, siendo procedente terminar la vinculación de quien ocupare dicho cargo que para el caso concreto se refiere al señor FABIO HERNÁNDEZ FORERO, circunstancia que quedó planamente [sic] demostrado en este proceso con los documentos aportados oportunamente de los cuales se desprende que una vez se declaró al actor insubsistente la entidad procedió a nombrar en periodo de prueba a quien seguía en turno conforme la referida lista».*

Sostiene que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del



Consejo de Estado «[...] *los derechos de carrera de quien ha superado el concurso deben ser garantizados por la entidades estatales, aún si el cargo para el cual concursó esta [sic] siendo desempeñado por quien ostenta la calidad de miembro de la Junta Directiva de un sindicato, quien deberá ser declarado insubsistente por no ostentar derechos de carrera en el mismo, ya sea por no haber concursado en el [sic] o de haber[lo] hecho no haberlo superado o no ocupar el puesto exigido para ser nombrado en carrera, lo que implica que la entidad no esta [sic] en la obligación de [...] solicitar la autorización del Juez laboral para el retiro en estas condiciones».*

Que «[...] *la entidad procedió a proveer los cargos ofertados en la convocatoria de 2007, nombrando a quienes la superaron en periodo de prueba [...], no obran a contrario sensu pruebas que acreditaran el supuesto de hecho alegado por el actor de que la decisión estuvo encaminada a causar un perjuicio al demandante por el ejercicio de su derecho sindica. En consecuencia, la entidad actuó en cumplimiento de la ley al garantizar los derechos de carrera de quien ocupó el puesto en la lista de elegibles resultante del concurso adelantado por la Fiscalía General de la Nación para proveer los cargos de Fiscal Delegado ante el Distrito».*

Por otra parte, indica que el vicio de falta de competencia, aducido por el accionante, «[...] *se refiere al hecho de que el acto administrativo sólo puede ser expedido por quien este [sic] facultado para ello, de conformidad con las funciones que se le hubieren asignado, lo cual no puede ser confundido con la obligación que tiene la entidad de cumplir con un requisito legal que en el presente caso se refiere a la autorización del juez laboral para declarar insubsistente a un empleado, por lo cual el nominador si [sic] tenía la competencia para expedir el acto administrativo por ser parte de sus funciones, independientemente de la necesidad de contar con la referida autorización, motivo por el cual el acto demandado no esta [sic] viciado de nulidad por falta de competencia».*

En cuanto a la renuncia presentada por el accionante, encuentra que fue «[...] *libre y espontánea al considerar que las nuevas circunstancias laborales en el cargo que ocupaba en carrera no eran suficientes para su desarrollo personal, circunstancia de la cual no se desprende necesariamente que la declaratoria de insubsistencia lo hubiere dejado sin posibilidades económicas para su sustento a tal punto que lo llevó a presentar dicha renuncia».* Además, «[...] *no desplegó el actor actividad probatoria alguna que le permitiera concluir a la Sala que la renuncia presentada al cargo de carrera*



hubiere sido a consecuencia de presión o constreñimiento por parte de la entidad por su participación en actividades sindicales propias de su condición de representante de Asonal, ni se demostró la existencia de nexo causal entre la declaratoria de insubsistencia y la renuncia del actor».

1.7 El recurso de apelación (ff. 532 a 535 c. ppal.). Inconforme con la anterior sentencia, el demandante, mediante apoderada, interpuso recurso de apelación, al estimar que «[...] *la parte demandante sí cumplió con la carga de la prueba que le correspondía, y demostró cada una de las afirmaciones que sustentaron la demanda, especialmente, la manera en que sus derechos mínimos fundamentales fueron afectados con las decisiones que tomó la Fiscalía General de la Nación a través de los Actos Administrativos demandados*» (sic).

Que «*Desconoció el Tribunal en su fallo, que la actuación adelantada por la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, para proferir los Actos Administrativos demandados, se sustentaron en el cumplimiento de las normas que regulan la Carrera Administrativa al interior de la entidad y específicamente en el respeto de los derechos laborales de las personas que participaron en el concurso de méritos y que luego de someterse a todo el proceso de selección, obtuvieron el puntaje suficiente para formar parte de la lista de elegibles; no obstante esta argumentación se desvirtúa con la forma y modo en que se realizó el proceso de nombramientos en periodo de prueba de los funcionarios que aspiraron al cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal Superior, en el cual - se reitera - el primer funcionario en ver afectadas sus condiciones laborales, fue precisamente quien ostentaba la calidad de representante de los trabajadores, en su condición de dirigente sindical, circunstancia que evidencia la persecución sindical de que fue objeto*».

