



Sentencia 2011-01750 de 2020 Consejo de Estado

DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA / EMPLEADO PÚBLICO EN PROVISIONALIDAD / FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / FALSA MOTIVACIÓN / DESVIACIÓN DEL PODER

Para la declaratoria de insubsistencia de nombramientos de empleados en provisionalidad en lo que refiere al régimen especial de la Fiscalía General de la Nación, reglamentado por la Ley 938 de 2004, se requiere que estos sean motivados. [...] [N]o resulta admisible la falta de motivación del acto administrativo por medio del cual se declare insubsistente a un servidor nombrado en provisionalidad, toda vez que ello atenta contra la cláusula de Estado de Derecho que implica la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y proscribire la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados. Así mismo, porque ello no se sujeta a los principios de la función administrativa y concretamente al de publicidad, del cual se deriva que la motivación constituye una condición 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 públicos, 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 declaró insubsistente debe declararse nulo pues carece de suficiente motivación dado que se basa únicamente en una estadística de gestión sin tener en cuenta las particularidades de los procesos que estaban a su cargo, así mismo existió un abuso de poder porque que no se presentó una conducta del nominador orientada al mejoramiento del servicio. [...] Respecto a la falsa motivación, sostiene la demandante que el acto demandado se encuentra falsamente motivado, al haberse fundamentado en el bajo desempeño laboral y la afectación del servicio, lo cual no corresponde a la realidad de los hechos. [...] [S]e configura cuando la Administración para tomar la decisión, se basa en razones de orden jurídico o fáctico que resultan ser inexistentes o contrarias a la realidad. [...] [S]e observa que se allegó al expediente diversos medios probatorios tendientes a demostrar, que la demandante no desempeñaba sus funciones en forma eficiente, y se evidenció conforme a las estadísticas y el informe de gestión presentado por la jefe fiscal de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz respecto del desempeño 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 público, 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 estableció que la decisión de desvincularla del servicio se sustentó en los mismos criterios que eran evaluados los demás funcionarios que trabajaban en la Unidad de Justicia y Paz, como son los reportes de estadística y el informe de gestión realizado por la jefe fiscal de la Unidad de Justicia y Paz obrante el expediente, los cuales reflejaron el bajo desempeño 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 público. [...] [L]a jurisprudencia ha comprendido la desviación de poder como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse. [...] [L]a Sala, que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar. [...] [E]s del caso precisar que el buen desempeño en el cargo por sí 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, máxime cuando las razones del nominador pueden ser variadas y diferentes a la consideración del rendimiento y la conducta del personal, en tanto siempre esas variadas razones, se encaminen todas al buen servicio público. [...] [L]as consideraciones expuestas llevan a la Sala a la convicción de que el nominador al expedir el acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente a la actora se encontraba precedido de supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos, y persiguió razones de buen servicio público.

CONDENA EN COSTAS

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

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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 05001-23-31-000-2011-01750-01(0307-17)

Actor: YOLANDA MARÍA SERNA GONZÁLEZ

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: INSUBSISTENCIA. DECRETO 01 DE 1984. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

I. ASUNTO

La Sala de Subsección A decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 20 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia¹, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada por la señora Yolanda María Serna González en contra de la Fiscalía General de la Nación.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda².

2.1.1. Pretensiones.

La señora Yolanda María Serna González, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo³, solicitó declarar la nulidad de la Resolución No. 0-1136 del 18 de abril de 2011, por medio de la cual la Fiscalía General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento de la señora Yolanda María Serna González como fiscal delegado ante el Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la entidad demandada lo siguiente: (i) reintegrar a la actora al mismo cargo que desempeñaba o a otro de igual o mejor denominación, con el pago de los salarios y prestaciones legales dejados de percibir entre el momento en que se produzca su reincorporación al servicio; y (ii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de artículo 176 del C.C.A.

2.1.2. Hechos.

La demandante, a través de apoderado, señaló como fundamentos fácticos relevantes los siguientes:

1. La demandante se vinculó laboralmente a la Fiscalía General de la Nación, el 13 de abril de 1993, y desempeñó los siguientes cargos: (i) técnico judicial II mediante nombramiento del 13 de abril de 1993; (ii) fiscal ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de la Fiscalía de Bucaramanga, desde el 30 de marzo de 1999; (iii) fiscal ante los Jueces del Circuito en la Dirección Seccional de la Fiscalía de Medellín, desde el 17 de enero de 2000; (iv) fiscal delegada ante el Tribunal de Distrito Judicial en la Dirección Seccional de la Fiscalía de Medellín mediante nombramiento en provisionalidad efectuado el 8 de enero de 2008; (v) directora seccional de Fiscalía en la Dirección Seccional de la Fiscalía de Medellín encargo efectuado el 27 de abril de 2008; (vi) fiscal delegada ante el Tribunal de Distrito Judicial de Pereira en la Dirección Seccional de Fiscalía de Pereira mediante traslado dispuesto el 8 de septiembre de 2008; (vii) fiscal delegada ante el Tribunal de Distrito Judicial en la Dirección Seccional de la Fiscalía de Medellín 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 Medellín, 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 asumió como fiscal 37 delegada, despacho que tenía a su cargo el proceso de documentación y judicialización 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 realizó ninguna inducción 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 había contado con un equipo de trabajo constante, el cual carecía de una capacitación adecuada, y el despacho tenía a su cargo cerca de 7.800 carpetas.

