Función Pública

Sentencia 2011-01750 de 2020 Consejo de Estado

DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA / EMPLEADO PÃ□BLICO EN PROVISIONALIDAD / FISCALÃ□A GENERAL DE LA NACIÃ□N / FALSA MOTIVACIÃ□N / DESVIACIÃ□N DEL PODER

Para la declaratoria de insubsistencia de nombramientos de empleados en provisionalidad en lo que refiere al rÃ©gimen especial de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, reglamentado por la Ley 938 de 2004, se requiere que estos sean motivados. […] [N]o resulta admisible la falta de motivaciÃ³n del acto administrativo por medio del cual se declare insubsistente a un servidor nombrado en provisionalidad, toda vez que ello atenta contra la clÃ¡usula de Estado de Derecho que implica la sujeciÃ³n de los poderes pÃºblicos al principio de legalidad y proscribe la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados. AsÃ mismo, porque ello no se sujeta a los principios de la funciÃ³n administrativa y concretamente al de publicidad, del cual se deriva que la motivaciÃ³n constituye una condiciÃ³n esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de Derecho, pues es claro que la sociedad en general y el administrado en particular tienen derecho a estar informados, no solo de las decisiones adoptadas por los poderes pÃºblicos, sino a conocer con claridad las razones que le han servido de sustento, pues la falta de conocimiento de los motivos en que se fundamenta un acto administrativo en nada se diferencia de la arbitrariedad y el despotismo. […] Como motivo de censura, la demandante manifiesta que el acto administrativo que la declarÃ³ insubsistente debe declararse nulo pues carece de suficiente motivaciÃ³n dado que se basa Ãºnicamente en una estadÃstica de gestiÃ³n sin tener en cuenta las particularidades de los procesos que estaban a su cargo, asÃ mismo existiÃ³ un abuso de poder porque que no se presentÃ³ una conducta del nominador orientada al mejoramiento del servicio. […] Respecto a la falsa motivaciÃ³n, sostiene la demandante que el acto demandado se encuentra falsamente motivado, al haberse fundamentado en el bajo desempeÃ±o laboral y la afectaciÃ³n del servicio, lo cual no corresponde a la realidad de los hechos. […] [S]e configura cuando la AdministraciÃ³n para tomar la decisiÃ³n, se basa en razones de orden jurÃdico o fÃ¡ctico que resultan ser inexistentes o contrarias a la realidad. […] [S]e observa que se allegÃ³ al expediente diversos medios probatorios tendientes a demostrar, que la demandante no desempeÃ±aba sus funciones en forma eficiente, y se evidenciÃ³ conforme a las estadÃsticas y el informe de gestiÃ³n presentado por la jefe fiscal de la Unidad Nacional de FiscalÃas para la Justicia y la Paz respecto del desempeÃ±o de la actora, que demuestran un bajo rendimiento en el ejercicio del cargo, de tal suerte que el acto de insubsistencia, tuvo como fin el mejoramiento en el servicio pÃºblico, lo cual es acorde con los fines del Estado y los objetivos establecidos en el marco de la ley de justicia y paz establecidos en la Ley 975 de 2005. Por lo tanto, se estableciÃ³ que la decisiÃ³n de desvincularla del servicio se sustentÃ³ en los mismos criterios que eran evaluados los demÃ¡s funcionarios que trabajaban en la Unidad de Justicia y Paz, como son los reportes de estadÃstica y el informe de gestiÃ³n realizado por la jefe fiscal de la Unidad de Justicia y Paz obrante el expediente, los cuales reflejaron el bajo desempeÃ±o de las funciones por parte de la demandante, por lo que se desprende que las razones para desvincular a la actora se basaron en causas que analizaron el criterio del buen servicio pÃºblico. […] [L]a jurisprudencia ha comprendido la desviaciÃ³n de poder como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propÃ³sito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la funciÃ³n administrativa y del ordenamiento jurÃdico; y por tanto, se configura cuando se estÃ¡ ante la presencia de una intenciÃ³n particular, personal o arbitraria de un sujeto que actÃºa a nombre de la administraciÃ³n, en la bÃºsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse. […] [L]a Sala, que la demostraciÃ³n de una desviaciÃ³n de poder impone un anÃ¡lisis que trasciende la Ã³rbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representaciÃ³n de la AdministraciÃ³n, lo que a su turno implica la demostraciÃ³n del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulaciÃ³n, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuÃ³ con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes pÃºblicos, que el ordenamiento legal le obliga observar. […] [E]s del caso precisar que el buen desempeÃ±o en el cargo por sÃ solo no otorga a su titular prerrogativa de permanencia en el cargo, toda vez que, lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario. El rendimiento y la buena conducta del empleado no limita la facultad del nominador para removerlo, mÃ¡xime cuando las razones del nominador pueden ser variadas y diferentes a la consideraciÃ³n del rendimiento y la conducta del personal, en tanto siempre esas variadas razones, se encaminen todas al buen servicio pÃºblico. […] [L]as consideraciones expuestas llevan a la Sala a la convicciÃ³n de que el nominador al expedir el acto administrativo por medio del cual se declarÃ³ insubsistente a la actora se encontraba precedido de supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos, y persiguiÃ³ razones de buen servicio pÃºblico.

CONDENA EN COSTAS

No hay lugar a condenar en costas dado que no se demostrÃ³ temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artÃculo 171 del CÃ³digo Contencioso Administrativo, modificado por el artÃculo 55 de la Ley 446 de 1998, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposiciÃ³n de costas.

FUENTE FORMAL: LEY 938 DE 2004 - ARTÃ□CULO 76 / LEY 975 DE 2005 / CCA - ARTÃ□CULO 171 / LEY 446 DE 1998 - ARTÃ□CULO 55

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÃ□N SEGUNDA

SUBSECCIÃ□N "A"

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÃ□NDEZ

BogotÃ¡ D.C., veintidÃ³s (22) de octubre de dos mil veinte (2020)

RadicaciÃ³n nÃºmero: 05001-23-31-000-2011-01750-01(0307-17)

Actor: YOLANDA MARÃ□A SERNA GONZÃ□LEZ

Demandado: FISCALÃ□A GENERAL DE LA NACIÃ□N

Referencia: INSUBSISTENCIA. DECRETO 01 DE 1984. ACCIÃ□N DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

I. ASUNTO

La Sala de SubsecciÃ³n A decide el recurso de apelaciÃ³n interpuesto por las partes contra la sentencia de 20 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia[1], que accediÃ³ parcialmente a las sÃºplicas de la demanda instaurada por la seÃ±ora Yolanda MarÃa Serna GonzÃ¡lez en contra de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda[2].

2.1.1. Pretensiones.

La seÃ±ora Yolanda MarÃa Serna GonzÃ¡lez, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acciÃ³n de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artÃculo 85 del CÃ³digo Contencioso Administrativo[3], solicitÃ³ declarar la nulidad de la ResoluciÃ³n No. 0-1136 del 18 de abril de 2011, por medio de la cual la FiscalÃa General de la NaciÃ³n declarÃ³ insubsistente el nombramiento de la seÃ±ora Yolanda MarÃa Serna GonzÃ¡lez como fiscal delegado ante el Tribunal de Distrito de la DirecciÃ³n Seccional de FiscalÃas de MedellÃn.

A tÃtulo de restablecimiento del derecho, solicitÃ³ se ordene a la entidad demandada lo siguiente: (i) reintegrar a la actora al mismo cargo que desempeÃ±aba o a otro de igual o mejor denominaciÃ³n, con el pago de los salarios y prestaciones legales dejados de percibir entre el momento en que se produzca su reincorporaciÃ³n al servicio; y (ii) dar cumplimiento a la sentencia en los tÃ©rminos de artÃculo 176 del C.C.A.

2.1.2. Hechos.

La demandante, a travÃ©s de apoderado, seÃ±alÃ³ como fundamentos fÃ¡cticos relevantes los siguientes:

1. La demandante se vinculÃ³ laboralmente a la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, el 13 de abril de 1993, y desempeÃ±Ã³ los siguientes cargos: (i) tÃ©cnico judicial II mediante nombramiento del 13 de abril de 1993; (ii) fiscal ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la DirecciÃ³n Seccional de la FiscalÃa de Bucaramanga, desde el 30 de marzo de 1999; (iii) fiscal ante los Jueces del Circuito en la DirecciÃ³n Seccional de la FiscalÃa de MedellÃn, desde el 17 de enero de 2000; (iv) fiscal delegada ante el Tribunal de Distrito Judicial en la DirecciÃ³n Seccional de la FiscalÃa de MedellÃn mediante nombramiento en provisionalidad efectuado el 8 de enero de 2008; (v) directora seccional de FiscalÃa en la DirecciÃ³n Seccional de la FiscalÃa de MedellÃn encargo efectuado el 27 de abril de 2008; (vi) fiscal delegada ante el Tribunal de Distrito Judicial de Pereira en la DirecciÃ³n Seccional de FiscalÃa de Pereira mediante traslado dispuesto el 8 de septiembre de 2008; (vii) fiscal delegada ante el Tribunal de Distrito Judicial en la DirecciÃ³n Seccional de la FiscalÃa de MedellÃn mediante traslado dispuesto el 10 de marzo de 2009; y (viii) fiscal delegada ante los Tribunales para la Justicia y la Paz en la Unidad de MedellÃn, mediante traslado dispuesto el 3 de septiembre de 2010.

2. En virtud del nombramiento como fiscal delegada ante los Tribunales para la Justicia y la Paz, el 11 de octubre de 2010 la demandante asumiÃ³ como fiscal 37 delegada, despacho que tenÃa a su cargo el proceso de documentaciÃ³n y judicializaciÃ³n del Bloque Noroccidental de las Autodefensas, de conformidad con la Ley 975 de 2005.

3. La demandante al asumir el cargo de fiscal delegada ante los Tribunales para la Justicia y la Paz no se le realizÃ³ ninguna inducciÃ³n que le facilitara el conocimiento de sus funciones y la forma de llevarlas a cabo.

4. Sostuvo que, se trataba de un despacho con grandes dificultades ya que dicha unidad no habÃa contado con un equipo de trabajo constante, el cual carecÃa de una capacitaciÃ³n adecuada, y el despacho tenÃa a su cargo cerca de 7.800 carpetas.

5. En la desmovilizaciÃ³n colectiva de la organizaciÃ³n armada al margen de la Ley realizada el 11 de septiembre de 2005 en el Municipio de SopetrÃ¡n (Antioquia), se desmovilizaron 222 hombres, de los cuales 50 fueron postulados a la Ley de Justicia y Paz incluyendo al miembro Luis Arnulfo Tuberquia alias MemÃn quien era el comandante operacional. Sin embargo, en el 2008 fue excluido del proceso, sin que hubiera iniciado diligencia de versiÃ³n libre, hecho que produjo la deserciÃ³n de los restantes postulados del grupo, quedando solo cuatro desmovilizados

los cuales confesaron hechos delictivos que representaba un nÃºmero insignificante, sin aportar alguna informaciÃ³n que permitiera estructurar la gÃ©nesis de la organizaciÃ³n.

6. A octubre de 2010 no se habÃa realizado ninguna audiencia de formulaciÃ³n de imputaciÃ³n ante la dificultad en la construcciÃ³n de la gÃ©nesis del grupo, en tanto que los cuatro postulados que en ese momento constituÃan la principal fuente de informaciÃ³n, o conocÃan el origen, evoluciÃ³n, estructura militar, financiera y polÃtica de la organizaciÃ³n.

7. Por lo anterior, la demandante se contactÃ³ con el seÃ±or TuberquÃa quien le manifestÃ³ su interÃ©s de colaborar con el proceso de Justicia y Paz, para la cual la actora concluyÃ³ que Ã©ste podÃa esclarecer en un 60% los hechos delictivos objeto de investigaciÃ³n.

8. AsÃ las cosas, la demandante realizÃ³ siete sesiones de declaraciones juradas con el seÃ±or Luis Arnulfo Tuberquia en el que aportÃ³ informaciÃ³n concerniente a la gÃ©nesis de la organizaciÃ³n, su estructura polÃtica, militar, financiera, la expansiÃ³n y transformaciÃ³n que sufriÃ³ durante los nueve aÃ±os de su existencia.