Alega que «*No tuvo en cuenta el Tribunal, el hecho de que entre el primer nombramiento en periodo de prueba efectuado por la demandada para dar cumplimiento al proceso de selección - el del funcionario que reemplazó al demandante - y el último, que según la información suministrada por la demandada, correspondió al Doctor HUGO FERNANDO RUEDA, como se indica en el fallo, transcurrió casi un año, hecho que evidencia la especial intención de la entidad, al proferir el Acto Administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad del demandante, que no era solamente cumplir las normas de Carrera Administrativa y el proceso de selección que estaba en trámite, sino además, afectar las condiciones laborales del demandante, a pesar de que frente a los demás funcionarios de*



la entidad, en su misma situación, gozaba de una garantía adicional que le generaba una “relativa” estabilidad».

Que «[...] el Tribunal no tiene en cuenta, que obran en el expediente los documentos que acreditan cuál es el ingreso mensual que corresponde a cada uno de los Cargos descritos y en consecuencia, el impacto económico que sufrió el demandante, al disponerse la insubsistencia de su nombramiento provisional. No se desconoce el hecho de que tenía garantizado un ingreso al continuar desempeñando el cargo de carrera que ostentaba, pero ello no solo significaba una ostensible rebaja en su ingreso fijó [sic] mensual, sino la afectación del ingreso base de liquidación que se reportaba a CAJANAL, para el reconocimiento de su pensión de jubilación».

II. TRÁMITE PROCESAL.

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 21 de mayo de 2013 (ff. 538 a 541 c. ppal.) y admitido por esta Corporación a través de auto de 22 de agosto siguiente (f. 545 c. ppal.), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las otras partes por estado, en cumplimiento del artículo 212 del CCA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con auto de 18 de octubre de 2013 (f. 547 c. ppal.), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara.

2.1.1 Entidad accionada (ff. 556 y 557 c. ppal.). La demandada, a través de apoderada, aduce que «[...] *la Fiscalía General de la Nación prohija [sic] la argumentación vertida por el a-quo al NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, se estima que su razonamiento es plenamente consonante con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia del Tribunal limite [sic] de la Jurisdicción Conteciosa [sic] Administrativa, lo cual, nos releva de hacer mayores elucubraciones sobre el tema».*

2.1.2 Parte demandante (ff. 558 a 560 c. ppal.). El actor, por intermedio de apoderada, insiste en los argumentos planteados en el escrito de alzada y arguye que *«Existían más cargos, ocupados por personas que ni siquiera se presentaron al concurso de méritos, y que no ostentaban ninguna garantía adicional, razón por la cual no existe una explicación válida, más allá del argumento de que para este movimiento de personal no se necesitaba de la*



autorización judicial, a pesar de encontrarse el trabajador amparado con la garantía del fuero sindical, que justifique el tratamiento que le fue dado, en detrimento de sus derechos y por supuesto, de los intereses de la Organización Sindical que presidía para ese entonces»; por lo tanto, «Extrañamente, en este caso específico, cumplió rápidamente, y el primero de los cargos vacantes proveídos, fue precisamente el que ocupaba el Presidente del Sindicato».

2.1.3 Ministerio Público (ff. 562 a 570 vuelto c. ppal.). La señora procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado, quien funge como representante del Ministerio Público, es del criterio que se debe confirmar la sentencia que negó las pretensiones de la presente acción, por cuanto *«Ni en la convocatoria, ni en las normas citadas [artículos 68 de la Ley 938 de 2004 y 22 del acuerdo 1 de 2006], se menciona algún orden específico o prioritario en el que una vez establecida la lista de elegibles para los 52 cargos de Fiscal Delegado ante Tribunal, se realizaría su provisión, designación o nombramiento en periodo de prueba como etapa subsiguiente a la conformación de lista de elegibles dentro del concurso de mérito, luego obedece a una facultad discrecional de la administración, elegir en cual cargo de los ofertados dentro del mismo nivel lo hace, pues no hay sustento legal para obligar a la administración a que lo haga en uno o en otro, cuando estos se encuentran vacantes u ocupados en provisionalidad, luego ninguna ilegalidad de virtud anulatoria se deriva de ello, salvo si existiera alguna situación especial que pusiera al funcionario en situación preferencial frente a otros funcionarios del mismo nivel».*

Que *«Respecto al aforo sindical señalado, y por el cual aduce necesitaba que previamente se obtuviera por parte del empleador una orden judicial para su “desmejoramiento” laboral, es claro que en tratándose de la provisión del cargo por quien tiene derecho a él por haber accedido mediante concurso de méritos y formar parte de la lista de elegibles, el artículo 24 del decreto 760 de 2005, expresamente relevó al nominador de dicho requerimiento [...]».*

Señala que *«[...] no se puede afirmar como se señala en el recurso de apelación, el accionante que no se garantizó la permanencia del demandante en su cargo, con preferencia a otros trabajadores, pues, no se trató de un despido injusto, sino de la insubsistencia de un trabajador nombrado en provisionalidad, quien además si bien es cierto estaba en la lista de elegibles, el puesto ocupado no le alcanzaba para obtener un derecho preferencial sobre sus homólogos, y adicionalmente, tarde que temprano tendría que*



considerar la posibilidad de reasumir su cargo de carrera, como quiera que definitivamente no ostentaba algún fuero de estabilidad legalmente exigible o aplicable que le permitiera continuar desempeñando un cargo diferente al que si estaba inscrito en carrera administrativa y respecto del cual ya hubiere una lista de elegibles vigente, luego ninguna ilegalidad se aviene por este aspecto, por cuanto no se concluye la violación de normas de carrera».