5. En la desmovilización colectiva de la organización armada al margen de la Ley realizada el 11 de septiembre de 2005 en el Municipio de Sopetrán (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 Memín quien era el comandante operacional. Sin embargo, en el 2008 fue excluido del proceso, sin que hubiera iniciado diligencia de versión libre, hecho que produjo la desertión de los restantes postulados del grupo, quedando solo cuatro desmovilizados los cuales confesaron hechos delictivos que representaba un número insignificante, sin aportar alguna información que permitiera estructurar la

génesis de la organización.

6. A octubre de 2010 no se había realizado ninguna audiencia de formulación de imputación ante la dificultad en la construcción de la génesis del grupo, en tanto que los cuatro postulados que en ese momento constituían la principal fuente de información, o conocían el origen, evolución, estructura militar, financiera y política de la organización.

7. Por lo anterior, la demandante se contactó con el señor Tuberquía quien le manifestó su interés de colaborar con el proceso de Justicia y Paz, para la cual la actora concluyó que éste podía esclarecer en un 60% los hechos delictivos objeto de investigación.

8. Así las cosas, la demandante realizó siete sesiones de declaraciones juradas con el señor Luis Arnulfo Tuberquia en el que aportó información concerniente a la génesis de la organización, su estructura política, militar, financiera, la expansión y transformación que sufrió durante los nueve años de su existencia.

9. Por otro lado, inicio la recepción de versión libre del comandante militar de la organización León Alberto Henao Miranda alias Pilatos que suministró información sobre la estructura de la organización, la cual se complementa con las declaraciones juramentadas por el señor Tuberquia, con las cuales se pudieron esclarecer las masacres del Aro, Ochali y Chuscal, además de la toma del Municipio de Peque.

10. Logró la versión libre del postulado Argemiro Pimienta en el que aportó información sobre la participación de otros desmovilizados, así mismo respecto de los hechos confesados por el postulado Lisardo Hidalgo Higueta presentó ante la Sala de Control de Garantías e Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín la fijación de la fecha para la audiencia de imputación.

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 procedió a ubicar a los postulados en los centros de reclusión y revisar el estado de sus procesos, y en el que programó fecha para continuar con la recepción de las versiones libres que se venían adelantando.

12. Señaló que el fiscal general de la Nación (E) mediante Resolución No. 1136 del 18 de abril de 2011 declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la demandante como fiscal delegada ante el Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín.

13. El acto de insubsistencia fue motivado y señaló: *“(…) que desde su ingreso a dicha unidad en octubre de 2010, su gestión 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 participación de la Fiscalía General de la Nación, de cara al cumplimiento de los objetivos de la Ley 975 de 2005”.*

14. Sostuvo que el acto invocó como fundamento un observatorio efectuado a la gestión de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, el cual no era un instrumento idóneo para valorar el desempeño del cargo por cada uno de los fiscales delegados.

15. Afirmó que nunca se realizó una visita al despacho de la demandante, ni se le pidió la presentación de un informe de gestión, no se tuvieron en cuenta las particularidades del proceso de judicialización del Bloque Noroccidental de las Autodefensas, y la evaluación que se realizó a la demandante tuvo como base exclusiva las estadísticas presentadas dentro de las cuales no se incluye la valoración de las actividades desarrolladas.

2.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

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

En el concepto de violación señaló los siguientes cargos:

Violación directa de la Ley.

Consideró que la desvinculación de los servidores públicos en provisionalidad mediante la declaratoria de insubsistencia implica la carga material para la entidad pública de expresar los móviles o motivos que sustentan el retiro del servicio del empleado en tal situación jurídica, como lo ha entendido la jurisprudencia.

Refirió que los motivos aducidos para el retiro del servicio de la demandante se plantearon de manera genérica sin concretar las fallas, omisiones o irregularidades atribuibles a la funcionaria Yolanda María Serna. Dicha motivación no contiene una verdadera expresión de las razones para la desvinculación de la demandante, por lo que se configura una insuficiencia en la motivación que impide que se entienda verificada la carga de motivar el acto administrativo de insubsistencia.

Falsa motivación.