9. Por otro lado, inicio la recepciÃ³n de versiÃ³n libre del comandante militar de la organizaciÃ³n LeÃ³n Alberto Henao Miranda alias Pilatos que suministrÃ³ informaciÃ³n sobre la estructura de la organizaciÃ³n, la cual se complementa con las declaraciones juramentadas por el seÃ±or Tuberquia, con las cuales se pudieron esclarecer las masacres del Aro, Ochali y Chuscal, ademÃ¡s de la toma del Municipio de Peque.

10. LograÃ³ la versiÃ³n libre del postulado Argemiro Pimienta en el que aportÃ³ informaciÃ³n sobre la participaciÃ³n de otros desmovilizados, asÃ mismo respecto de los hechos confesados por el postulado Lisardo Hidalgo Higuita presentÃ³ ante la Sala de Control de GarantÃas e Justicia y Paz del Tribunal Superior de MedellÃn la fijaciÃ³n de la fecha para la audiencia de imputaciÃ³n.

11. Por otro lado, le fueron asignados el 16 de febrero de 2011, doce nuevos postulados desmovilizados de los frentes 5, 34, 36, y 58 de las Farc, en la cual procediÃ³ a ubicar a los postulados en los centros de reclusiÃ³n y revisar el estado de sus procesos, y en el que programÃ³ fecha para continuar con la recepciÃ³n de las versiones libres que se venÃan adelantando.

12. SeÃ±alÃ³ que el fiscal general de la NaciÃ³n (E) mediante ResoluciÃ³n No. 1136 del 18 de abril de 2011 declarÃ³ insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la demandante como fiscal delegada ante el Tribunal de Distrito de la DirecciÃ³n Secciona de FiscalÃas de MedellÃn.

13. El acto de insubsistencia fue motivado y seÃ±alÃ³: *"(…) que desde su ingreso a dicha unidad en octubre de 2010, su gestiÃ³n en cuanto al avance en las versiones libres, verificaciones que de ellas se derivan y actuaciones frente a la Magistratura de los Tribunales de Justicia y Paz, no arroja un resultado acorde con la prontitud y la eficacia que demandan la participaciÃ³n de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, de cara al cumplimiento de los objetivos de la Ley 975 de 2005".*

14. Sostuvo que el acto invocÃ³ como fundamento un observatorio efectuado a la gestiÃ³n de la Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y la Paz, el cual no era un instrumento idÃ³neo para valorar el desempeÃ±o del cargo por cada uno de los fiscales delegados.

15. AfirmÃ³ que nunca se realizÃ³ una visita al despacho de la demandante, ni se le pidiÃ³ la presentaciÃ³n de un informe de gestiÃ³n, no se tuvieron en cuenta las particularidades del proceso de judicializaciÃ³n del Bloque Noroccidental de las Autodefensas, y la evaluaciÃ³n que se realizÃ³ a la demandante tuvo como base exclusiva las estadÃsticas presentadas dentro de las cuales no se incluye la valoraciÃ³n de las actividades desarrolladas.

2.1.3. Normas violadas y concepto de la violaciÃ³n.

Como normas vulneradas citÃ³ los artÃculos 29, 40, 53, 122 y 125 de la ConstituciÃ³n PolÃtica; los artÃculos 5, 25 y 26 del Decreto 2400 de 1968; el artÃculo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973; los artÃculos 1 a 7 y 130 de la Ley 270 de 1996; el artÃculo 120 de la Ley 489 de 1998; artÃculos 77 y 90 del Decreto 115 de 1999; artÃculo 100, 105, 106, 114, 120, 129 y 134 del Decreto Ley 261 de 2000; artÃculos 2 y 3 de la Ley 909 de 2004; artÃculos 1 a 4 del Decreto 1227 de 2005; artÃculo 3Âº del Decreto 122 de 2008.

En el concepto de violaciÃ³n seÃ±alÃ³ los siguientes cargos:

ViolaciÃ³n directa de la Ley.

ConsiderÃ³ que la desvinculaciÃ³n de los servidores pÃºblicos en provisionalidad mediante la declaratoria de insubsistencia implica la carga material para la entidad pÃºblica de expresar los mÃ³viles o motivos que sustentan el retiro del servicio del empleado en tal situaciÃ³n jurÃdica, como lo ha entendido la jurisprudencia.

RefiriÃ³ que los motivos aducidos para el retiro del servicio de la demandante se plantearon de manera genÃ©rica sin concretar las fallas, omisiones o irregularidades atribuibles a la funcionaria Yolanda MarÃa Serna. Dicha motivaciÃ³n no contiene una verdadera expresiÃ³n de las razones para la desvinculaciÃ³n de la demandante, por lo que se configura una insuficiencia en la motivaciÃ³n que impide que se entienda verificada la carga de motivar el acto administrativo de insubsistencia.

Falsa motivaciÃ³n.

SeÃ±alÃ³ que el acto administrativo incurriÃ³ en falsa motivaciÃ³n por las siguientes razones: (i) se invocÃ³ como fundamento del acto el

resultado de un observatorio efectuado a la gestiÃ³n de la Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y Paz, el cual no era un instrumento idÃ³neo; (ii) en desarrollo de dicho observatorio nunca se le efectuÃ³ una visita al despacho a cargo de la actora ni se llevÃ³ a cabo, ni se llevÃ³ auditoria alguna para verificar el estado de los procesos; (iii) a la demandante nunca se le pidiÃ³ la presentaciÃ³n de un informe de gestiÃ³n, pese que en el oficio 008270 del 20 de junio de 2011 afirma haber tenido en cuenta para la evaluaciÃ³n de la gestiÃ³n de la demandante *"el informe de gestiÃ³n por usted presentado"*; (iv) no se tuvieron en cuenta las particularidades del proceso e judicializaciÃ³n del Bloque Noroccidental, ni de las dificultades que impedÃan el avance efectivo del proceso; (v) previa a la declaratoria de insubsistencia a la demandante nunca se le notificÃ³ reparo alguno respecto a la forma como venÃa desempeÃ±ando sus funciones; (vi) la evaluaciÃ³n que se afirma haber efectuado al desempeÃ±o de la demandante tuvo como base exclusiva las estadÃsticas presentadas de las cuales no se incluyen la valoraciÃ³n de las actividades efectivamente realizadas; (vii) a la demandante no se le dio oportunidad para explicar la gestiÃ³n por ella adelantada, exponer las dificultades del proceso de judicializaciÃ³n a su cargo; (viii) no se tuvo en cuenta el estado en que la demandante recibiÃ³ el despacho a su cargo; (ix) la demandante no violentÃ³ los principios de eficacia y eficiencia en el manejo de las investigaciones; y (x) no se tuvo en consideraciÃ³n que la actora era la fiscal que llevaba menos tiempo desempeÃ±ando dicho cargo ante los Tribunales para la Justicia y la Paz.

DesviaciÃ³n de poder.

IndicÃ³ que los fines reales que inspiraron el retiro del servicio de la demandante no se corresponden con las razones de procurar mayor eficacia y eficiencia en la prestaciÃ³n del servicio, sino fue una retaliaciÃ³n en contra de la actora en relaciÃ³n con el desempeÃ±o de cargos pasados en la instituciÃ³n.

2.2. ContestaciÃ³n de la demanda[4].

La FiscalÃa General de la NaciÃ³n, por intermedio de apoderado judicial, seÃ±alÃ³ que las personas nombradas en virtud del Decreto 122 de 2008, no tiene un fuero de estabilidad absoluta en estos cargos, ya que su vinculaciÃ³n debe seguir los principios de los demÃ¡s cargos de la entidad, permitir que Ã©stos cuenten con una especial protecciÃ³n configura un trato discriminatorio frente a los demÃ¡s servidores provisionales, a quienes les aplica los lineamientos generales, y pueden ser trasladados o sujetos de las demÃ¡s situaciones propias de su vinculaciÃ³n.

SeÃ±alÃ³ que la naturaleza de los cargos de Justicia y Paz es especial en cuanto se enmarcan en la categorÃa de empleos temporales, y su nombramiento implica un tÃ©rmino especÃfico de duraciÃ³n, por las condiciones particulares de la necesidad que generÃ³ dicha vinculaciÃ³n, motivo por el cual la provisiÃ³n de los cargos se ha realizado mediante el mecanismo de nombramiento en provisionalidad. En ese orden de ideas, su desvinculaciÃ³n debe obedecer a los mismos tÃ©rminos que respecto de los provisionales en cargos de carrera se ha estipulado por la jurisprudencia y la ley, para el acto de declaratoria de insubsistencia, que conforme al pronunciamiento de la Corte Constitucional en la SU-917 de 2010, debe estar motivado, y deben consignarse de manera clara las circunstancias de modo, tiempo y lugar, para dar por terminado la provisionalidad.

Por otro lado, advirtiÃ³ que no es acertado afirmar que el acto administrativo se expide con falsa motivaciÃ³n, dado que el mismo se fundamentÃ³ en la gestiÃ³n desempeÃ±ada por la actora, que no fueron otros que: (i) la carga laboral efectivamente asignada; (ii) las actividades realizadas por cada uno de los fiscales desde el momento en que asumiÃ³ la carga laboral; y (iii) el informe de gestiÃ³n presentado por cada uno de los funcionarios.

AÃ±adiÃ³ que, la demandante como fiscal delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial en la DirecciÃ³n Seccional de la FiscalÃa de MedellÃn, mÃ¡s exactamente el despacho 37, a cargo del Bloque Noroccidental de las Autodefensas, solo vino asumir este el 11 de octubre de 2010, por lo que la informaciÃ³n suministrada en el consolidado estadÃstico no puede ser adjudicable a su desempeÃ±o, en armonÃa con el informe de postulados rendido por la misma demandante para la fecha del 10 de marzo de 2010.

IndicÃ³ que, reposa en la Unidad Nacional de FiscalÃas para la Justicia y la Paz un informe de gestiÃ³n a marzo de 2010, en el que se detalla que inicialmente fue asignada como fiscal 37 en el tema de Autodefensas de octubre de 2010 a marzo de 2011, estuvo 12 dÃas en versiÃ³n, no realizÃ³ imputaciones ni formulaciÃ³n de cargos.

SeÃ±alÃ³ que, no se puede afirmar que se desconocÃa la forma de evaluar el desempeÃ±o de los fiscales adscritos a dicha Unidad Nacional, el informe contenÃa la gestiÃ³n que era el resultado de sus estadÃsticas, frente a la carga laboral de cada fiscal y las actividades que a cada uno le correspondÃan desarrollar conforme con el procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios, acorde con las directrices impartidas por el jefe de unidad.

Finalmente, concluyÃ³ que la resoluciÃ³n impugnada no se evidenciÃ³ una desviaciÃ³n de poder ni una finalidad verdadera encubierta, ni fue un simple pretexto de la administraciÃ³n para tratar de dar la apariencia de validez del acto administrativo, ni es distinta a la correspondiente al "objeto" o "contenido" de dicho acto administrativo.

2.3. Alegatos de conclusiÃ³n en primera instancia.

La parte demandante[5], quien, por intermedio de apoderado, se reafirmÃ³ en los hechos de la demanda y sostuvo que de las pruebas practicadas al interior del proceso permite concluir de manera contundente que los motivos aducidos por la entidad demandada para la desvinculaciÃ³n de la demandante no se corresponden con el proceder y el compromiso de Ã©sta en el ejercicio de la funciÃ³n como fiscal; y que la decisiÃ³n adoptada no estuvo inspirada en la mejora del servicio jurisdiccional.

Sostuvo que con relaciÃ³n al compromiso, aportes y labor emprendida por la demandante para hacer viable la judicializaciÃ³n del Bloque Noroccidental de las Autodefensas y lograr los derechos de las vÃctimas, los declarantes fueron concordantes al afirmar que la demandante desplegÃ³ todos los medios a su alcance para hacer posible la construcciÃ³n de la verdad, justicia y reparaciÃ³n. Siempre fue solidaria con su grupo de trabajo, concibiÃ³ soluciones creativas para hacer mÃ¡s eficiente la gestiÃ³n a su cargo, diseÃ±o un plan de trabajo, imprimiÃ³ celeridad a las tareas propias del proceso, logrÃ³ la colaboraciÃ³n del comandante del grupo "memin" y generÃ³ credibilidad y empatÃa con las vÃctimas.

La parte demandada guardÃ³ silencio.

2.4. Concepto del Ministerio PÃºblico guardÃ³ silencio.

2.5. La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 20 de mayo de 2016[6], accediÃ³ parcialmente a las pretensiones de la demanda, y declarÃ³ la nulidad de la ResoluciÃ³n No 0-1136 de 18 de abril de 2011, proferida por el Fiscal General de la NaciÃ³n.