Que «[...] tampoco considera esta Agencia Fiscal, frente a las vagas acusaciones de que la administración vulneró los derechos fundamentales del actor al disponer que removido del cargo que ocupaba en provisionalidad, asumiera el cargo al que tenía derecho como funcionario de carrera, es decir, Fiscal Seccional, y que con dicha decisión se afectaran derechos superiores del accionante como el mínimo vital y la merma en las cotizaciones al sistema de seguridad en pensiones, derivado de la disminución de sus ingresos salariales por el cambio de cargo, la prosperidad de los cargos anulatorios, pues, el hecho de ocupar un cargo en provisionalidad, en este caso con mayores ingresos, al cual accedió el trabajador de forma libre y en provisionalidad, conlleva [...] que por su mismo carácter este sea temporal y no es óbice para que continúe en él sin existir una causa legal, solo por el hecho de haberlo desempeñado por algunos años o en forma eficiente, pues sabía que ello no era definitivo y el algún momento terminaría y a lo mínimo que tendría derecho es volver al cargo del que es titular y percibir los ingresos que por este le correspondan, razón por la cual no le puede válidamente trasladar esta carga a la administración pública, si planeó su vida personal y familiar sobre la totalidad de unos recursos que recibía temporalmente debido a la forma en la que accedió a los mismos».

2.2 Impedimento. Precluida la etapa de alegaciones finales, la consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez manifestó su impedimento para conocer del presente proceso (ff. 574 y 575 c. ppal.), en atención a que integró la Sala que profirió la sentencia apelada, el cual fue aceptado el 13 de mayo de 2015 por la subsección A de la sección segunda de esta Corporación (ff. 577 a 580 c. ppal.), motivo por el cual fue enviado el expediente a este despacho para emitir decisión de fondo.

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 129 del CCA a esta Corporación le corresponde conocer del presente litigio, en segunda instancia.



3.2 Problemas jurídicos. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar la ilegalidad de (i) la terminación de su nombramiento en provisionalidad en el cargo de fiscal delegado ante tribunal de distrito, por cuanto gozaba de fuero sindical y el acto administrativo que adoptó esa decisión se encuentra viciado de falsa motivación; y (ii) de la aceptación de su renuncia en el empleo de fiscal delegado ante jueces del circuito que ocupaba en carrera, ya que como consecuencia de la anterior determinación se le afectó su mínimo vital, lo que lo obligó a presentar tal dimisión.

3.3 Marco normativo y jurisprudencial. En punto a la resolución de los problemas jurídicos planteados en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

3.3.1 Terminación de la provisionalidad. Sea lo primero precisar que el sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación comporta naturaleza especial y ha tenido su regulación a través de la Ley 938 de 2004², «*Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación*», entre otras normas, la cual se encontraba vigente al momento de la vinculación del accionante en provisionalidad (13 de marzo de 2006) y su desvinculación (4 de mayo de 2009), que en su artículo 76³ dispuso:

RETIRO. Es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad en los eventos previstos como causales para tal efecto.

Los demás servidores serán objeto de la facultad discrecional del nominador.

El retiro de la carrera tendrá lugar mediante acto motivado, contra el cual procederán los recursos de la vía gubernativa.

El inciso 2º del precitado artículo fue declarado exequible, mediante sentencia C-279 de 18 de abril de 2007 de la Corte Constitucional (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), «*[...] en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia*», en la que se explicó:

² Diario oficial 45.778 de 31 de diciembre de 2004.

³ El inciso 2º fue



- La motivación de los actos administrativos responde a la garantía de los principios de legalidad y de publicidad y al respeto al derecho al debido proceso, toda vez que dicha motivación permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas. Por lo tanto, la motivación de los actos administrativos asegura la garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso [...].

- En consonancia con lo anterior, a partir de la sentencia SU-250 de 1998 la Corte estableció que cuando un servidor público ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad el acto de desvinculación debía ser motivado, *“pues solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación”* [...]. La Corte también ha distinguido entre la desvinculación de los servidores de libre nombramiento y remoción y la de los servidores de carrera, y resaltó que respecto de los primeros no existe el deber de motivación, en razón de la naturaleza del cargo, mientras que para los segundos sí es necesaria dicha motivación [...]. Así, desde la sentencia T-800 de 1998 se estableció que *“la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.”* [...]

- Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha entendido que los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción [...]. Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.

Así las cosas, para el tribunal constitucional la motivación de los actos administrativos de retiro de empleos provisionales responde a principios constitucionales, tales como el de Estado de derecho, debido proceso y



publicidad en el ejercicio de la función pública. De igual forma, si bien los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no se asimilan a los de libre nombramiento y remoción, sus nominadores deben inexorablemente motivar el acto administrativo de retiro, de manera que la ausencia de motivación, constituye, por sí sola, causal suficiente de anulación del acto administrativo de insubsistencia.

Por otra parte, en relación con la desvinculación del personal en provisionalidad que goza de fuero sindical, el Decreto 760 de 2005, *«Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones»*, en su artículo 24, prevé:

No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.1. Cuando no superen el período de prueba.

24.2. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

Respecto de la constitucionalidad del anterior precepto, la Corte Constitucional, en sentencia C-1119 de 2005 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), sostuvo:

Siendo ello así, en el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una



relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa cuya competencia es del resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. **En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes (CP. art. 125).**

Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos. Así las cosas, en las circunstancias previstas por el artículo 24 del Decreto-ley 760 de 2005 la desvinculación del trabajador se da por mandato constitucional y legal y no por despido o decisión unilateral del nominador. En efecto, una de las causales del retiro del servicio es la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, como lo dispone el artículo 125 de la Ley Fundamental, que se da cuando no se supere el período de prueba; y las otras dos causales, **por no participar en el concurso o por el hecho objetivo de no alcanzar los puntajes requeridos en el mismo para adquirir la vocación de ser nombrado en período de prueba en estricto orden de méritos.**

Se observa entonces, que no existe extralimitación en el en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República para expedir los procedimientos que se han de surtir por y ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues como lo sostienen tanto la entidad interviniente como el Ministerio Público, lo regulado por la norma cuestionada no es un asunto propio del fuero sindical, sino del procedimiento que ha de surtir ante el organismo constitucional competente, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 125 de la Constitución Política. **No se trata en este caso de una modificación al Código Sustantivo del Trabajo en relación con la garantía del fuero sindical, sino una normatividad tendiente a hacer efectivos los principios que orientan la función pública mediante el adecuado**



funcionamiento de la carrera administrativa.

El despido del trabajador sin calificación judicial previa, que desempeña el cargo en provisionalidad y se encuentra amparado con el fuero sindical ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Corporación, en los cuales se ha sostenido que no es necesario acudir a la autorización judicial para retirar a un empleado con fuero, pues las consecuencias jurídicas relacionadas con la relación o vínculo laboral se predicán de una definición legal de carácter general, como lo es el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permiten acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección⁴. Con todo, ello no significa que el despido en estos casos no deba ser precedido de un acto administrativo motivado⁵ que pueda ser controvertido, a fin de evitar el eventual menoscabo de alguno de los derechos fundamentales de los servidores público [negrilla de la Sala].

De acuerdo con el derrotero jurisprudencial precitado, en razón a la temporalidad o transitoriedad de los nombramientos en provisionalidad en empleos de carrera, el solo hecho de gozar de fuero sindical no da lugar a perpetuarse en el ejercicio del cargo, puesto que cuando se cumplan las situaciones objetivas que la ley prevé, ese vínculo laboral desaparece, tal como sucede en el evento en que se designen a quienes han superado el respectivo concurso de méritos, lo que constituye una justa causa de desvinculación que difiere claramente de una decisión arbitraria del nominador, habida cuenta que opera por mandato legal.

3.3.2 Aceptación de renuncia. Acerca del tema, se precisa que el acto de renuncia del servidor público debe ser resultado de la voluntad libre y espontánea, pues al tenor de lo establecido en el artículo 26 de la Constitución Política «*Toda persona es libre de escoger profesión u oficio [...]*».

En lo concerniente a la voluntariedad de la renuncia a un cargo público, el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, «*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones*», compatible con el mandato del artículo 26 superior, dispone:

⁴ Cfr. T-1164/01, T-002/02, T-746/03, entre otras.

⁵ El Decreto 1227 de 2005, “por el cual se reglamenta parcialmente la ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998”, consagra en el artículo 10, la obligatoriedad de motivar la resolución de los nombramientos en encargo o provisionalidad.



Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.

La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio.

La providencia por medio de la cual se acepte la renuncia deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono del cargo. La fecha que se determine para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en el abandono del empleo.

Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualquier otras circunstancias pongan con anticipación en manos del Jefe del organismo la suerte del empleado”.