Señaló que el acto administrativo incurrió en falsa motivación por las siguientes razones: (i) se invocó como fundamento del acto el resultado de un observatorio efectuado a la gestión de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz, el cual no era un instrumento idóneo; (ii) en

desarrollo de dicho observatorio nunca se le efectuó una visita al despacho a cargo de la actora ni se llevó a cabo, ni se llevó auditoria alguna para verificar el estado de los procesos; (iii) a la demandante nunca se le pidió la presentación de un informe de gestión, pese que en el oficio 008270 del 20 de junio de 2011 afirma haber tenido en cuenta para la evaluación de la gestión de la demandante “el informe de gestión por usted presentado”; (iv) no se tuvieron en cuenta las particularidades del proceso e judicialización del Bloque Noroccidental, ni de las dificultades que impedían el avance efectivo del proceso; (v) previa a la declaratoria de insubsistencia a la demandante nunca se le notificó reparo alguno respecto a la forma como venía desempeñando sus funciones; (vi) la evaluación que se afirma haber efectuado al desempeño de la demandante tuvo como base exclusiva las estadísticas presentadas de las cuales no se incluyen la valoración de las actividades efectivamente realizadas; (vii) a la demandante no se le dio oportunidad para explicar la gestión por ella adelantada, exponer las dificultades del proceso de judicialización a su cargo; (viii) no se tuvo en cuenta el estado en que la demandante recibió el despacho a su cargo; (ix) la demandante no violentó los principios de eficacia y eficiencia en el manejo de las investigaciones; y (x) no se tuvo en consideración que la actora era la fiscal que llevaba menos tiempo desempeñando dicho cargo ante los Tribunales para la Justicia y la Paz.

Desviación de poder.

Indicó 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 prestación del servicio, sino fue una retaliación en contra de la actora en relación con el desempeño de cargos pasados en la institución.

2.2. Contestación de la demanda⁴.

La Fiscalía General de la Nación, por intermedio de apoderado judicial, señaló que las personas nombradas en virtud del Decreto 122 de 2008, no tiene un fuero de estabilidad absoluta en estos cargos, ya que su vinculación debe seguir los principios de los demás cargos de la entidad, permitir que éstos cuenten con una especial protección configura un trato discriminatorio frente a los demás servidores provisionales, a quienes les aplica los lineamientos generales, y pueden ser trasladados o sujetos de las demás situaciones propias de su vinculación.

Señaló que la naturaleza de los cargos de Justicia y Paz es especial en cuanto se enmarcan en la categoría de empleos temporales, y su nombramiento implica un término específico de duración, por las condiciones particulares de la necesidad que generó dicha vinculación, motivo por el cual la provisión de los cargos se ha realizado mediante el mecanismo de nombramiento en provisionalidad. En ese orden de ideas, su desvinculación debe obedecer a los mismos términos 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, advirtió que no es acertado afirmar que el acto administrativo se expide con falsa motivación, dado que el mismo se fundamentó en la gestión desempeñada 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 asumió la carga laboral; y (iii) el informe de gestión presentado por cada uno de los funcionarios.

Añadió que, la demandante como fiscal delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial en la Dirección Seccional de la Fiscalía de Medellín, más 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 información suministrada en el consolidado estadístico no puede ser adjudicable a su desempeño, en armonía con el informe de postulados rendido por la misma demandante para la fecha del 10 de marzo de 2010.

Indicó que, reposa en la Unidad Nacional de Fiscales para la Justicia y la Paz un informe de gestión 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 días en versión, no realizó imputaciones ni formulación de cargos.

Señaló que, no se puede afirmar que se desconocía la forma de evaluar el desempeño de los fiscales adscritos a dicha Unidad Nacional, el informe contenía la gestión que era el resultado de sus estadísticas, frente a la carga laboral de cada fiscal y las actividades que a cada uno le correspondían 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, concluyó que la resolución impugnada no se evidenció una desviación de poder ni una finalidad verdadera encubierta, ni fue un simple pretexto de la administración 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 conclusión en primera instancia.

La parte demandante⁵, quien, por intermedio de apoderado, se reafirmó 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 desvinculación de la demandante no se corresponden con el proceder y el compromiso de ésta en el ejercicio de la función como fiscal; y que la decisión adoptada no estuvo inspirada en la mejora del servicio jurisdiccional.

Sostuvo que con relación al compromiso, aportes y labor emprendida por la demandante para hacer viable la judicialización del Bloque Noroccidental de las Autodefensas y lograr los derechos de las víctimas, los declarantes fueron concordantes al afirmar que la demandante

desplegó todos los medios a su alcance para hacer posible la construcción de la verdad, justicia y reparación. Siempre fue solidaria con su grupo de trabajo, concibió soluciones creativas para hacer más eficiente la gestión a su cargo, diseño un plan de trabajo, imprimió celeridad a las tareas propias del proceso, logró la colaboración del comandante del grupo “memin” y generó credibilidad y empatía con las víctimas.

La parte demandada guardó silencio.

2.4. Concepto del Ministerio Público guardó silencio.

2.5. La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 20 de mayo de 2016⁶, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, y declaró la nulidad de la Resolución No 0-1136 de 18 de abril de 2011, proferida por el Fiscal General de la Nación.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a la Fiscalía General de la Nación, reintegrar a la señora Yolanda María Serna González al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría; y ordenó pagar los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir hasta el momento efectivo del reintegro, descontando, las sumas que por cualquier concepto laboral en el sector público haya percibido la demandante, en una suma no inferior a 6 meses, ni superior a los 24 meses de salario, y además señaló que para todos los efectos no había existido solución de continuidad.