Como consecuencia de lo anterior, ordenÃ³ a la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, reintegrar a la seÃ±ora Yolanda MarÃa Serna GonzÃ¡lez al cargo que venÃa desempeÃ±ando o a otro de igual o superior categorÃa; y ordenÃ³ pagar los salarios, prestaciones y demÃ¡s emolumentos dejados de percibir hasta el momento efectivo del reintegro, descontando, las sumas que por cualquier concepto laboral en el sector pÃºblico haya percibido la demandante, en una suma no inferior a 6 meses, ni superior a los 24 meses de salario, y ademÃ¡s seÃ±alÃ³ que para todos los efectos no habÃa existido soluciÃ³n de continuidad.

En tal sentido, el Tribunal considerÃ³ que la demandante probÃ³ de manera suficiente su situaciÃ³n particular, relativa a que sÃ³lo los postulados asignados, prÃ¡cticamente desde el inicio de su vinculaciÃ³n en el cargo de fiscal delegada ante el Tribunal de Justicia y Paz, hacÃan parte del Bloque Noroccidental de Antioquia bajo el comando de alias "memÃn" lo que ameritaba un anÃ¡lisis particular respecto del cumplimiento de metas, caso frente al cual se presentaron varios tropiezos, en razÃ³n de que el mismo fue retirado del proceso de justicia y paz, lo que hacÃa imposible el crecimiento del dossier y la documentaciÃ³n de los casos que habÃan sido confesados, y de otra parte, la FiscalÃa General de la NaciÃ³n no arrimÃ³ al proceso prueba alguna encaminada a demostrar que en el observatorio de gestiÃ³n realizado por la Unidad de Justicia y Paz, se tuvo en consideraciÃ³n esa condiciÃ³n especial, pues no allegÃ³ al proceso el resultado o concusiones de dicho observatorio, contraviniendo lo dispuesto en el artÃculo 60 de la Ley 60 de la Ley 1395 de 2010, que establece el deber de la parte demandada de aportar con la contestaciÃ³n de la demanda todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer.

AsÃ mismo, manifestÃ³ que de los testimonios recaudados se desprende que la actora dio cumplimiento a las actividades a su cargo, de allÃ que la motivaciÃ³n plasmada en el acto acusado, relacionada con la realizaciÃ³n del observatorio a la gestiÃ³n, que arrojÃ³ como resultado que la demandante desde su ingreso a la Unidad en el aÃ±o 2010 no mostrÃ³ resultados acordes con la prontitud y la eficacia que demanda la participaciÃ³n de la FiscalÃa General de la acciÃ³n en los procesos de que trata la Ley 975 de 2005, en cuanto al avance de las versiones libres, verificaciones que de ellas se derivan y actuaciones frente a la Magistratura de los Tribunales de Justicia y Paz, resulta ajena a la realidad de la gestiÃ³n de la demandante, para quien no le era dable exigir un sin nÃºmero de trÃ¡mites impulsados respecto de varios postulados, dadas las condiciones en que se encontrÃ³ el despacho, y las dificultades del mismo debido a las particularidades del proceso de las autodefensas del Bloque Noroccidental de AntioquÃa bajo el mando de alisas "memin", razÃ³n por la cual no se le podÃa exigir el mismo resultado que a los demÃ¡s servidores.

2.5. Recurso de apelaciÃ³n.

La parte demandante[7]

La parte actora indicÃ³ que disiente en cuanto a las decisiones contenidas en los numerales 2.3 y 2.4 de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, ya que el Tribunal declarÃ³ la nulidad del acto atacado pero limitÃ³ los efectos consecuenciales de la nulidad reduciendo el monto de los salarios y prestaciones sociales a pagar a la demandante un mÃ¡ximo de 24 meses, y ordenando ademÃ¡s, el descuento de dicha suma de lo que la demandante hubiese percibido por emolumentos laborales de entidades pÃºblicas o privadas, en el que acogiÃ³ la lÃnea decisoria de la Corte Constitucional al resolver acciones de tutela en las que se han cuestionado decisiones de la jurisdicciÃ³n contenciosa administrativa que consideraban la declaratoria de insubsistencia de un empleado pÃºblico en provisionalidad.

IndicÃ³ que, por el periodo correspondiente a la desvinculaciÃ³n del servidor, hay lugar al pago cabal de salarios y prestaciones sociales y no de una indemnizaciÃ³n, sin que exista razÃ³n para que sea el ciudadano el que tenga que asumir las consecuencias econÃ³micas de la demora que comporta un proceso judicial, o que estas se pretendan morigerar cercenando los efectos jurÃdicos de la nulidad.

Sostuvo que, la entidad pÃºblica que emite un acto administrativo viciado de nulidad estÃ¡ llamada a asumir Ãntegramente las consecuencias jurÃdicas de su proceder, sin que sea dable que las mismas sean transferidas al ciudadano afectado con la decisiÃ³n de la administraciÃ³n, y sin que dichas consecuencias puedan ser atenuadas a travÃ©s de presunciones y/o principios no consagrados legalmente.

ConsiderÃ³ que el *a quo* debiÃ³ ordenar el pago de los salarios y prestaciones sociales causados a favor de la demandante por el tiempo comprendido entre la fecha en que se produjo su retiro del servicio y la fecha del reintegro, sin que haya lugar a limitar el valor de dichos rubros a un mÃ¡ximo de 24 meses de salario, y sin que se pueda sostener que se trata del reconocimiento de una indemnizaciÃ³n.

La parte demandada[8]

SeÃ±alÃ³ que, las personas nombradas en virtud del Decreto 122 de 2008, no tiene un fuero de estabilidad absoluta en estos cargos, ya que su vinculaciÃ³n debe seguir los principios de los demÃ¡s cargos de la Entidad, ya que permitir que estos cargos cuenten con una especial protecciÃ³n configura un trato discriminatorio frente a los demÃ¡s servidores pÃºblicos.

La naturaleza de los cargos de justicia y paz, es especial en cuanto se enmarcan en la categorÃa de temporales, y su nombramiento implica un tÃ©rmino especÃfico de duraciÃ³n, por las condiciones particulares de la necesidad que generÃ³ dicha vinculaciÃ³n, motivo por el cual la provisiÃ³n de los cargos se ha realizado mediante el mecanismo de nombramiento en provisionalidad, y en ese orden de ideas su desvinculaciÃ³n debe obedecer a los mismos tÃ©rminos que respecto de los provisionales en cargos de carrera se ha estipulado por la jurisprudencia y la Ley.

ManifestÃ³ que, la motivaciÃ³n del acto no es otra cosa que la del mejoramiento del servicio, esto es, designar un funcionario que arrojara resultados acordes con la prontitud y la eficacia dirigidos a garantizar el cumplimiento de los principios superiores que orientan al Estado y los derechos de las vÃctimas establecidos en el marco de la Ley de Justicia y Paz, y propendiendo por el correcto funcionamiento del servicio pÃºblico.

AgregÃ³ que, la resoluciÃ³n de insubsistencia es expedida el 18 de abril de 2011, con fundamento en el resultado de gestiÃ³n personal de la demandante, en relaciÃ³n con las funciones asignadas a Ã©sta, la cual fue acorde con los principios de eficacia y eficiencia, postulados cardinales de la funciÃ³n pÃºblica.

ReiterÃ³ que, no es acertado afirmar que el acto administrativo se expide con falsa motivaciÃ³n dado que el mismo se fundamentÃ³ en la gestiÃ³n desempeÃ±ada por la demandante Yolanda MarÃa Serna GonzÃ¡lez que se encuentra debidamente soportada. Las razones se encuentran consignadas en la ResoluciÃ³n No. 0.1136 del 18 de abril de 2011 suscrita por el seÃ±or Fiscal General de la NaciÃ³n, y que consistieron en: (i) la carga laboral efectivamente asignada; (ii) las actividades realizadas por cada uno de los fiscales desde el momento en que asumiÃ³ la carga laboral; y (ii) el informe de gestiÃ³n presentado por cada uno de los funcionarios.

Aunado a lo anterior precisÃ³ que, para determinar la motivaciÃ³n del acto administrativo demandado, existe de por medio un informe de gestiÃ³n y un consolidado estadÃstico, que refleja el resultado de las labores desempeÃ±adas por la demandante.

InsistiÃ³ que, no es posible afirmar que se desconocÃa la forma de evaluar el desempeÃ±o de los fiscales a dicha unidad nacional, el informe que contenÃa su gestiÃ³n era el resultado de sus estadÃsticas frente a la carga laboral de cada fiscal y las actividades que a cada uno correspondÃa desarrollar conforme con el procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios, acorde con las directrices impartidas por el jefe de la unidad.

Finalmente, enunciÃ³ que el buen desempeÃ±o de los demÃ¡s cargos de la demandante no enerva la facultad discrecional, como lo ha dicho en varias oportunidades la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la experiencia y el buen desempeÃ±o laboral del empleado no amparado por fuero de estabilidad, no son condiciones que por sÃ solas sean suficientes para enervar el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, pues es la conducta responsable, disciplinada y profesional la que se espera de todo funcionario pÃºblico.

2.6. Alegatos de segunda instancia.

La parte demandante[9], a travÃ©s de su apoderado judicial, indicÃ³ que las pruebas practicadas al interior del proceso permiten concluir de manera contundente que los motivos aducidos por la entidad demandada para la desvinculaciÃ³n de la demandante no se corresponden con el proceder y el compromiso de Ã©sta en el ejercicio de la funciÃ³n como fiscal, y que la decisiÃ³n adoptada no estuvo inspirada en la mejora del servicio.

SeÃ±alÃ³ que, la demandada no tuvo en cuenta la imposibilidad del sistema de estadÃstica para reportar las entrevistas con postulados, desmovilizados y vÃctimas, insumo primordial para la construcciÃ³n del dossier del bloque. Tampoco reflejÃ³ la atenciÃ³n diaria a las vÃctimas, las declaraciones bajo juramento recibidas, las jornadas de audiencias, que se cuenta como una sola, ni refleja el tema de restituciÃ³n de bienes que hasta el 2011 estuvo a cargo de la unidad de Justicia y Paz, las gestiones realizadas para organizar el despacho a su cargo, para diseÃ±ar la metodologÃa de trabajo, y en general las actividades adelantadas por la demandante para desentrabar el complejo proceso a su cargo.

La parte demandada[10], reiterÃ³ los argumentos expuesto en el recurso de apelaciÃ³n y seÃ±alÃ³ que no estÃ¡ demostrada la falsa motivaciÃ³n, puesto que los hechos determinantes de la decisiÃ³n de la administraciÃ³n para proferir el acto, esto es la realizaciÃ³n de un anÃ¡lisis u observatorio de la gestiÃ³n de la Unidad de Justicia y Paz, asÃ como la afectaciÃ³n al servicio si fue probada. Igualmente estÃ¡ probado que la administraciÃ³n tuvo en cuenta todas las justificaciones que dio la demandante en sus informes, no obstante, dichas situaciones particulares no habrÃan modificado sustancialmente la decisiÃ³n.

AgregÃ³ que, el juzgado de primera instancia tomÃ³ como sustento probatorio, los testimonios de personas que claramente tenÃan interÃ©s en las resultas del proceso, como es el caso del seÃ±or Jorge Humberto Vaca MÃ©ndez que interpuso demanda por los mismos hechos, y no se llevÃ³ a cabo la prÃ¡ctica de las pruebas testimoniales solicitadas por la FiscalÃa General de la NaciÃ³n.

2.7. Concepto del Ministerio PÃºblico

El agente del Ministerio PÃºblico guardÃ³ silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Esta SubsecciÃ³n es competente para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artÃculo 129[11] del CÃ³digo Contencioso Administrativo.

3.2. Problema JurÃdico.

De conformidad con los argumentos planteados en los recursos de apelaciÃ³n corresponde a la Sala establecer si la ResoluciÃ³n No. 0-1136 del 18 de abril de 2011, por medio de la cual se declarÃ³ insubsistente el nombramiento provisional de la demandante en el cargo de fiscal delegado ante el Tribunal de Distrito de la DirecciÃ³n Seccional de FiscalÃas de MedellÃn, quien se desempeÃ±aba en la Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y la Paz sede MedellÃn, es nula por incurrir en falsa motivaciÃ³n y desviaciÃ³n de poder.