De igual modo, el Decreto 1950 de 1973⁶, «*Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 [...]»*, vigente a la presentación de la dimisión del actor respecto del cargo de fiscal delegado ante jueces de circuito, preceptuaba:

Artículo 111. La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, en forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio.

Artículo 112. Si la autoridad competente creyere que hay motivos notorios de conveniencia pública para no aceptar la renuncia, deberá solicitar el retiro de ella, pero si el renunciante insiste, deberá aceptarla.

La renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable.

Artículo 113. Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito y en la providencia correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.

⁶ Derogado por el artículo 4 de la Ley 1821 de 2016.



Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno.

De lo anterior se colige que el acto de renuncia a un cargo público debe ser resultado de una manifestación escrita e inequívoca del funcionario de cesar en el ejercicio del empleo que desempeña, de tal suerte que dicho acto debe reflejar la voluntad indiscutible del funcionario de retirarse de su empleo, esto es, una expresión de la voluntad consciente y ajena a todo vicio de fuerza o engaño.

Asimismo, resulta menester precisar que la renuncia si bien es cierto que está precedida de un motivo, sea expreso o no, también lo es que en caso de que sea explícito no invalida por sí solo el acto administrativo de su aceptación, por lo que se deberá demostrar que en efecto ese motivo sea producto de una coacción invencible que excluya el acto voluntario de dimisión

3.4 Caso concreto. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

a) Resolución 85 de 1997 (ff. 193 a 195 c. ppal.), por medio de la cual se inscribió al actor en el escalafón de la carrera de la Fiscalía General de la Nación en el cargo de fiscal delegado ante los jueces penales del circuito.

b) Certificación del entonces Ministerio de la Protección Social de 6 de junio de 2008 (f. 4 c. ppal.), que da cuenta de que la Asociación Nacional de Funcionarios y Empleados de la Rama Jurisdiccional (Asonal Judicial) se encuentra inscrita y vigente como organización sindical de primer grado, con personería jurídica 484 de 16 de enero de 1976. Asimismo, que la junta directiva principal fue inscrita con Resolución 979 de 14 de marzo de 2008, cuyo presidente figura el demandante.

c) Resolución 0-1731 de 4 de mayo de 2009 del fiscal general de la Nación (ff. 177 a 179 c. ppal.), mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del demandante en el empleo de fiscal delegado ante el tribunal de distrito, realizado a través de Resolución 0-0582 de 13 de marzo de 2006, y se le ordena reasumir las funciones de fiscal delegado ante jueces del circuito, cargo en el que fue designado con Resolución 85 de 20 de octubre de



1997 y frente al cual conserva los derechos de carrera, «[...] *con el propósito de garantizar a quienes obtuvieron por mérito el derecho a ser nombrados a ingresar en período de prueba, de conformidad con el orden estricto de mérito establecido en el registro de elegibles correspondiente a la convocatoria 004-2007*», puesto que «[...] *en la actualidad la Fiscalía [...] cuenta con un Registro definitivo de Elegibles en firme para proveer los 52 cargos de FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL DE DISTRITO, sometidos a concurso de méritos, de conformidad con la convocatoria 004-2007*».

d) Escrito de 11 de mayo de 2009, por medio del cual el accionante renuncia irrevocablemente al empleo de fiscal delegado ante los juzgados del circuito de Bogotá (f. 9 y 181 c. ppal.), la cual le fue aceptada con Resolución 2-1014 de la misma fecha (f. 10 y 180 c. ppal.).

e) Oficio 1165 de 19 de marzo de 2010 (ff. 202 a 204 c. ppal.), en el que la Fiscalía General de la Nación informa que el accionante ocupó en el registro definitivo de elegibles, conformado en virtud de la convocatoria 4 de 2007 para proveer empleos de fiscal delegado ante tribunal, el puesto 464 de los 52 ofrecidos, con un puntaje de 64. De igual modo, aquel fue reemplazado por el doctor Jesús Villabona Barajas, nombrado en período de prueba mediante Resolución 0-1763 de 6 de mayo de 2009, quien ocupó el puesto 2 en la mencionada convocatoria, y el último nombramiento en período de prueba correspondió al doctor Hugo Hernando Rueda Jiménez (Resolución 0-0270 de 9 de febrero de 2010).

f) Informe de 2 de agosto de 2011 rendido por la entonces fiscal general de la Nación Viviane Morales Hoyos, según el cual «*La única razón por la que se dio por terminada la provisionalidad del señor Fabio Hernández Forero del cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial, no fue otra que la implementación de la carrera administrativa en la entidad y que el mencionado señor, no obtuvo en las pruebas el puntaje necesario para ubicarse en el registro de elegibles en un lugar que le permitiera acceder a los cargos ofertados*» (ff. 378 y 379 c. ppal.).