En tal sentido, el Tribunal consideró que la demandante probó de manera suficiente su situación particular, relativa a que sólo los postulados asignados, prácticamente desde el inicio de su vinculación en el cargo de fiscal delegada ante el Tribunal de Justicia y Paz, hacían parte del Bloque Noroccidental de Antioquia bajo el comando de alias “memín” lo que ameritaba un análisis particular respecto del cumplimiento de metas, caso frente al cual se presentaron varios tropiezos, en razón de que el mismo fue retirado del proceso de justicia y paz, lo que hacía imposible el crecimiento del dossier y la documentación de los casos que habían sido confesados, y de otra parte, la Fiscalía General de la Nación no arrió al proceso prueba alguna encaminada a demostrar que en el observatorio de gestión realizado por la Unidad de Justicia y Paz, se tuvo en consideración esa condición especial, pues no allegó al proceso el resultado o conclusiones de dicho observatorio, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 60 de la Ley 1395 de 2010, que establece el deber de la parte demandada de aportar con la contestación de la demanda todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer.

Así mismo, manifestó que de los testimonios recaudados se desprende que la actora dio cumplimiento a las actividades a su cargo, de allí que la motivación plasmada en el acto acusado, relacionada con la realización del observatorio a la gestión, que arrojó como resultado que la demandante desde su ingreso a la Unidad en el año 2010 no mostró resultados acordes con la prontitud y la eficacia que demanda la participación de la Fiscalía General de la Nación 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 gestión de la demandante, para quien no le era dable exigir un sin número de trámites impulsados respecto de varios postulados, dadas las condiciones en que se encontró el despacho, y las dificultades del mismo debido a las particularidades del proceso de las autodefensas del Bloque Noroccidental de Antioquia bajo el mando de alias “memín”, razón por la cual no se le podía exigir el mismo resultado que a los demás servidores.

2.5. Recurso de apelación.

La parte demandante⁷

La parte actora indicó que disiente en cuanto a las decisiones contenidas en los numerales 2.3 y 2.4 de la parte resolutive de la sentencia impugnada, ya que el Tribunal declaró la nulidad del acto atacado pero limitó los efectos consecuenciales de la nulidad reduciendo el monto de los salarios y prestaciones sociales a pagar a la demandante un máximo de 24 meses, y ordenando además, el descuento de dicha suma de lo que la demandante hubiese percibido por emolumentos laborales de entidades públicas o privadas, en el que acogió la línea decisoria de la Corte Constitucional al resolver acciones de tutela en las que se han cuestionado decisiones de la jurisdicción contenciosa administrativa que consideraban la declaratoria de insubsistencia de un empleado público en provisionalidad.

Indicó que, por el periodo correspondiente a la desvinculación del servidor, hay lugar al pago cabal de salarios y prestaciones sociales y no de una indemnización, sin que exista razón para que sea el ciudadano el que tenga que asumir las consecuencias económicas de la demora que comporta un proceso judicial, o que estas se pretendan morigerar cercenando los efectos jurídicos de la nulidad.

Sostuvo que, la entidad pública que emite un acto administrativo viciado de nulidad está llamada a asumir íntegramente las consecuencias jurídicas de su proceder, sin que sea dable que las mismas sean transferidas al ciudadano afectado con la decisión de la administración, y sin que dichas consecuencias puedan ser atenuadas a través de presunciones y/o principios no consagrados legalmente.

Consideró que el *a quo* debió 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 máximo de 24 meses de salario, y sin que se pueda sostener que se trata del reconocimiento de una indemnización.

La parte demandada⁸

Señaló que, las personas nombradas en virtud del Decreto 122 de 2008, no tiene un fuero de estabilidad absoluta en estos cargos, ya que su

vinculación debe seguir los principios de los demás cargos de la Entidad, ya que permitir que estos cargos cuenten con una especial protección configura un trato discriminatorio frente a los demás servidores públicos.

La naturaleza de los cargos de justicia y paz, es especial en cuanto se enmarcan en la categoría de temporales, y su nombramiento implica un término específico de duración, por las condiciones particulares de la necesidad que generó dicha vinculación, motivo por el cual la provisión de los cargos se ha realizado mediante el mecanismo de nombramiento en provisionalidad, y en ese orden de ideas su desvinculación debe obedecer a los mismos términos que respecto de los provisionales en cargos de carrera se ha estipulado por la jurisprudencia y la Ley.

Manifestó que, la motivación del acto no es otra cosa que la del mejoramiento del servicio, esto es, designar un funcionario que arrojará 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 víctimas establecidos en el marco de la Ley de Justicia y Paz, y propendiendo por el correcto funcionamiento del servicio público.

Agregó que, la resolución de insubsistencia es expedida el 18 de abril de 2011, con fundamento en el resultado de gestión personal de la demandante, en relación con las funciones asignadas a ésta, la cual fue acorde con los principios de eficacia y eficiencia, postulados cardinales de la función pública.

Reiteró que, no es acertado afirmar que el acto administrativo se expide con falsa motivación dado que el mismo se fundamentó en la gestión desempeñada por la demandante Yolanda María Serna González que se encuentra debidamente soportada. Las razones se encuentran consignadas en la Resolución No. 0.1136 del 18 de abril de 2011 suscrita por el señor Fiscal General de la Nación, 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 asumió la carga laboral; y (iii) el informe de gestión presentado por cada uno de los funcionarios.