En caso afirmativo, determinar si es procedente limitar al tÃ©rmino de 24 meses el pago de salarios y prestaciones sociales y ordenar los descuentos de las sumas que, por cualquier concepto laboral en el sector pÃºblico, haya percibido la demandante, como lo estableciÃ³ el Tribunal Administrativo de Antioquia en su sentencia.

Con el fin de abordar los problemas jurÃdicos se desarrollarÃ¡ el siguiente orden metodolÃ³gico (i) marco normativo y jurisprudencial, (ii) motivaciÃ³n en los actos de nombramiento de empleados en provisionalidad y (iii) anÃ¡lisis del caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial.

3.1.- El artÃculo 125 de la Carta PolÃtica, dispone que los empleos en los Ã³rganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elecciÃ³n popular, los de libre nombramiento y remociÃ³n, los trabajadores oficiales y los demÃ¡s que determine la ley.

Dentro de este marco el presidente de la RepÃºblica en uso de las facultades que le confiriÃ³ el literal a) del ArtÃculo Transitorio 5o del CapÃtulo I de las disposiciones transitorias de la ConstituciÃ³n PolÃtica, emitiÃ³ el Estatuto OrgÃ¡nico de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, a travÃ©s del Decreto 2699 de 1991, que entre otros aspectos, establece en el TÃtulo IV el Sistema de Carrera. En el artÃculo 65 de dicho Estatuto OrgÃ¡nico se dispuso:

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

Los funcionarios y empleados que conforman los Juzgados de InstrucciÃ³n Criminal, de la Justicia Ordinaria, Penal Aduanera, FiscalÃas de los Juzgados Superiores, Penales del Circuito, Superiores de Aduanas y de Orden PÃºblico, de las direcciones seccionales y generales de InstrucciÃ³n Criminal, el Cuerpo TÃ©cnico de PolicÃa Judicial que pasen a la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, serÃ¡n incorporados en las mismas condiciones en que se encuentren vinculados a sus actuales cargas mientras el Consejo de la Judicatura realiza la respectiva homologaciÃ³n al rÃ©gimen de Carrera de la FiscalÃa.

(…)”

Por su parte, el artÃculo 66 del Decreto 2699 de 1991 estableciÃ³:

“Los empleados de la FiscalÃa se clasifican, segÃºn su naturaleza y forma como deben ser provistos; en libre nombramiento y remociÃ³n y de carrera. Son de libre nombramiento y remociÃ³n, las personas que desempeÃ±an los empleos de:

1. Vice-Fiscal General de la NaciÃ³n.

2. Secretario General.

3. Jefes de Oficina de la FiscalÃa General.

4. Directores Nacionales y Jefes de DivisiÃ³n de la FiscalÃa General.

5. Director de Escuela.

6. Directores Regionales y Seccionales.

7. Los empleados del despacho del Fiscal General, del Vice-Fiscal y de la SecretarÃa General.

Los Directores Regionales y Seccionales ingresarÃ¡n por concurso y sÃ³lo podrÃ¡n ser removidos, previa autorizaciÃ³n del Consejo Nacional de PolicÃa Judicial.

Los demÃ¡s cargos son de carrera y deberÃ¡n proveerse mediante el sistema de mÃ©ritos.”.

3.2.- A su turno el artÃculo 253 constitucional prevÃ© que la ley determinarÃ¡ la estructura y el funcionamiento de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, el ingreso a la carrera y el retiro del servicio, asÃ:

“La ley determinarÃ¡ lo relativo a la estructura y funcionamiento de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominaciÃ³n, calidades, remuneraciÃ³n, prestaciones sociales y rÃ©gimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia”.

En desarrollo del mandato constitucional mediante la Ley 938 de 2004 se expidiÃ³ “el Estatuto OrgÃ¡nico de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n” y se adoptÃ³ la estructura de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n[12].

Posteriormente, fue expedida la Ley 975 de 2005 *“Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporaciÃ³n de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecuciÃ³n de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”*, la cual tuvo como objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporaciÃ³n individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las vÃctimas a la verdad, la justicia y la reparaciÃ³n[13].

Por su parte, el artÃculo 32 *ibidem*, estableciÃ³ las competencias de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en materia de justicia y paz, de la siguiente manera:

“ArtÃculo 32. Competencias de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en materia de justicia y paz. Modificado por el art. 28, Ley 1592 de 2012. AdemÃ¡s de las competencias establecidas en otras leyes, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial designados por el Consejo Superior de la Judicatura serÃ¡n competentes para adelantar la etapa de juzgamiento de los procesos de los que trata la presente ley, vigilar el cumplimiento de las penas y las obligaciones impuestas a los condenados.

Corresponde a la Secretaria del respectivo Tribunal organizar, sistematizar y conservar los archivos de los hechos y circunstancias relacionados con las conductas de las personas objeto de cualquiera de las medidas de que trata la presente ley, con el fin de garantizar los derechos de las vÃctimas a la verdad y preservar del olvido la memoria colectiva. TambiÃ©n deberÃ¡ garantizar el acceso pÃºblico a los registros de casos ejecutoriados, y contar con una Oficina de Comunicaciones para divulgar la verdad de lo acontecido”.

Para la ejecuciÃ³n de la citada ley, en el artÃculo 33 *Ibidem* se creÃ³ la Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y la Paz delegada ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, con este fin se adicionÃ³ la planta de cargos de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n para el aÃ±o 2005, y se dispuso que esta entidad destacarÃa 20 cargos de Fiscal Delegado ante Tribunal, asÃ:

“ArtÃculo 33. Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y la Paz. CrÃ©ase la Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y la Paz, delegada ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, con competencia nacional e integrada en la forma que se seÃ±ala en la presente ley.

Esta unidad serÃ¡ la responsable de adelantar las diligencias que por razÃ³n de su competencia, le corresponden a la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, en los procedimientos establecidos en la presente ley.

La Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y la Paz tendrÃ¡ el apoyo permanente de una unidad especial de policÃa judicial, conformada por miembros de las autoridades que corresponda, con dedicaciÃ³n exclusiva, permanente y con competencia en todo el territorio nacional.

Adicionar a la planta de cargos de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, para el aÃ±o 2005 establecida en el artÃculo transitorio 1Â° de la Ley 938 de 2004, los siguientes cargos:

150 Investigador CriminalÃstico VII

15 Secretario IV

15 Asistente Judicial IV

20 Conductor III

40 Escolta III

15 Asistente de InvestigaciÃ³n CriminalÃstica IV

20 Asistente de Fiscal II.

ParÃ¡grafo. La FiscalÃa General de la NaciÃ³n destacarÃ¡ de su planta de personal, para conformar la Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y la Paz, los siguientes cargos: 20 Fiscal Delegado ante Tribunal”.

Posteriormente, el presidente de la RepÃºblica profiriÃ³ el Decreto 122 del 18 de enero de 2008 *“Por el cual se modifica la planta de personal de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n”,* en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artÃculo 147 de la Ley 1151 de 2007, que en

su parte considerativa expuso:

“Que de conformidad con lo dispuesto en el artÃculo 147 de la Ley 1151 del 24 de julio de 2007, se efectuÃ³ el estudio tÃ©cnico respectivo, en el cual se establecieron nuevas necesidades que en materia de personal requiere la FiscalÃa General de la NaciÃ³n para atender sus funciones, especialmente las relacionadas con las Investigaciones sobre ViolaciÃ³n de Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, homicidios presuntamente cometidos por agentes institucionales, extinciÃ³n de dominio, el fortalecimiento para la aplicaciÃ³n de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), la ejecuciÃ³n del Plan Nacional para BÃºsqueda, Hallazgo e IdentificaciÃ³n de Desaparecidos, el fortalecimiento del Programa de ProtecciÃ³n a VÃctimas y Testigos, y la implementaciÃ³n del CÃ³digo de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006 y las normas que lo reglamenten)”.

En el artÃculo 3Âº del Decreto 122 de 2008 se dispuso que se crearon con carÃ¡cter transitorio 39 cargos de fiscal delegado ante el Tribunal de Distrito para atender las funciones asignadas mediante la Ley 975 de 2005, y en el parÃ¡grafo del citado artÃculo se indicÃ³ que la transitoriedad de estos cargos serÃa hasta por un tÃ©rmino de 12 aÃ±os. Veamos:

“PARÃGRAFO. La transitoriedad de los cargos antes seÃ±alados, serÃ¡ hasta por un tÃ©rmino de doce (12) aÃ±os, de acuerdo con los avances de los procesos derivados de la Ley 975 de 2005. En desarrollo de lo anterior la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, deberÃ¡ proponer una reducciÃ³n en el nÃºmero de cargos o en el tÃ©rmino antes establecido, si a ello hubiere lugar”.

De lo anterior se colige, que la Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y la Paz se conformÃ³ inicialmente por disposiciÃ³n de la Ley 975 de 2005 con 20 fiscales delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que ya hacÃan parte de la planta de personal de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, y posteriormente, el Decreto 122 de 2008 creÃ³ con carÃ¡cter transitorio 39 cargos de fiscal delegado ante Tribunal de Distrito.

3.3.- Acto de declaratoria de insubsistencia de nombramientos de empleados en provisionalidad en la FiscalÃa General de la NaciÃ³n.

Para la declaratoria de insubsistencia de nombramientos de empleados en provisionalidad en lo que refiere al rÃ©gimen especial de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, reglamentado por la Ley 938 de 2004, se requiere que estos sean motivados, de conformidad con la sentencia de constitucionalidad C-279 del 18 de junio de 2007, que condicionÃ³ tal exigencia, al examinarse el inciso 1Â° del artÃculo 76 de la Ley 938 de 2004.

Al respecto, se expuso:

Â«En mÃºltiples oportunidades, la Corte ha conocido de solicitudes de tutela en las que los actores han manifestado que se desempeÃ±aban en provisionalidad en un cargo de carrera en la FiscalÃa General de la NaciÃ³n y que habÃan sido desvinculados de la entidad mediante un acto administrativo sin motivaciÃ³n, sustentado en la discrecionalidad del nominador. En todas las ocasiones la Corte ha amparado el derecho al debido proceso y a la igualdad de los solicitantes, cuando ha verificado la existencia del nombramiento en provisionalidad y de la declaraciÃ³n de insubsistencia sin motivaciÃ³n alguna. Los fundamentos de las anteriores decisiones se pueden resumir de la siguiente manera:

- El derecho al debido proceso es aplicable a todas las decisiones administrativas, a pesar de las reglas especÃficas que rigen dichas actuaciones. En la Sentencia T-653 de 2006 se definiÃ³ este derecho como: “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administraciÃ³n, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relaciÃ³n directa o indirecta entre sÃ, y (iii) cuyo fin estÃ¡ previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantÃa superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administraciÃ³n, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurÃdica y a la defensa de los administrados.”

- La motivaciÃ³n de los actos administrativos responde a la garantÃa de los principios de legalidad y de publicidad y al respeto al derecho al debido proceso, toda vez que dicha motivaciÃ³n permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas. Por lo tanto, la motivaciÃ³n de los actos administrativos asegura la garantÃa constitucional al derecho fundamental al debido proceso.

- En consonancia con lo anterior, a partir de la sentencia SU-250 de 1998 la Corte estableciÃ³ que cuando un servidor pÃºblico ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad el acto de desvinculaciÃ³n debÃa ser motivado, “pues solo razones de interÃ©s general pueden conducir a la desvinculaciÃ³n”. La Corte tambiÃ©n ha distinguido entre la desvinculaciÃ³n de los servidores de libre nombramiento y remociÃ³n y la de los servidores de carrera, y resaltÃ³ que respecto de los primeros no existe el deber de motivaciÃ³n, en razÃ³n de la naturaleza del cargo, mientras que para los segundos sÃ es necesaria dicha motivaciÃ³n. AsÃ, desde la sentencia T-800 de 1998 se estableciÃ³ 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 tÃ©rminos, el nombramiento en provisionalidad de servidores pÃºblicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remociÃ³n. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remociÃ³n, a menos que exista justa causa para ello.”

- Dada la restricciÃ³n 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. AsÃ, 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 remociÃ³n. Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique especÃficamente las razones de su declaraciÃ³n de insubsistencia.

- Igualmente, la Corte ha sido enfÃ¡tica en determinar que los actos en que se decide la desvinculaciÃ³n de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, Ã©sta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interÃ©s pÃºblico que fundamentan la desvinculaciÃ³n deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada. AsÃ, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interÃ©s general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificaciÃ³n insatisfactoria u otra razÃ³n especÃfica atinente al servicio que estÃ¡ prestando y deberÃa prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razÃ³n principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de mÃ©ritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo[14]Â».