g) Memorial de 4 de junio de 2009 presentado por el accionante, mediante apoderado, ante la Fiscalía General de la Nación, por el cual solicita restablecer de manera inmediata sus condiciones laborales, dado que al momento de su desvinculación se encontraba amparado por fuero sindical (ff. 44 a 54 c. ppal.), que fue atendido por oficio de 30 de los mismos mes y año, en el sentido de negarlo porque su insubsistencia fue debidamente motivada



en razones de provisión de la lista de elegibles de los cargos de carrera y su renuncia no fue objeto de vicio de la voluntad (ff. 55 a 57 c ppal.).

h) Informe de la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con el cual «[...] *con fundamento en los resultados del concurso de méritos del área de fiscalías correspondiente a las convocatorias 001-2007, 002-2007, 003-2007, 004-2007, 005-2007 y 006-2007 y de conformidad con el Acuerdo 007 del 24 de noviembre de 2008, la Fiscalía [...] cuenta con Registro Definitivo de Elegibles para proveer los cargos [entre otros] de Fiscal ante Tribunal de Distrito, [...] los cuales se han provisto en estricto orden descendente y a la fecha el número de nombramientos corresponde a [...]*» 52 empleos de fiscal delegado ante tribunal convocados a concurso, de los cuales 23 han sido nombrados a 1° de octubre de 2009. Además, se observa que en período de prueba fueron nombrados 10 empleados del 6 de mayo al 1° de octubre de 2009, entre los cuales se encuentra el señor Jesús Villabona Barajas (ff. 90 y 91 c. ppal.).

i) Sentencia de 17 de agosto de 2010 (ff. 264 a 287 c. ppal.), proferida por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso especial de fuero sindical 619-2009 promovido por el aquí accionante y Asonal Judicial contra la Fiscalía General de la Nación, con ocasión de su insubsistencia sin autorización del juez laboral por gozar aquel de fuero sindical, por medio de la cual se negaron las súplicas de la demanda, al considerar:

[...] se concluye que no era necesaria la autorización del juez del trabajo, que echa de menos la parte accionante, para la declaratoria de insubsistencia del cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, como quiera que [...] éste admite que desempeñaba las funciones atinentes a dicho cargo en provisionalidad; y además, la decisión de la entidad accionada se encuentra debidamente motivada, según lo expuesto en el acto administrativo N° 0-1731 de mayo 04 de 2009, atendiendo lo previsto en las sentencias T-1164 de 2001 y T-002 de 2002.

[...]

Así las cosas, con las pruebas allegadas al plenario no se acreditan los hechos expuestos por el accionante, habida cuenta que éste siguió ejerciendo el cargo de Presidente del [sic] Organización Sindical, cumpliendo con las funciones atinentes al mismo, sin que la declaratoria de insubsistencia hubiese afectado tal condición, razón por la cual no se puede predicar amenaza o vulneración del



derecho de asociación con tal determinación; advirtiéndose que frente a los derechos de carrera no puede prevalecer un derecho o aspiración personal de quien ostenta la calidad de Presidente de “*Asonal Judicial*” para mantenerse en el cargo, desconociendo el derecho de aquellas personas que superaron las etapas del concurso y obtuvieron puntajes superiores al del accionante –*según su propia afirmación*–, teniendo en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia antes citada [C-1119 de 2005]

j) Consultada la página electrónica de la Rama Judicial (www.ramajudicial.gov.co), en el enlace de «*consulta de procesos*», se verificó el historial del expediente citado en la letra precedente (1001310500220090061901), según el cual la anterior sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá (sala laboral) el 22 de noviembre de 2010 (M. P. Eduardo Carvajalino Contreras), al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que ciertamente el accionante (i) fue inscrito en el escalafón de la carrera de la Fiscalía General de la Nación en el cargo de fiscal delegado ante los jueces penales del circuito desde el 20 de octubre de 1997; (ii) mediante Resolución 0-0582 de 13 de marzo de 2006, fue nombrado en provisionalidad en el empleo de fiscal delegado ante tribunal; (iii) con Resolución 979 de 14 de marzo de 2008, se registró su designación como presidente de la asociación sindical Asonal Judicial, (iv) participó en el concurso de méritos para proveer 52 cargos de fiscal delegado ante tribunal (convocatoria 004-2007), de cuya lista de elegibles ocupó el puesto 464; (iv) a través de Resolución 0-1731 de 4 de mayo de 2009, se declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad y se le ordenó reasumir las funciones de fiscal delegado ante jueces del circuito, respecto del cual tenía derechos de carrera, «[...] *con el propósito de garantizar a quienes obtuvieron por mérito el derecho a ser nombrados a ingresar en período de prueba, de conformidad con el orden estricto de mérito establecido en el registro de elegibles correspondiente a la convocatoria 004-2007*»; (v) por medio de Resolución 0-1763 de 6 de mayo de 2009, se nombró en período de prueba al doctor Jesús Villabona Barajas, en el cargo que ocupaba en provisionalidad, quien logró el puesto 2 dentro del concurso; (vi) el 11 de mayo de 2009, presentó renuncia irrevocable al empleo de fiscal delegado ante los juzgados del circuito de Bogotá, la cual le fue aceptada con Resolución 2-1014 de la misma fecha; y (vii) mediante sentencia de 17 de agosto de 2010, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso especial de fuero sindical 619-2009