Aunado a lo anterior precisó que, para determinar la motivación del acto administrativo demandado, existe de por medio un informe de gestión y un consolidado estadístico, que refleja el resultado de las labores desempeñadas por la demandante.

Insistió que, no es posible afirmar que se desconocía la forma de evaluar el desempeño de los fiscales a dicha unidad nacional, el informe que contenía su gestión era el resultado de sus estadísticas frente a la carga laboral de cada fiscal y las actividades que a cada uno correspondía 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, enunció que el buen desempeño de los demás 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 desempeño laboral del empleado no amparado por fuero de estabilidad, no son condiciones que por sí 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 público.

2.6. Alegatos de segunda instancia.

La parte demandante⁹, a través de su apoderado judicial, indicó que las pruebas practicadas al interior del proceso permiten concluir de manera contundente que los motivos aducidos por la entidad demandada para la desvinculación de la demandante no se corresponden con el proceder y el compromiso de ésta en el ejercicio de la función como fiscal, y que la decisión adoptada no estuvo inspirada en la mejora del servicio.

Señaló que, la demandada no tuvo en cuenta la imposibilidad del sistema de estadística para reportar las entrevistas con postulados, desmovilizados y víctimas, insumo primordial para la construcción del dossier del bloque. Tampoco reflejó la atención diaria a las víctimas, las declaraciones bajo juramento recibidas, las jornadas de audiencias, que se cuenta como una sola, ni refleja el tema de restitución 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 diseñar la metodología de trabajo, y en general las actividades adelantadas por la demandante para desentrabar el complejo proceso a su cargo.

La parte demandada¹⁰, reiteró los argumentos expuesto en el recurso de apelación y señaló que no está demostrada la falsa motivación, puesto que los hechos determinantes de la decisión de la administración para proferir el acto, esto es la realización de un análisis u observatorio de la gestión de la Unidad de Justicia y Paz, así como la afectación al servicio si fue probada. Igualmente está probado que la administración tuvo en cuenta todas las justificaciones que dio la demandante en sus informes, no obstante, dichas situaciones particulares no habrían modificado sustancialmente la decisión.

Agregó que, el juzgado de primera instancia tomó como sustento probatorio, los testimonios de personas que claramente tenían interés en las resultas del proceso, como es el caso del señor Jorge Humberto Vaca Méndez que interpuso demanda por los mismos hechos, y no se llevó a cabo la práctica de las pruebas testimoniales solicitadas por la Fiscalía General de la Nación.

2.7. Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Esta Subsección es competente para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129¹¹ del Código Contencioso Administrativo.

3.2. Problema Jurídico.

De conformidad con los argumentos planteados en los recursos de apelación corresponde a la Sala establecer si la Resolución No. 0-1136 del 18 de abril de 2011, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento provisional de la demandante en el cargo de fiscal delegado ante el Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín, quien se desempeñaba en la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz sede Medellín, es nula por incurrir en falsa motivación y desviación de poder.

En caso afirmativo, determinar si es procedente limitar al término 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 público, haya percibido la demandante, como lo estableció el Tribunal Administrativo de Antioquia en su sentencia.

Con el fin de abordar los problemas jurídicos se desarrollará el siguiente orden metodológico (i) marco normativo y jurisprudencial, (ii) motivación en los actos de nombramiento de empleados en provisionalidad y (iii) análisis del caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial.

3.1.- El artículo 125 de la Carta Política, dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Dentro de este marco el presidente de la República en uso de las facultades que le confirió el literal a) del Artículo Transitorio 5o del Capítulo I de las disposiciones transitorias de la Constitución Política, emitió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, a través del Decreto 2699 de 1991, que entre otros aspectos, establece en el Título IV el Sistema de Carrera. En el artículo 65 de dicho Estatuto Orgánico se dispuso:

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

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

(...)”

Por su parte, el artículo 66 del Decreto 2699 de 1991 estableció:

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

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

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

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

3.2.- A su turno el artículo 253 constitucional prevé que la ley determinará la estructura y el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, el ingreso a la carrera y el retiro del servicio, así:

“La ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los

funcionarios y empleados de su dependencia”.

En desarrollo del mandato constitucional mediante la Ley 938 de 2004 se expidió “el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación” y se adoptó la estructura de la Fiscalía General de la Nación¹².

Posteriormente, fue expedida la Ley 975 de 2005 “*Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*”, la cual tuvo como objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación¹³.

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

“Artículo 32. Competencias de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en materia de justicia y paz. Modificado por el art. 28, Ley 1592 de 2012. Además de las competencias establecidas en otras leyes, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial designados por el Consejo Superior de la Judicatura serán 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 Secretaría 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 víctimas a la verdad y preservar del olvido la memoria colectiva. También deberá garantizar el acceso público a los registros de casos ejecutoriados, y contar con una Oficina de Comunicaciones para divulgar la verdad de lo acontecido”.

Para la ejecución de la citada ley, en el artículo 33 *ibidem* se creó la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz delegada ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, con este fin se adicionó la planta de cargos de la Fiscalía General de la Nación para el año 2005, y se dispuso que esta entidad destacaría 20 cargos de Fiscal Delegado ante Tribunal, así:

“Artículo 33. Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz. Créase la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, delegada ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, con competencia nacional e integrada en la forma que se señala en la presente ley.