Igualmente, mediante sentencia SU-917 de 2010, la Corte Constitucional estableciÃ³ respecto a la desvinculaciÃ³n de los funcionarios nombrados en provisionalidad al interior de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, que:

"- El rÃ©gimen especial de carrera de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n y el deber de motivaciÃ³n de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad.

De acuerdo con el artÃculo 253 de la ConstituciÃ³n, al Legislador corresponde, entre otros asuntos, determinar "lo relativo a la estructura y funcionamiento de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, al ingreso por carrera y al retiro del servicio". El artÃculo 5Âº transitorio constitucional dio facultades al Presidente de la RepÃºblica para "expedir las normas que organicen la FiscalÃa General de la NaciÃ³n", como en efecto se hizo con el Decreto 2699 de 1991, "por el cual se expide el Estatuto OrgÃ¡nico de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n".

El Decreto Ley 2699 de 1991 consagrÃ³ el rÃ©gimen de carrera para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n (art. 65 y siguientes), donde el artÃculo 73 autorizÃ³ la vinculaciÃ³n excepcional mediante provisionalidad[15] y el artÃculo 100-5 el retiro por "insubsistencia discrecional, en los cargos de libre nombramiento y remociÃ³n".

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de AdministraciÃ³n de Justicia, seÃ±alÃ³ que la FiscalÃa General de la NaciÃ³n tendrÃa su propio rÃ©gimen de carrera, sujeto a los principios del concurso de mÃ©ritos y calificaciÃ³n de servicios, "orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman" (art. 159), norma Ã©sta declarada exequible por la Corte Constitucional[16].

El Decreto Ley 261 de 2000 modificÃ³ la estructura de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n y lo relativo al rÃ©gimen de carrera de la instituciÃ³n (TÃtulo VI), en cuyo artÃculo 117 consagrÃ³ la vinculaciÃ³n en provisionalidad[17].

Finalmente, la Ley 938 de 2004, "por la cual se expide el Estatuto OrgÃ¡nico de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n", regulÃ³ la administraciÃ³n de personal y el rÃ©gimen especial de carrera. El artÃculo 70 autorizÃ³ el nombramiento excepcional en provisionalidad[18], mientras que el artÃculo 73 estipulÃ³ el retiro de la carrera mediante acto motivado y en los demÃ¡s casos en ejercicio de la facultad discrecional[19].

Los artÃculos 70 y 73 de la Ley 938 de 2004 fueron objeto de control constitucional en la Sentencia C-279 de 2007. La Corte declarÃ³ la exequibilidad condicionada de dichas normas, "en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculaciÃ³n deberÃ¡ ser motivado por razones del servicio especÃficas, en los tÃ©rminos del apartado 4 de esta sentencia". En ese fundamento jurÃdico la Sala reafirmÃ³ su extensa jurisprudencia sobre el deber de motivaciÃ³n de los actos de retiro de servidores vinculados en provisionalidad en cargos de carrera de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n y sobre esa base condicionÃ³ la validez de las normas objeto de control.

(…)

La lÃnea jurisprudencial trazada en relaciÃ³n con el deber de motivaciÃ³n de los actos de retiro de servidores de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n vinculados en provisionalidad ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores y recientes de esta CorporaciÃ³n[20]".

A partir de lo anterior, se puede concluir que no resulta admisible la falta de motivaciÃ³n del acto administrativo por medio del cual se declare insubsistente a un servidor nombrado en provisionalidad, toda vez que ello atenta contra la clÃ¡usula de Estado de Derecho que implica la sujeciÃ³n de los poderes pÃºblicos al principio de legalidad y proscribe la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados.

AsÃ mismo, porque ello no se sujeta a los principios de la funciÃ³n administrativa y concretamente al de publicidad, del cual se deriva que la motivaciÃ³n constituye una condiciÃ³n esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de Derecho, pues es claro que la sociedad en general y el administrado en particular tienen derecho a estar informados, no solo de las decisiones adoptadas por los poderes pÃºblicos, sino a conocer con claridad las razones que le han servido de sustento, pues la falta de conocimiento de los motivos en que se fundamenta un acto administrativo en nada se diferencia de la arbitrariedad y el despotismo.

4.- AnÃ¡lisis del caso concreto

Como motivo de censura, la demandante manifiesta que el acto administrativo que la declarÃ³ insubsistente debe declararse nulo pues carece de suficiente motivaciÃ³n dado que se basa Ãºnicamente en una estadÃstica de gestiÃ³n sin tener en cuenta las particularidades de los procesos que estaban a su cargo, asÃ mismo existiÃ³ un abuso de poder porque que no se presentÃ³ una conducta del nominador orientada al

mejoramiento del servicio.

Por su parte, la entidad demandada estima que el acto administrativo cumple con todos los requerimientos legales, pues existieron pruebas que determinaron que la prestaciÃ³n del servicio se vio afectada, toda vez que la demandante no estaba cumpliendo las funciones conforme a lo establecido en la Ley 975 de 2005.

En la sentencia objeto de apelaciÃ³n, el Tribunal Administrativo de Antioquia, considerÃ³ que la decisiÃ³n adoptada por la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, tuvo como fundamento una valoraciÃ³n de gestiÃ³n inexistente, pues dentro del plenario no obra prueba alguna que permitiera inferir el incumplimiento de las funciones asignadas a la demandante y que, en virtud de ellas, se vieran vulnerados los objetivos de la Ley 975 de 2005, razÃ³n por la cual, declarÃ³ la nulidad del acto de insubsistencia y ordenÃ³ descontar, las sumas que por cualquier concepto laboral en el sector pÃºblico haya percibido la demandante, en cuantÃa no inferior a 6 meses ni superior a los 24 meses de salario.

La anterior, decisiÃ³n fue apelada por las partes; la demandante, solicita que se modifique la orden de limitar la condena a 24 meses y que no se descuente las sumas recibidas por concepto laboral; y la parte demandada, solicita revocar totalmente la sentencia, por considerar que dentro del plenario existe material probatorio suficiente que indica que hubo una afectaciÃ³n al servicio incumpliendo de esta manera las funciones asignadas conforme a lo establecido en la Ley 975 de 2005.

4.1. Hechos demostrados

Para resolver la controversia se tendrÃ¡ en cuenta el material probatorio documental recaudado dentro del presente proceso, toda vez que su presunciÃ³n de autenticidad no fue objetada por las partes, y que le permite a la Sala tener como acreditados los siguientes supuestos fÃ¡cticos:

Â· Mediante ResoluciÃ³n No. 0-1136 del 18 de abril de 2011[21], la FiscalÃa General de la NaciÃ³n declarÃ³ insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la seÃ±ora Yolanda MarÃa Serna GonzÃ¡lez como fiscal delegado ante Tribunal de Distrito de la DirecciÃ³n Seccional de FiscalÃas de MedellÃn, quien se desempeÃ±aba en la Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y la Paz Sede MedellÃn.

Â· Por Oficio No. 001876 del 19 de abril de 2011[22], la entidad demandada comunicÃ³ a la demandante que por medio de la ResoluciÃ³n No. 0-1136 del 18 de abril de 2011 se habÃa declarado insubsistente el nombramiento en provisionalidad como fiscal delegado ante Tribunal de Distrito.

Â· Obra el "Resumen Informe de GestiÃ³n"[23] a marzo de 2011, suscrito por la fiscal jefe de la Unidad Nacional de FiscalÃas para la Justicia y la Paz, respecto de la seÃ±ora Yolanda MarÃa Serna GonzÃ¡lez.

Â· A travÃ©s del Oficio No. 004331 del 01 de marzo de 2011[24] suscrito por el jefe de unidad nacional para la justicia y paz, en el cual contesta un requerimiento al director nacional de fiscalÃas, y en el que informa las funciones de competencia de esa unidad, los nÃºmeros de despacho y los nombres de los fiscales delegados ante el Tribunal de Justicia y Paz.

Â· Por Oficio No. 003371 del 22 de abril de 2014[25], la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, informÃ³ lo siguiente:

"(…)

En lo atinente a *"cuantos fiscales estuvieron a cargo de la misma desde sus inicios, hasta el mes de abril de 2011"*; se pudo establecer (…) que al Despacho 37 Delegado ante el Tribunal de Distrito de MedellÃn de Justicia y Paz, luego de su creaciÃ³n el 21 de Febrero de 2008, fue asignado el doctor PABLO ENRIQUE GONZÃLEZ SARMIENTO; posteriormente, mediante resoluciÃ³n 428 del 18 de diciembre de 2009, fue encargado el doctor WILLIAM FERREIRA PINZÃN; con posterioridad y de acuerdo con ResoluciÃ³n No. 042 del 13 de febrero de 2010, fue asignado el doctor NESTRO RAUL POSADA GONZÃLEZ; y luego estuvo la accionante YOLANDA MARÃA SERNA GONZÃLEZ, en virtud de permuta realizada con el entonces Fiscal 37 NESTRO mediante la figura del "traslado", a travÃ©s de la ResoluciÃ³n No. 2-3352 del 03 de septiembre de 2010 (…).

(…)

Respecto a la solicitud referida a *"… si se hizo una auditoria o visita especial a la fiscalÃa 37 delegada ante los tribunales de Justicia y Paz de MedellÃn… a efectos de verificar el funcionamiento y estado de dicho despacho",* de acuerdo a los antecedentes que reposan en esta DirecciÃ³n se pudo establecer que sobre la gestiÃ³n realizada por la doctora YOLANDA MARÃA SERNA GONZÃLEZ durante el tiempo que fungiÃ³ como Fiscal titular Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial, adscrita a la Unidad de Justicia y Paz, se efectuÃ³ fue una "valoraciÃ³n" en desarrollo de la cual se tuvo en cuenta: i) carga laboral efectivamente asignada, ii) las actividades realizadas por casa uno de los fiscales desde el momento en que asumiÃ³ la carga laboral y, iii) el informe de gestiÃ³n presentado por cada uno de los funcionarios. Esta valoraciÃ³n se hizo extensiva a todos los Despachos de la Unidad y estuvo a cargo de la Jefatura de la Unidad.

(…)"

Â· Obra ResoluciÃ³n No. 74 del 10 de febrero de 2011[26], *"por medio de la cual se modifica el contenido de la ResoluciÃ³n 76 del 4 de julio de 2008 que conforme grupos de trabajo al interior de la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz y reglamenta el funcionamiento de los Grupos SatÃ©lites de InvestigaciÃ³n",* por la cual se le asignÃ³ al Grupo de Trabajo 28, bajo la coordinaciÃ³n del Despacho 37 Delegado ante Tribunal Superior de Distrito con sede en la ciudad de MedellÃn a cargo de la doctora Yolanda MarÃa Serna GonzÃ¡lez, simultÃ¡neamente con la documentaciÃ³n y trÃ¡mite de los casos relacionados con los hechos atribuidos al Bloque Noroccidental AntioqueÃ±o de las "ACCU" y los

postulados que allÃ militaron.

Â· Por Oficio No. 0126 FNG-UNF-JP-F20 del 26 de marzo de 2014[27], la FiscalÃa General de la NaciÃ³n relaciona ocho declaraciones recibidas por la demandante, y doce diligencias de versiÃ³n libre llevadas a cabo por la actora como fiscal 37.

Mediante Oficio 012654 del 12 de diciembre de 2014[28], la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, complementÃ³ la respuesta suministrada en el Oficio No. 003371 del 22 de abril de 2014, respecto de la gestiÃ³n realizada por la demandante.

Â· Obra cd[29] el cual contiene las estadÃsticas discriminadas por despacho de fiscales delegados ante el Tribunal de la Unidad Nacional de Justicia y Paz.

Â· Testimonio del seÃ±or NÃ©stor RaÃºl Posada Arboleda[30]:

“PREGUNTADO: Indique si durante el tiempo que estuvo a cargo de la FiscalÃa 37 de Justicia y Paz, la FiscalÃa General le hizo visitas o auditorias para realizar un diagnÃ³stico sobre el estado del proceso que usted documentaba. CONTESTADO: Ninguna (…) PREGUNTADO: ExplÃquele al Despacho cual fue el resultado de la gestiÃ³n realizada por las otras FiscalÃas delegadas ante el Tribunal de Justicia y Paz, diferentes a la de la FiscalÃa 37. CONTESTADO: Los resultados han sido muy similares a los de la FiscalÃa 37, sÃ³lo con una diferencia ellos tienen mÃ¡s postulados y tiene comandante rindiendo informes libres (…).