promovido por él y Asonal Judicial contra la Fiscalía General de la Nación, con ocasión de su insubsistencia sin autorización del juez laboral por gozar de fuero sindical, se negaron las súplicas de la demanda, al estimar que no se requería tal permiso, ya que su retiro tuvo por motivo el nombramiento de personas que habían superado el concurso de méritos en el cargo que ejercía en provisionalidad. Decisión confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá (sala laboral) el 22 de noviembre del mismo año.

En tal virtud, el accionante si bien es cierto que gozaba de una estabilidad laboral relativa en el empleo de fiscal delegado ante tribunal, también lo es que el acto administrativo por medio del cual se terminó su provisionalidad, estuvo motivado en el hecho de que era indispensable proveer, entre otros, su cargo por quien superó el concurso de méritos (convocatoria 004-2007) y de acuerdo con la lista de elegibles, dentro de la cual, a pesar de que participó, ocupó el puesto 464 frente a 52 empleos ofrecidos con dicha denominación.

La anterior motivación, tal como lo ha precisado la Corte Constitucional (sentencia C-1119 de 2005) y lo dejó plasmado el Juzgado Segundo Laboral de Bogotá, constituye una excepción a la protección de los empleados que gozan de fuero sindical, puesto que «[...] *frente a los derechos de carrera no puede prevalecer un derecho o aspiración personal de quien ostenta la calidad de Presidente de “Asonal Judicial” para mantenerse en el cargo, desconociendo el derecho de aquellas personas que superaron las etapas del concurso y obtuvieron puntajes superiores al del accionante [...]*».

Dicho en otras palabras, la transitoriedad del nombramiento en provisionalidad no da lugar a perpetuarse en el ejercicio del empleo de carrera y, por lo tanto, resulta dable su terminación, pese a ser beneficiario de fuero sindical, conforme al artículo 24 del Decreto 760 de 2005⁷, en los siguientes eventos: (i) «*cuando no superen el período de prueba*», (ii) «*cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él*» y (iii) «*cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito*». Si se presenta alguna de las anteriores circunstancias, el empleado provisional no estará amparado del fuero sindical y su retiro podrá efectuarse sin que medie autorización judicial, como acertadamente lo concluyó el *a quo*.

⁷ Cuya aplicación opera de manera supletoria en el caso de la Fiscalía General de la Nación, en virtud del artículo 3° (numeral 2) de la Ley 909 de 2004.



En este orden de ideas, estima esta Sala que la Resolución 0-1731 de 4 de mayo de 2009 se halla acorde con las disposiciones aplicables y el derrotero jurisprudencial citado en precedencia, en la medida en que (i) la terminación del nombramiento en provisionalidad del demandante se produjo como consecuencia de que el empleo de fiscal delegado ante tribunal debía ser provisto por quien superó el concurso de méritos, y (ii) en razón a que el actor fue designado en provisionalidad, y en tal virtud gozaba de una estabilidad laboral relativa, se le respetó su permanencia en el empleo hasta cuando era necesario vincular a la persona en período de prueba que había sobrepasado las etapas del respectivo procedimiento de selección, a pesar de tener fuero sindical, puesto que aquel tiene mejor derecho que el del demandante.

En lo referente a la falsa motivación alegada respecto de la Resolución 0-1731 de 4 de mayo de 2009, cabe precisar que en el evento de que se acuse de nulidad un acto administrativo por dicho vicio, resulta indispensable probar la inexactitud de los hechos que sustentaron la decisión o su apreciación errónea⁸, empero, en el presente caso se tiene que (i) aquella Resolución tuvo como sustento la necesidad de proveer los 52 cargos de fiscal delegado ante tribunal ofrecidos a través de la convocatoria 004-2007, por quienes superaron el concurso de méritos y que según la lista de elegibles debían ser nombrados en período de prueba, y (ii) comoquiera que su nombramiento fue en condición de empleado provisional, podía ser retirado mediante acto administrativo motivado en cualquier momento, entre otras razones legales, por la designación en período de prueba de quien ganó el procedimiento de selección para el respectivo empleo.