Esta unidad será la responsable de adelantar las diligencias que por razón de su competencia, le corresponden a la Fiscalía General de la Nación, en los procedimientos establecidos en la presente ley.

La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz tendrá el apoyo permanente de una unidad especial de policía judicial, conformada por miembros de las autoridades que corresponda, con dedicación exclusiva, permanente y con competencia en todo el territorio nacional.

Adicionar a la planta de cargos de la Fiscalía General de la Nación, para el año 2005 establecida en el artículo transitorio 1° de la Ley 938 de 2004, los siguientes cargos:

150 Investigador Criminalístico VII

15 Secretario IV

15 Asistente Judicial IV

20 Conductor III

40 Escolta III

15 Asistente de Investigación Criminalística IV

20 Asistente de Fiscal II.

Parágrafo. La Fiscalía General de la Nación destacará de su planta de personal, para conformar la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, los siguientes cargos: 20 Fiscal Delegado ante Tribunal”.

Posteriormente, el presidente de la República profirió el Decreto 122 del 18 de enero de 2008 “*Por el cual se modifica la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación*”, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 147 de la Ley 1151 de 2007, que en su parte considerativa expuso:

“Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 de la Ley 1151 del 24 de julio de 2007, se efectuó el estudio técnico respectivo, en el cual se establecieron nuevas necesidades que en materia de personal requiere la Fiscalía General de la Nación para atender sus funciones, especialmente las relacionadas con las Investigaciones sobre Violación de Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, homicidios presuntamente cometidos por agentes institucionales, extinción de dominio, el fortalecimiento para la aplicación de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), la ejecución del Plan Nacional para Búsqueda, Hallazgo e Identificación de Desaparecidos, el

fortalecimiento del Programa de Protección a Víctimas y Testigos, y la implementación del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006 y las normas que lo reglamenten)”.

En el artículo 3º del Decreto 122 de 2008 se dispuso que se crearon con carácter 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 párrafo del citado artículo se indicó que la transitoriedad de estos cargos sería hasta por un término de 12 años. Veamos:

“PARÁGRAFO. La transitoriedad de los cargos antes señalados, será hasta por un término de doce (12) años, de acuerdo con los avances de los procesos derivados de la Ley 975 de 2005. En desarrollo de lo anterior la Fiscalía General de la Nación, deberá proponer una reducción en el número de cargos o en el término antes establecido, si a ello hubiere lugar”.

De lo anterior se colige, que la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz se conformó inicialmente por disposición de la Ley 975 de 2005 con 20 fiscales delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que ya hacían parte de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, y posteriormente, el Decreto 122 de 2008 creó con carácter 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 Fiscalía General de la Nación.

Para la declaratoria de insubsistencia de nombramientos de empleados en provisionalidad en lo que refiere al régimen especial de la Fiscalía General de la Nación, 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 condicionó tal exigencia, al examinarse el inciso 1º del artículo 76 de la Ley 938 de 2004.

Al respecto, se expuso:

«En múltiples oportunidades, la Corte ha conocido de solicitudes de tutela en las que los actores han manifestado que se desempeñaban en provisionalidad en un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación y que habían sido desvinculados de la entidad mediante un acto administrativo sin motivación, 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 declaración de insubsistencia sin motivación 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 específicas que rigen dichas actuaciones. En la Sentencia T-653 de 2006 se definió este derecho como: “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.”

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

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

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

- Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación 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, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada. Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés 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 calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un

funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo¹⁴».

Igualmente, mediante sentencia [SU-917](#) de 2010, la Corte Constitucional estableció respecto a la desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad al interior de la Fiscalía General de la Nación, que:

“- El régimen especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación y el deber de motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad.

De acuerdo con el artículo 253 de la Constitución, al Legislador corresponde, entre otros asuntos, determinar “lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio”. El artículo 5º transitorio constitucional dio facultades al Presidente de la República para “expedir las normas que organicen la Fiscalía General de la Nación”, como en efecto se hizo con el Decreto 2699 de 1991, “por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”.

El Decreto Ley 2699 de 1991 consagró el régimen de carrera para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación (art. 65 y siguientes), donde el artículo 73 autorizó la vinculación excepcional mediante provisionalidad¹⁵ y el artículo 100-5 el retiro por “insubsistencia discrecional, en los cargos de libre nombramiento y remoción”.

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, señaló que la Fiscalía General de la Nación tendría su propio régimen de carrera, sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación 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 ésta declarada exequible por la Corte Constitucional¹⁶.

El Decreto Ley 261 de 2000 modificó la estructura de la Fiscalía General de la Nación y lo relativo al régimen de carrera de la institución (Título VI), en cuyo artículo 117 consagró la vinculación en provisionalidad¹⁷.

Finalmente, la Ley 938 de 2004, “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, reguló la administración de personal y el régimen especial de carrera. El artículo 70 autorizó el nombramiento excepcional en provisionalidad¹⁸, mientras que el artículo 73 estipuló el retiro de la carrera mediante acto motivado y en los demás casos en ejercicio de la facultad discrecional¹⁹.