Â· Testimonio del seÃ±or Edgar Daniel Osorio Rodas[31]:

“PREGUNTADO: Que logros tuvo la demandante con relaciÃ³n a la gÃ©nesis del bloque y al dossier. CONTESTADO: A partir de las actividades que realizÃ³ la Dra. Yolanda con el excomandante “Memin” se pudo reorganizar la informaciÃ³n de la gÃ©nesis, pudiendo conocer realmente como fue el grupo delictivo ingresÃ³ en la zona, ayudado por quien y que lugares se expandiÃ³ (…) PREGUNTADO: Que explicaciÃ³n tiene usted al hecho que usted indica anteriormente que la declaraciÃ³n juramentada de las vÃctimas no quedaba registrado en la estadÃstica. CONTESTADO: SucedÃa que “MemÃn estaba depostulado (…), el llevaba casi dos aÃ±os de haber sido excluido de la Ley 975 de 2005. Entonces una estrategia muy adecuada fue recepcionarle las declaraciones juramentadas. MÃ¡s o menos por esa razÃ³n no quedaba registrado en la estadÃstica (…)”

Â· Testimonio del seÃ±or Luis Fernando Giraldo[32]:

“PREGUNTADO: Por que afirma que las gestiones adelantadas por la Dra. Yolanda a las que usted se ha referido, no se podÃa medir estadÃsticamente CONTESTADO: Muy sencillo, porque la DirecciÃ³n de Justicia y Paz ubicada en BogotÃ¡, pide estadÃsticamente entre ellos estÃ¡n: cuÃ¡ntas versiones libres con los postulados, cuantos hechos confesados, cuantas imputaciones, eso es lo general, lo que piden, pero en ningÃºn momento piden cuantas gestiones hizo o quÃ© clase de gestiones (…)”

Â· Testimonio del seÃ±or Adriana Restrepo Restrepo[33]:

“PREGUNTADO: Indique que factores se reportaban o median en las estadÃsticas mensuales a las que usted se refiere en la respuesta anterior. CONTESTADO: La estadÃstica tenÃa tres grandes apartes, el primer punto era el de los postulados allÃ habÃa que reportar que postulados se recibÃan, que versiÃ³n libre se realizaba y que audiencia se realizaba, luego venÃa el aparte de las compulsas de copias, ahÃ se reportaba que casos se estaban impulsando ante la justicia ordinaria por informaciÃ³n que entregaban los postulados y las victimas y quÃ© copias se compulsaban para iniciar nuevas investigaciones por informaciÃ³n de las mismas fuentes, Ã³sea el postulado y vÃctimas. Y en tercer lugar se plasmaba la informaciÃ³n de que vÃctimas nuevas se habÃan ingresado al SIJYP, quienes habÃan sido acreditadas, (…). TambiÃ©n debÃa informar que vÃctimas habÃa reconocido, es decir que su hecho ya habÃa sido esclarecido y estaba listo para ser llevado ante los magistrados, y por ÃºltimO que jornada de vÃctimas habÃa adelantado, con cuantas vÃctimas atendidas en esas jornadas, tambiÃ©n habÃa que decir que vÃctimas habÃan asistido a las versiones libres y cuÃ¡ntas de ellas habÃan hecho preguntas directas a los postulados. Esa era la estadÃstica (…).”

Â· Testimonio de la seÃ±ora Ana MarÃa LÃ³pez[34]:

“PREGUNTADO: Explique en concreto que implicaciones tuvo para las vÃctimas del Bloque Noroccidental que usted ha representado, el hecho de que la demandante hubiera logrado “entrevista con alias memin”. CONTESTADO: Tuvo implicaciones positivas ya que se lograron esclarecer muchos hechos de los cuales no se tenÃa esperanza y de los cuales tampoco los anteriores habÃan hecho la mayor gestiÃ³n para lograr la verdad (…)”

Â· Testimonio del seÃ±or Francisco IvÃ¡n MuÃ±oz[35]:

“PREGUNTADO: Indique que contribuciÃ³n especÃfica tuvo para las vÃctimas las entrevistas de la demandante con el comandante del grupo o Bloque Noroccidental. CONTESTADO: Yo creo que fue la contribuciÃ³n mÃ¡s grande, porque tanto las vÃctimas como la FiscalÃa conociÃ³ fechas, lugares, relatos pormenorizados de los hechos, de cÃ³mo ocurrieron, porque ocurrieron, en algunos casos reconocieron equivocaciones, dieron lugares de donde habÃa quedado enterradas personas que figuraban como desaparecidos, lugares donde estaba el ganado hurtado, bienes hurtados, etc, en fin, dijeron la verdad a muchas de las vÃctimas (…)”

Â· Testimonio del seÃ±or Fredy Esteban GÃ³mez Duque[36]:

“PREGUNTADO: Sabe usted como se medÃa el rendimiento de la Dra, Yolanda Serna mientras estuvo como Fiscal 37 Delegada. CONTESTADO: realmente no sabrÃa decir ciencia cierta como en el nivel central miden el rendimiento de un Fiscal Delegado ante el Tribunal, porque los reportes que se entregan mensualmente son numÃ©ricos, y la informaciÃ³n que se da en matrices, que tambiÃ©n se reporta mensualmente, y en el evento que se pida informaciÃ³n concreta se entrega a travÃ©s de informes ejecutivos”.

Â· Testimonio del seÃ±or HÃ©ctor Eduardo Moreno Moreno[37]:

“PREGUNTADO: SÃrvase manifestar si durante el tiempo que usted tuvo la condiciÃ³n de Coordinador de la Unidad de Justicia y Paz de MedellÃn se dispuso, desde la CoordinaciÃ³n Nacional o desde la DirecciÃ³n Nacional de FiscalÃas, alguna auditoria o visita especial a la FiscalÃa 37 delegada. CONTESTADO: En realidad al interior de la Unidad de justicia y paz y de la FiscalÃa General no se tiene implementado ese mecanismo de auditorÃas, y el seguimiento de las actividades a cargo de los respectivos funcionarios se realiza a partir de los informes estadÃsticos o de gestiÃ³n que estos suministran a la jefatura de unidad. Adicionalmente como todo proceso en mayor grado en este de justicia transicional las actuaciones cumplidas quedan registradas en actas, audios y videos y digo que en este especial, porque ademÃ¡s del componente judicial busca asegurar hacia el futuro la garantÃa de no repeticiÃ³n de tan graves violaciones a los derechos humanos y construir memoria histÃ³rica (…)”

Â· AsÃ mismo fue recepcionado el testimonio del seÃ±or Luis Arnulfo Tuberquia quien dio cuenta de las actuaciones que adelantÃ³ la demandante como fiscal 37 para conseguir su colaboraciÃ³n sobre los hechos delictivos que cometiÃ³ el Bloque Noroccidental de las Autodefensas[38].

3.4. AnÃ¡lisis de la Sala.

De conformidad con el recuento normativo, jurisprudencial y probatorio relacionado en los acÃ¡pites precedentes, se probÃ³ y no es causa de discusiÃ³n, que la seÃ±ora Yolanda MarÃa Serna GonzÃ¡lez desempeÃ±aba el cargo de fiscal delegado ante el Tribunal del Distrito de la Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y la Paz sede MedellÃn, en provisionalidad, es decir, que no pertenecÃa a la carrera, como fiscal delegado ante el Tribunal de Distrito.

Ahora bien, por ostentar un nombramiento en provisionalidad, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artÃculo 76 de la Ley 938 de 2004, declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C – 279 de 2007[39], se puede determinar que tratÃ¡ndose de funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera “el acto de desvinculaciÃ³n deberÃ¡ ser motivado por razones del servicio especÃficas”[40].

En tal sentido, a partir del 18 de abril de 2007, fecha en que la Corte Constitucional profiriÃ³ la sentencia aludida, el retiro del servicio de los empleados provisionales de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n debe efectuarse mediante acto administrativo motivado, esto, por razones del servicio y con el fin de salvaguardar el debido proceso.

3.4.1.- Los cargos con base en los cuales se solicitÃ³ la nulidad del acto administrativo demandado.

- De la falsa motivaciÃ³n

Respecto a la falsa motivaciÃ³n, sostiene la demandante que el acto demandado se encuentra falsamente motivado, al haberse fundamentado en el bajo desempeÃ±o laboral y la afectaciÃ³n del servicio, lo cual no corresponde a la realidad de los hechos.

Al respecto, esta CorporaciÃ³n ha establecido que la falsa motivaciÃ³n, como vicio para declarar la nulidad de los actos administrativos, se configura cuando la AdministraciÃ³n para tomar la decisiÃ³n, se basa en razones de orden jurÃdico o fÃ¡ctico que resultan ser inexistentes o contrarias a la realidad.

Ahora bien, se tiene demostrado que a travÃ©s de la ResoluciÃ³n 0-1136 del 18 de abril de 2011, la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, declarÃ³ insubsistente el nombramiento de la seÃ±ora Yolanda MarÃa Serna GonzÃ¡lez en el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal del Distrito que desempeÃ±aba en la Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y la Paz con sede en MedellÃn, en el cual se expusieron los siguientes motivos para adoptar la decisiÃ³n:

“(…)

Que en un observatorio a la gestiÃ³n de la Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y la Paz, las estadÃsticas en tÃ©rminos de gestiÃ³n y resultado muestran respecto a la funcionaria YOLANDA MARÃA SERNA GONZALEZ, quien se desempeÃ±aba como Fiscal Delegado ante Tribunal del Distrito de la Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y la Paz Sede MedellÃn, que desde su ingreso a dicha unidad en octubre de 2010, su gestiÃ³n en cuanto al avance en las versiones libres, verificaciones que de ellas se derivan y actuaciones frente a la Magistratura de los Tribunales de Justicia y Paz, no arroja un resultado acorde con la prontitud y la eficacia que demanda la participaciÃ³n de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, de cara al cumplimiento de los objetivos de la Ley 975 de 2005.

Que de acuerdo con lo anterior, la Doctora YOLANDA ARÃA SERNA GONZÃLEZ, quien conoce claramente las funciones que debe desempeÃ±ar al interior de la Unidad de Justicia y Paz, no ha ejercido de manera adecuada sus Labores como Fiscal Delegado ante Tribunal del Distrito, conforme a los principios relacionados con la eficacia y la eficiencia en el manejo de las investigaciones y verificaciones a su cargo, afectando de esta manera el correcto funcionamiento del servicio pÃºblico y la satisfacciÃ³n del interÃ©s general, fines esenciales del Estado Social de Derecho”.

(…)

RESUELVE:

ARTÃCULO PRIMERO: Declarar insubsistente el nombramiento en provisionalidad como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito de la DirecciÃ³n Seccional de FiscalÃas de MedellÃn, de la Doctora YOLANDA MARÃA SERNA GONZÃLEZ, identificada con la cÃ©dula de ciudadanÃa No. 43.533.319, contenido en la ResoluciÃ³n 0-0096 de 8 de enero de 2008, quien se desempeÃ±a en la Unidad Nacional de FiscalÃa para la Justicia y la Paz Sede MedellÃn en virtud de traslado efectuado mediando su solicitud mediante ResoluciÃ³n No. 2-3352 de 3 de septiembre de 2010.

(…)"

Por otro lado, obra el Oficio 012654 del 12 de diciembre de 2014[41], por medio de la cual la FiscalÃa General de la NaciÃ³n respecto de la gestiÃ³n realizada por la demandante, refiriÃ³ lo siguiente:

"(…)

Tal como se habÃa informado mediante oficio DFNEJT No. 003371 del 22 de abril de 2014, por el cual se dio respuesta al exhorto 50, sobre la gestiÃ³n realizada por la doctora Yolanda MarÃa Serna GonzÃ¡lez desde el mes de octubre de 2010, fecha en la cual comenzÃ³ sus labores en el despacho 37 de la Unidad Nacional de FiscalÃas para la Justicia y la Paz- sede MedellÃn, se realizÃ³ una valoraciÃ³n teniendo en cuenta el informe de gestiÃ³n presentado por la demandante con corte a marzo de 2011, la estadÃstica allegada por el mismo despacho y la carga la boral efectivamente asignada.