En lo atañedor a que el demandante fue el primero al que se le terminó su provisionalidad, dada su condición de presidente de la asociación sindical Asonal judicial, lo cierto es que de acuerdo con el informe de la Fiscalía General de la Nación obrante en los folios 90 y 91 del cuaderno principal, en período de prueba fueron nombrados 10 empleados del 6 de mayo al 1º de octubre de 2009, quienes quedaron en el registro de elegibles conformado dentro de la convocatoria 004-2007, y en la primera fecha fueron nombrados dos: el señor

⁸ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del acto administrativo*. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2016, p. 550. «Este vicio se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad fáctica y/o jurídica, de allí que se dé en las siguientes situaciones:

- Por falsedad en los hechos, esto es, cuando se invocan hechos que nunca ocurrieron, o se describen de forma distinta a como ocurrieron.
- Por apreciación errónea de los hechos, de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo o no corresponden a los supuestos descritos en las normas que se invocan».



Jesús Villabona Barajas, quien fue designado en el cargo que ejercía el actor, y el señor Leonardo Efraín Cerón Eraso, mientras que 8 designaciones más se hicieron entre junio y octubre de ese año, por lo que no existe siquiera un indicio que conduzca a la conclusión de que su calidad de presidente sindical haya sido el móvil de la Administración para adoptar la decisión censurada.

Además, carece de soporte legal y jurisprudencial lo afirmado por el demandante (en el sentido de que en atención a su fuero sindical, no podía proveerse el empleo que ocupaba en provisionalidad entre los primeros, en aras de garantizarle su derecho de asociación sindical), puesto que, tal como lo consideró el juez laboral, pese a la terminación de su nombramiento provisional, *«[...] siguió ejerciendo el cargo de Presidente del [sic] Organización Sindical, cumpliendo con las funciones atinentes al mismo, sin que la declaratoria de insubsistencia hubiese afectado tal condición, razón por la cual no se puede predicar amenaza o vulneración del derecho de asociación con tal determinación; advirtiéndose que frente a los derechos de carrera no puede prevalecer un derecho o aspiración personal de quien ostenta la calidad de Presidente de “Asonal Judicial” para mantenerse en el cargo [...]»*.

Resulta menester indicar que solo cuando el origen del acto administrativo encuentra su fuente de inspiración en el arbitrio, su nulidad es la enmienda del abuso de la Administración, sin embargo, corresponde a la parte que alega el vicio demostrar su existencia y desvirtuar la presunción de legalidad del acto, lo que no logró el accionante respecto de la Resolución 0-1731 de 4 de mayo de 2009, en armonía con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (CPC), según el cual *«Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*.

Por otra parte, el actor arguye que su renuncia al empleo de fiscal delegado ante jueces del circuito, que ejercía en carrera, la presentó porque fue desmejorado salarialmente al declarar insubsistente su nombramiento en provisionalidad como fiscal delegado ante tribunal, lo cual se encuentra demostrado en el expediente, sin embargo, esa situación por sí sola no constituye un vicio de la voluntad. Asimismo, en consideración a su trayectoria laboral como profesional del derecho y sus altas capacidades intelectuales, tenía la clara conciencia de los efectos jurídicos que conllevaría su renuncia, lo que le implicaba el discernimiento acerca de la conveniencia o no de su dimisión, sin que haya demostrado la presencia de una coacción invencible.



Por consiguiente, el acto administrativo por medio del cual se aceptó la renuncia del demandante tampoco se encuentra viciado de nulidad (Resolución 2-1014 de 11 de mayo de 2009), ya que no se demostró que la dimisión presentada por él haya sido producto de un constreñimiento o exigencia invencible que como abogado no le fuera posible rehusar.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas 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 y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

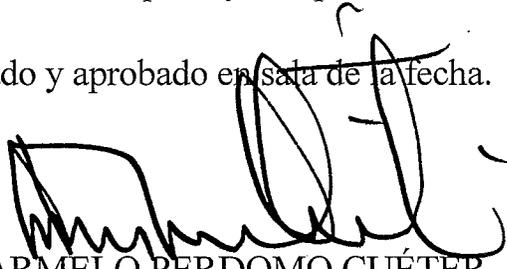
FALLA:

1.º Confirmase la sentencia de once (11) de abril de dos mil trece (2013) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección A), que negó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por el señor Fabio Hernández Forero contra la Nación - Fiscalía General de la Nación, conforme a la parte motiva.

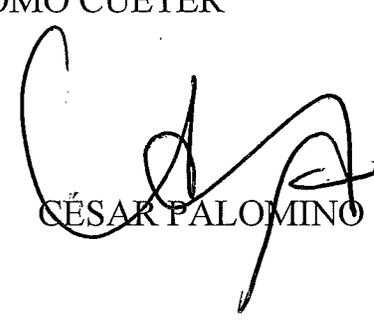
2.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.


CARMELO PERDOMO CUÉTER


SÁNDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CÉSAR PALOMINO CORTÉS