Los artículos 70 y 73 de la Ley 938 de 2004 fueron objeto de control constitucional en la Sentencia C-279 de 2007. La Corte declaró 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 desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia”. En ese fundamento jurídico la Sala reafirmó su extensa jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos de retiro de servidores vinculados en provisionalidad en cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación y sobre esa base condicionó la validez de las normas objeto de control.

(...)

La línea jurisprudencial trazada en relación con el deber de motivación de los actos de retiro de servidores de la Fiscalía General de la Nación vinculados en provisionalidad ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores y recientes de esta Corporación²⁰”.

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

Así mismo, porque ello no se sujeta a los principios de la función administrativa y concretamente al de publicidad, del cual se deriva que la motivación constituye una condición 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 públicos, 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.- Análisis del caso concreto

Como motivo de censura, la demandante manifiesta que el acto administrativo que la declaró insubsistente debe declararse nulo pues carece de suficiente motivación dado que se basa únicamente en una estadística de gestión sin tener en cuenta las particularidades de los procesos que estaban a su cargo, así mismo existió un abuso de poder porque que no se presentó 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 prestación 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 apelación, el Tribunal Administrativo de Antioquia, consideró que la decisión adoptada por la Fiscalía General de la Nación, tuvo como fundamento una valoración de gestión 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,

razón por la cual, declaró la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó descontar, las sumas que por cualquier concepto laboral en el sector público haya percibido la demandante, en cuantía no inferior a 6 meses ni superior a los 24 meses de salario.

La anterior, decisión 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 afectación 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 tendrá en cuenta el material probatorio documental recaudado dentro del presente proceso, toda vez que su presunción de autenticidad no fue objetada por las partes, y que le permite a la Sala tener como acreditados los siguientes supuestos fácticos:

- Mediante Resolución No. 0-1136 del 18 de abril de 2011²¹, la Fiscalía General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la señora Yolanda María Serna González como fiscal delegado ante Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín, quien se desempeñaba en la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz Sede Medellín.

- Por Oficio No. 001876 del 19 de abril de 2011²², la entidad demandada comunicó a la demandante que por medio de la Resolución No. 0-1136 del 18 de abril de 2011 se había declarado insubsistente el nombramiento en provisionalidad como fiscal delegado ante Tribunal de Distrito.

- Obra el “Resumen Informe de Gestión”²³ a marzo de 2011, suscrito por la fiscal jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, respecto de la señora Yolanda María Serna González.

- A través del Oficio No. 004331 del 01 de marzo de 2011²⁴ suscrito por el jefe de unidad nacional para la justicia y paz, en el cual contesta un requerimiento al director nacional de fiscalías, y en el que informa las funciones de competencia de esa unidad, los números de despacho y los nombres de los fiscales delegados ante el Tribunal de Justicia y Paz.

- Por Oficio No. 003371 del 22 de abril de 2014²⁵, la Fiscalía General de la Nación, informó 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 Medellín de Justicia y Paz, luego de su creación el 21 de Febrero de 2008, fue asignado el doctor PABLO ENRIQUE GONZÁLEZ SARMIENTO; posteriormente, mediante resolución 428 del 18 de diciembre de 2009, fue encargado el doctor WILLIAM FERREIRA PINZÓN; con posterioridad y de acuerdo con Resolución No. 042 del 13 de febrero de 2010, fue asignado el doctor NESTRO RAUL POSADA GONZÁLEZ; y luego estuvo la accionante YOLANDA MARÍA SERNA GONZÁLEZ, en virtud de permuta realizada con el entonces Fiscal 37 NESTRO mediante la figura del “traslado”, a través de la Resolución 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 fiscalía 37 delegada ante los tribunales de Justicia y Paz de Medellín... a efectos de verificar el funcionamiento y estado de dicho despacho”*, de acuerdo a los antecedentes que reposan en esta Dirección se pudo establecer que sobre la gestión realizada por la doctora YOLANDA MARÍA SERNA GONZÁLEZ durante el tiempo que fungió como Fiscal titular Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial, adscrita a la Unidad de Justicia y Paz, se efectuó fue una “valoración” 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 asumió la carga laboral y, iii) el informe de gestión presentado por cada uno de los funcionarios. Esta valoración se hizo extensiva a todos los Despachos de la Unidad y estuvo a cargo de la Jefatura de la Unidad.

(...)”

- Obra Resolución No. 74 del 10 de febrero de 2011²⁶, *“por medio de la cual se modifica el contenido de la Resolución 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 Satélites de Investigación”*, por la cual se le asignó al Grupo de Trabajo 28, bajo la coordinación del Despacho 37 Delegado ante Tribunal Superior de Distrito con sede en la ciudad de Medellín a cargo de la doctora Yolanda María Serna González, simultáneamente con la documentación y trámite de los casos relacionados con los hechos atribuidos al Bloque Noroccidental Antioqueño de las “ACCU” y los postulados que allí militaron.