Dicha valoraciÃ³n se hizo siguiendo las directrices de la entonces seÃ±ora Discal General de la NaciÃ³n, Viviane Morales Hoyos, de conformidad con las cuales el entonces Director Nacional de FiscalÃas, doctor NÃ©stor Armando Novoa, mediante oficio No. 003164 del 17 de febrero de 2011, solicitÃ³ entre otra informaciÃ³n, la conformaciÃ³n de los equipos de trabajo liderados por los Fiscales Delegados ante el Tribunal, nÃºmero de casos tramitados por cada uno de los despachos, debiendo especificar nÃºmero de versiones libres realizadas, nÃºmero de audiencias de imputaciÃ³n, aceptaciÃ³n y legalizaciÃ³n de cargos, de medidas cautelares, etc.

(…)

De acuerdo con los antecedentes que existen en esta DirecciÃ³n, con fundamento en los insumos referidos, se hizo valoraciÃ³n de la gestiÃ³n de todos y cada uno de los Fiscales Delegados ante el Tribunal adscritos a la Unidad Nacional de Justicia y Paz, cuyo resultado, para el caso en concreto, fue plasmado en la ResoluciÃ³n No. 0-1136 del 18 de abril de 2011 (…)".

AsÃ mismo, se desprende del "Resumen Informe de GestiÃ³n"[42] a marzo de 2011, suscrito por la fiscal jefe de la Unidad Nacional de FiscalÃas para la Justicia y la Paz, respecto de la seÃ±ora Yolanda MarÃa Serna GonzÃ¡lez, lo siguiente:

"(…)

YOLANDA MARÃA DERNA GONZÃLEZ

INGRESO: OCTUBRE DE 2010

ACTUALMENTE FISCAL 37 CON:

POSTULADOS PRIVADO DE LIBERTAD: 5

VERSIONES LIBRES INDIVIDUALES: 8

DIAS DE VERSIÃN: 12

FORMULACIÃN DE IMPUTACIÃN: 0

HECHOS EN F. IMPUTACIÃN: 0

FORMULACIÃN DE CARGOS: 0

HECHOS EN F. DE CARGOS: 0

LEGALIZACIÃN DE CARGOS: 0

HECHOS EN LEGALIZACIÃN DE CARGOS 0

En octubre de 2011 a la Unidad le fue asignado el bloque noroccidental antioqueÃ±o con 5 postulados.

En el mes de febrero de 2011 se le asignaron 12 postulados de la subversiÃ³n.

(…)"

A su vez, obra un CD obrante a folio 547 del expediente, que refleja las estadÃsticas discriminadas por despacho de los fiscales delegados ante el Tribunal de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, en el cual se advierte que la gestiÃ³n de la demandante arrojÃ³ cifras deficientes en las funciones que le fueron asignadas. De la estadÃstica relacionada se encuentra que a febrero de 2010, la demandante a cargo del despacho 37, reportÃ³ lo siguiente:

NÃºmero de Desmovilizados	22
NÃºmero de Desmovilizados colectivos	222
NÃºmero de desmovilizados individuales	5
NÃºmero de Desmovilizados privados de la libertad	6
NÃºmero de Desmovilizados fallecidos	23
NÃºmero de Desmovilizados fallecidos por ser vÃctimas de una conducta punible	23
NÃºmero Total de Postulados	52
NÃºmero de postulados que han ingresado al despacho por asignaciÃ³n	56
NÃºmero de postulados que han ingresado al despacho por reasignaciÃ³n	2
NÃºmero de postulados a quienes se les ha anulado la postulaciÃ³n	1
NÃºmero de postulados que salieron del despacho por ser reasignados a otros despachos	4
NÃºmero de postulados a los que se les terminÃ³ el procedimiento de Justicia y Paz extraordinariamente	3
NÃºmero de postulados excluidos por orden emitida por el Fiscal por la no ratificaciÃ³n del postulado en versiÃ³n libre	1
Numero de postulados excluidos por decisiÃ³n judicial	1
NÃºmero de postulados excluidos por decisiÃ³n judicial por incumplimiento de requisitos de elegibilidad	1
NÃºmero de sesiones de versiÃ³n libre realizadas	70[43]
NÃºmero de postulados que han iniciado versiÃ³n libre	39
NÃºmero de postulados que han terminado versiÃ³n libre porque no ratificaron la voluntad de acogimiento	35
NÃºmero de postulados que actualmente estÃ¡n rindiendo versiÃ³n libre	4
NÃºmero de postulados que actualmente estÃ¡n rindiendo versiÃ³n libre y no han confesado hechos	5
NÃºmero de postulados a quienes se les ha programado versiÃ³n libre y aÃºn no se ha iniciado	0
NÃºmero de hechos enunciados y confesados	146
NÃºmero de hechos enunciados	69
Numero de hechos confesados	77
NÃºmero de conductas en hechos enunciados y confesados	344
NÃºmero de conductas en hechos enunciados	181
INFORMACIÃ□N SOBRE CASOS IMPULSADOS POR ACTIVIDAD INVESTIGATIVA (INFORMACIÃ□N NO OBTENIDA EN VERSIONES LIBRES)	
NÃºmero de casos impulsados	26
NÃºmero de casos judicializados	0
NÃºmero de casos en los que se vinculÃ³ un autor o participe	3
NÃºmero de casos en los que se profiriÃ³ orden de captura	0
NÃºmero de casos en los que se profiriÃ³ medida de aseguramiento	3
NÃºmero de casos en los que se profiriÃ³ resoluciÃ³n de acusaciÃ³n	0
Numero de casos en los que se profiriÃ³ sentencia condenatoria	0
INFORMACIÃ□N SOBRE VÃ□CTIMAS	
NÃºmero De vÃctimas registradas	7881
NÃºmero De vÃctimas acreditadas	700
NÃºmero de vÃctimas acreditadas con defensor pÃºblico	183
NÃºmero de vÃctimas acreditadas con defensor de confianza	527
NÃºmero de vÃctimas que han asistido a versiÃ³n libre	252
NÃºmero de vÃctimas que han sido atendidas en jornadas realizadas por el despacho	4522
NÃºmero de jornadas de atenciÃ³n a vÃctimas	29
INFORMACIÃ□N SOBRE AUDIENCIAS	
NÃºmero de postulados a los que se les ha formulado imputaciÃ³n	0
INFORMACIÃ□N SOBRE FORMULACION DE CARGOS	
NÃºmero de hechos en cargos formulados	0
INFORMACIÃ□N SOBRE TIPO DE CONDCUTAS A LAS CUALES SE LES EGALIZÃ□ LOS CARGOS	
NÃºmero de conductas en legalizaciÃ³n de cargos	0

En concordancia con lo anterior, se tiene que segÃºn el Informe de EstadÃstica rendido desde diciembre de 2009 hasta el mes de febrero de 2011[44], se advierte que la demandante se encontraba a cargo de los procesos de 227 desmovilizados y de 52 personas postuladas para la aplicaciÃ³n de las disposiciones de la Ley de justicia y paz, no obstante, durante el tiempo en que la demandante se desempeÃ±Ã³ como Fiscal 37 de la Unidad de Justicia y Paz (octubre de 2010 a febrero de 2011, fecha en la cual estÃ¡ el consolidado de la estadÃstica), se reportÃ³ finalmente 70 versiones libres, de las cuales 54 ya se venÃan reportando antes de ingresar la demandante a desempeÃ±ar dicho cargo en

octubre de 2010, lo cual quiere decir que durante el tiempo que estuvo como fiscal de dicha Unidad realizÃ³ Ãºnicamente 16 versiones libres.

Asimismo, se desprende de la EstadÃstica que, de 26 casos impulsados, se reportan como “casos judicializados”, un nÃºmero total de cero, ademÃ¡s, en solo tres casos, se librÃ³ medida de aseguramiento.

Adicionalmente, se reportÃ³ a febrero de 2011 un total de 700 vÃctimas acreditadas, sin embargo, solo 252 de ellas asistieron a versiÃ³n libre, y realizÃ³ 29 jornadas de atenciÃ³n a las vÃctimas, sin embargo se advierte que antes de que entrara a fungir como fiscal la demandante en el despacho 37, la estadÃstica reportaba un nÃºmero de 27 jornadas de atenciÃ³n, lo cual quiere decir que la demandante solo realizÃ³ 2 jornadas de atenciÃ³n a las vÃctimas durante el tiempo que se desempeÃ±Ã³ en dicho cargo.

AsÃ las cosas, si bien la demandante alega que la estadÃstica no medÃa o tenÃa en cuenta las otras funciones que desempeÃ±aban los fiscales de la Unidad de Justicia y paz, como por ejemplo la atenciÃ³n a las vÃctimas, la Sala encuentra que no le asiste razÃ³n, ya que se observa en dicha estadÃstica que hay una casilla completa con varios Ãtems en los cuales se reporta no solo las versiones libres que rendÃan las vÃctimas sino tambiÃ©n su atenciÃ³n, entre otros.

Por otro lado, si bien los testigos se refirieron a las calidades y al buen desempeÃ±o laboral de la actora, estos no dan cuenta de las condiciones que dieron lugar a la declaratoria de insubsistencia de la demandante en dicho cargo, por lo tanto, no resultan relevantes para efectos de analizar las causales de nulidad endilgadas contra el acto administrativo demandado y la veracidad de la motivaciÃ³n expuesta en el acto.

Conforme a lo anterior, se observa que se allegÃ³ al expediente diversos medios probatorios tendientes a demostrar, que la demandante no desempeÃ±aba sus funciones en forma eficiente, y se evidenciÃ³ conforme a las estadÃsticas y el informe de gestiÃ³n presentado por la jefe fiscal de la Unidad Nacional de FiscalÃas para la Justicia y la Paz respecto del desempeÃ±o de la actora, que demuestran un bajo rendimiento en el ejercicio del cargo, de tal suerte que el acto de insubsistencia, tuvo como fin el mejoramiento en el servicio pÃºblico, lo cual es acorde con los fines del Estado y los objetivos establecidos en el marco de la ley de justicia y paz establecidos en la Ley 975 de 2005.

Por lo tanto, se estableciÃ³ que la decisiÃ³n de desvincularla del servicio se sustentÃ³ en los mismos criterios que eran evaluados los demÃ¡s funcionarios que trabajaban en la Unidad de Justicia y Paz, como son los reportes de estadÃstica y el informe de gestiÃ³n realizado por la jefe fiscal de la Unidad de Justicia y Paz obrante el expediente, los cuales reflejaron el bajo desempeÃ±o de las funciones por parte de la demandante, por lo que se desprende que las razones para desvincular a la actora se basaron en causas que analizaron el criterio del buen servicio pÃºblico.

En consecuencia, se advierte que la FiscalÃa General de la NaciÃ³n motivÃ³ el acto administrativo de insubsistencia cumpliendo con lo exigido en la sentencia SU-917 de 2010, que fue citada en lÃneas anteriores, en el sentido de motivar en forma razonada y proporcional la decisiÃ³n de retiro del servicio, la cual no fue otra que el mejoramiento del servicio, en razÃ³n al bajo rendimiento de la demandante en el cargo de fiscal de la Unidad Nacional de FiscalÃas para la Justicia y la Paz.

- De la desviaciÃ³n de poder.

La mencionada causal de nulidad ha sido definida por la doctrina de la siguiente manera:

Â«Se refiere a la intenciÃ³n con la cual la autoridad toma una decisiÃ³n. Consiste, por tanto, en que una autoridad dicta un acto para el cual la ley le ha otorgado competencia, pero lo expide persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla o, como dice el artÃculo 84 del CÃ³digo Contencioso Administrativo, “con desviaciÃ³n de las atribuciones propias del funcionario o corporaciÃ³n que lo profiriÃ³”.

Esta finalidad que se ha propuesto el legislador al otorgar una competencia es, en primer lugar, el interÃ©s general. De este modo, si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero persiguiendo una finalidad extraÃ±a al interÃ©s general, como serÃa una finalidad personal de tipo econÃ³mico, partidista o ideolÃ³gico, ese acto serÃa ilegal por desviaciÃ³n de poder. Por ejemplo, el alcalde de una ciudad expide una reglamentaciÃ³n sobre el funcionamiento de las salas de cine en su municipio, para lo cual puede estar autorizado legalmente, pero se logra probar que dicha reglamentaciÃ³n tiene por finalidad favorecer a una sala de cine en particular, en la cual Ã©l tiene intereses econÃ³micos.

En segundo lugar, el legislador puede haber previsto, ya sea expresa o tÃ¡citamente, una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, caso en el cual si el funcionario busca otra finalidad, asÃ sea esta Ãºltima de interÃ©s general, el acto serÃ¡ ilegal. Por ejemplo, una ley reguladora de una contribuciÃ³n puede prever una exenciÃ³n para algÃºn grupo determinado de personas, con la finalidad de estimular la actividad que desarrollan estas Ãºltimas. En este caso, frente a la finalidad particular o concreta del legislador respecto de la exenciÃ³n, la autoridad administrativa encargada de hacer efectiva la contribuciÃ³n no podrÃa pretender cobrarla a las personas beneficiarias de la exenciÃ³n, asÃ fuera aduciendo una finalidad de interÃ©s general, como serÃa la necesidad apremiante de completar los recursos para poder terminar las obras a las cuales estÃ¡ destinada la contribuciÃ³n, pues esa determinaciÃ³n serÃa ilegal por cuanto ese fin es diferente del perseguido por la norma que consagrÃ³ la exenciÃ³n.

Esta causal de ilegalidad presenta dificultades, especialmente en lo que ataÃ±e a la prueba. En efecto, como se trata de la finalidad, del mÃ³vil con el cual se expide el acto, su prueba no es fÃ¡cil por cuanto se refiere a elementos psicolÃ³gicos o internos de la autoridad que toma la decisiÃ³n. En muchas ocasiones la norma la finalidad que debe perseguirse al utilizar esa competencia, caso en el cual serÃ¡ el juez quien deberÃ¡ determinarla utilizando elementos accesorios, como los antecedentes de la norma[45]Â».

Por su parte, la jurisprudencia ha comprendido la desviaciÃ³n de poder como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el

entendido de que el propÃ³sito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la funciÃ³n administrativa y del ordenamiento jurÃdico; y por tanto, se configura cuando se estÃ¡ ante la presencia de una intenciÃ³n particular, personal o arbitraria de un sujeto que actÃºa a nombre de la administraciÃ³n, en la bÃºsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse[46].

AsÃ mismo, ha advertido la Sala, que la demostraciÃ³n de una desviaciÃ³n de poder impone un anÃ¡lisis que trasciende la Ã³rbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representaciÃ³n de la AdministraciÃ³n, lo que a su turno implica la demostraciÃ³n del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulaciÃ³n, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuÃ³ con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes pÃºblicos, que el ordenamiento legal le obliga observar[47].

Como se desprende de lo anterior, el operador judicial al analizar los medios de prueba allegados al expediente debe obtener la absoluta convicciÃ³n sobre la desviaciÃ³n de poder alegada en la expediciÃ³n del acto acusado que le permita concluir en forma razonable que la administraciÃ³n basÃ³ su decisiÃ³n en razones diferentes a las que la ley previÃ³ para la desvinculaciÃ³n de la entidad, circunstancia que no aconteciÃ³ en el *sub lite*.

Lo anterior, en razÃ³n a que de las declaraciones obrantes en el proceso, se advierte que estas coinciden en afirmar las calidades profesionales y trayectoria laboral de la demandante; no obstante, no reportan certeza acerca de los motivos que originaron la declaratoria de insubsistencia, ya que si bien hacen referencia al trabajo realizado por la demandante cuando se desempeÃ±Ã³ en la Unidad Nacional de Justicia y Paz, y, de seÃ±alar que a su parecer el mÃ©todo de estadÃstica utilizado por la entidad demandada no reflejaba todo el trabajo que realizaban los fiscales de dicha Unidad, lo cierto es que se tratan de afirmaciones subjetivas sin respaldo probatorio, ya que la gestiÃ³n realizada por los fiscales de esa Unidad eran evaluados bajo los mismos criterios para todos, por lo cual no se puede afirmar que la administraciÃ³n haya actuado con desviaciÃ³n de poder o por motivos diferentes a mantener el buen servicio pÃºblico.

Por otro lado, es del caso precisar que el buen desempeÃ±o en el cargo por sÃ solo no otorga a su titular prerrogativa de permanencia en el cargo, toda vez que, lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario. El rendimiento y la buena conducta del empleado no limita la facultad del nominador para removerlo, mÃ¡xime cuando las razones del nominador pueden ser variadas y diferentes a la consideraciÃ³n del rendimiento y la conducta del personal, en tanto siempre esas variadas razones, se encaminen todas al buen servicio pÃºblico.

En consecuencia, las consideraciones expuestas llevan a la Sala a la convicciÃ³n de que el nominador al expedir el acto administrativo por medio del cual se declarÃ³ insubsistente a la actora se encontraba precedido de supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos, y persiguiÃ³ razones de buen servicio pÃºblico.

De tal manera, quedÃ³ demostrado que el acto administrativo demandado no estÃ¡ viciado por falsa motivaciÃ³n, ni desviaciÃ³n de poder, motivo por el cual se revocarÃ¡ la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se negarÃ¡n las pretensiones de la demanda.

3.5. De la condena en costas en segunda instancia.

No hay lugar a condenar en costas dado que no se demostrÃ³ temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artÃculo 171 del CÃ³digo Contencioso Administrativo, modificado por el artÃculo 55 de la Ley 446 de 1998, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposiciÃ³n de costas.

En mÃ©rito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, SecciÃ³n Segunda, SubseccciÃ³n A, administrando justicia en nombre de la RepÃºblica de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 20 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accediÃ³ parcialmente a las pretensiones dentro del proceso promovido por la seÃ±ora Yolanda MarÃa Serna GonzÃ¡lez en contra de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n, por las razones expuestas en esta providencia. En su lugar:

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas de segunda instancia, de acuerdo con las consideraciones expresadas en este fallo.

CUARTO: Ejecutoriada esta decisiÃ³n, devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa Â«SAMAIÂ».

NOTIFÃQUESE Y CÃMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesiÃ³n del veintidÃ³s (22) de octubre de dos mil veinte (2020).

GABRIEL VALBUENA HERNÃNDEZ
Firmado electrÃ³nicamente

WILLIAM HERNÃNDEZ GÃMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÃREZ VARGAS

Firmado electrÃ³nicamente Firmado electrÃ³nicamente

Constancia: La anterior providencia fue firmada electrÃ³nicamente por la Sala a travÃ©s de la plataforma SAMAI del Consejo de Estado, con lo cual se garantiza su autenticidad, integridad, conservaciÃ³n, y posterior consulta, de conformidad con el artÃculo 186 del CÃ³digo de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demÃ¡s normas concordantes del CÃ³digo General del Proceso.

NOTAS DE PIE DE PÃGINA:

1. Con ponencia de la Magistrada Martha Nury VelÃ¡squez Bedoya.

2. Folios 2-31.

3. Decreto 01 de 1984, estatuto aplicable para la fecha de presentaciÃ³n de la demanda, esto es, el 01 de noviembre de 2011 (f. 208 del expediente).

4. Folios 224-242.

5. Folios 566-590.

6. Folios 639-650.

7. Folios 651-656.

8. Folios 671-679.

9. Folios 745-765

10. Folios 738-744.

11. Â«El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerÃ¡ en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnaciÃ³n, asÃ como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelaciÃ³n o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisiÃ³n. […]Â».

12. El Decreto 16 de 2014 modificÃ³ la estructura orgÃ¡nica y funcional de la FiscalÃa General de la NaciÃ³n y derogÃ³ los artÃculos 1 a 32 de la Ley 938 de 2004.

13. Ver artÃculo 1Âº.

14. Corte Constitucional, sentencia C – 279 de 18 de abril de 2007, magistrado ponente: Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa.

15. “ArtÃculo 73. Al iniciar el PerÃodo de prueba, la FiscalÃa General deberÃ¡ adelantar programas de inducciÃ³n que garanticen al nuevo funcionario el adecuado conocimiento de la InstituciÃ³n y de la Rama del Poder PÃºblico a la cual ingresa y los derechos, deberes y garantÃas que adquiere. // Por excepciÃ³n, de acuerdo con el reglamento, los nombramientos tendrÃ¡n carÃ¡cter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente cargos vacantes temporal o definitivamente, con personal no seleccionado mediante concurso.

16. Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.

17. “ArtÃculo 117. La provisiÃ³n de un empleo de carrera se efectuarÃ¡ mediante proceso de selecciÃ³n no obstante, en caso de vacancia definitiva de Ã©ste y hasta tanto se efectÃºe la provisiÃ³n definitiva mediante proceso de selecciÃ³n, podrÃ¡ efectuarse nombramiento provisional, el cual no podrÃ¡ exceder el tÃ©rmino de ciento ochenta (180) dÃas, en cada caso a partir del momento de la convocatoria. // Igualmente procede la provisionalidad en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designaciÃ³n en encargo o la misma sea superior a un (1) mes”.

18. “ArtÃculo 70. Nombramientos. La provisiÃ³n de un cargo de carrera se efectuarÃ¡ mediante nombramiento en propiedad, una vez superado el perÃodo de prueba. Cuando ello no fuere posible, se procederÃ¡ al nombramiento mediante la figura de encargo, atendiendo al lleno de los requisitos y al perfil del cargo respectivo. Excepcionalmente, cuando no fuere posible proveer dicho cargo en la forma anteriormente descrita, se procederÃ¡ al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningÃºn caso generarÃ¡ derechos de carrera.

19. “ArtÃculo 76. Retiro. Es una situaciÃ³n de carÃ¡cter administrativo, que pone fin a la inscripciÃ³n en el rÃ©gimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad en los eventos previstos como causales para tal efecto. // Los demÃ¡s servidores serÃ¡n objeto de la facultad discrecional del nominador. // El retiro de la carrera tendrÃ¡ lugar mediante acto motivado, contra el cual procederÃ¡n los recursos de la vÃa gubernativa”.

20. Cfr. Sentencias T-410 de 2007, T-464 de 2007, T-793 de 2007, T-157 de 2008, T-1112 de 2008, T-109 de 2009, T-186 de 2009 y T-736 de 2009.

21. Folios 32-36.

22. Folio 37.

23. Folio 53.

24. Folios 54-80.

25. Folios 482-484.

26. Folios 500-506.

27. Folios 507-520.

28. Folios 544-546.

29. Folio 547.

30. Folios 336-338.

31. Folios 339-341.

32. Folios 342-344.

33. Folios 345-349.

34. Folios 351-352.

35. Folios 353-354.

36. Folios 460-464.

37. Folios 470-474.

38. Folios 370-376.

39. Sentencia C – 279 de 2007 de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente Dr. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa.

40. IbÃdem. “De acuerdo con la jurisprudencia, la desvinculaciÃ³n de los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad debe respetar el derecho al debido proceso, lo cual se concreta en el derecho de esos servidores de que en el acto que dispone su retiro se indiquen las razones especÃficas de la declaratoria de su insubsistencia. AdemÃ¡s, los motivos invocados para justificar la desvinculaciÃ³n deben referirse al servicio, es decir, deben responder al interÃ©s pÃºblico. Todo ello persigue evitar arbitrariedades, tratos discriminatorios o favoritismos. De acuerdo con lo anterior, para que el inciso segundo del artÃculo 76 de la Ley 938 se encuentre en armonÃa con el derecho al debido proceso y con la jurisprudencia de esta Corte en sede de tutela, es necesario precisar que el retiro de un funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad debe ser motivado por razones del servicio atinentes especÃficamente al funcionario que habrÃ¡ de ser desvinculado dada sus responsabilidades dentro de la entidad. Por lo tanto, la Corte declararÃ¡ la exequibilidad del inciso segundo del artÃculo 70 asÃ como del artÃculo 76 de la Ley 938 de 2004, en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera el acto de desvinculaciÃ³n deberÃ¡ ser motivado por razones del servicio especÃficas, en los tÃ©rminos del apartado 4 de esta sentencia.”

41. Folios 544-546.

42. Folio 53.

43. Se advierte que en el mes septiembre de 2010 se venÃa reportando 54 sesiones de versiÃ³n libre, la cual aumento en noviembre a 70 y se mantuvo asÃ hasta febrero de 2011.

44. CD a folio 547 cuadro del Excel- La demandante fungiÃ³ como fiscal en dicha unidad del 11 de octubre de 2010 al 8 de abril de 2011, fecha

en la cual fue declarada insubsistente del cargo de fiscal.

45. Libardo RodrÃguez RodrÃguez, *Derecho administrativo general y colombiano*, 17Âª ed., BogotÃ¡, Temis, 2011, pÃ¡gs. 312 y 313.

46. Consejo de Estado, SecciÃ³n Segunda, SubseccciÃ³n A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009), Actor: Silvio ElÃas Murillo Moreno.

47. *Ibidem.*

Fecha y hora de creación: 2024-06-02 15:29:12