- Por Oficio No. 0126 FNG-UNF-JP-F20 del 26 de marzo de 2014²⁷, la Fiscalía General de la Nación relaciona ocho declaraciones recibidas por la demandante, y doce diligencias de versión libre llevadas a cabo por la actora como fiscal 37.

Mediante Oficio 012654 del 12 de diciembre de 2014²⁸, la Fiscalía General de la Nación, complementó la respuesta suministrada en el Oficio No. 003371 del 22 de abril de 2014, respecto de la gestión realizada por la demandante.

- Obra cd²⁹ el cual contiene las estadísticas discriminadas por despacho de fiscales delegados ante el Tribunal de la Unidad Nacional

de Justicia y Paz.

· Testimonio del señor Néstor Raúl Posada Arboleda³⁰:

“PREGUNTADO: Indique si durante el tiempo que estuvo a cargo de la Fiscalía 37 de Justicia y Paz, la Fiscalía General le hizo visitas o auditorías para realizar un diagnóstico sobre el estado del proceso que usted documentaba. CONTESTADO: Ninguna (...) PREGUNTADO: Explíqueme al Despacho cual fue el resultado de la gestión realizada por las otras Fiscalías delegadas ante el Tribunal de Justicia y Paz, diferentes a la de la Fiscalía 37. CONTESTADO: Los resultados han sido muy similares a los de la Fiscalía 37, sólo con una diferencia ellos tienen más postulados y tiene comandante rindiendo informes libres (...).

· Testimonio del señor Edgar Daniel Osorio Rodas³¹:

“PREGUNTADO: Que logros tuvo la demandante con relación a la génesis del bloque y al dossier. CONTESTADO: A partir de las actividades que realizó la Dra. Yolanda con el excomandante “Memín” se pudo reorganizar la información de la génesis, pudiendo conocer realmente como fue el grupo delictivo ingresó en la zona, ayudado por quien y que lugares se expandió (...) PREGUNTADO: Que explicación tiene usted al hecho que usted indica anteriormente que la declaración juramentada de las víctimas no quedaba registrado en la estadística. CONTESTADO: Sucedió que “Memín estaba depostulado (...), el llevaba casi dos años de haber sido excluido de la Ley 975 de 2005. Entonces una estrategia muy adecuada fue recepcionarle las declaraciones juramentadas. Más o menos por esa razón no quedaba registrado en la estadística (...)

· Testimonio del señor Luis Fernando Giraldo³²:

“PREGUNTADO: Por que afirma que las gestiones adelantadas por la Dra. Yolanda a las que usted se ha referido, no se podía medir estadísticamente CONTESTADO: Muy sencillo, porque la Dirección de Justicia y Paz ubicada en Bogotá, pide estadísticamente entre ellos están: cuántas versiones libres con los postulados, cuantos hechos confesados, cuantas imputaciones, eso es lo general, lo que piden, pero en ningún momento piden cuantas gestiones hizo o qué clase de gestiones (...)

· Testimonio del señor Adriana Restrepo Restrepo³³:

“PREGUNTADO: Indique que factores se reportaban o median en las estadísticas mensuales a las que usted se refiere en la respuesta anterior. CONTESTADO: La estadística tenía tres grandes apartes, el primer punto era el de los postulados allí había que reportar que postulados se recibían, que versión libre se realizaba y que audiencia se realizaba, luego venía el aparte de las compulsas de copias, ahí se reportaba que casos se estaban impulsando ante la justicia ordinaria por información que entregaban los postulados y las víctimas y qué copias se compulsaban para iniciar nuevas investigaciones por información de las mismas fuentes, ósea el postulado y víctimas. Y en tercer lugar se plasmaba la información de que víctimas nuevas se habían ingresado al SIJYP, quienes habían sido acreditadas, (...). También debía informar que víctimas había reconocido, es decir que su hecho ya había sido esclarecido y estaba listo para ser llevado ante los magistrados, y por último que jornada de víctimas había adelantado, con cuantas víctimas atendidas en esas jornadas, también había que decir que víctimas habían asistido a las versiones libres y cuántas de ellas habían hecho preguntas directas a los postulados. Esa era la estadística (...).

· Testimonio de la señora Ana María López³⁴:

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

· Testimonio del señor Francisco Iván Muñoz³⁵:

“PREGUNTADO: Indique que contribución específica tuvo para las víctimas las entrevistas de la demandante con el comandante del grupo o Bloque Noroccidental. CONTESTADO: Yo creo que fue la contribución más grande, porque tanto las víctimas como la Fiscalía conoció fechas, lugares, relatos pormenorizados de los hechos, de cómo ocurrieron, porque ocurrieron, en algunos casos reconocieron equivocaciones, dieron lugares de donde había 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 víctimas (...)

· Testimonio del señor Fredy Esteban Gómez Duque³⁶:

“PREGUNTADO: Sabe usted como se medía el rendimiento de la Dra. Yolanda Serna mientras estuvo como Fiscal 37 Delegada. CONTESTADO: realmente no sabría 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 numéricos, y la información que se da en matrices, que también se reporta mensualmente, y en el evento que se pida información concreta se entrega a través de informes ejecutivos”.

· Testimonio del señor Héctor Eduardo Moreno Moreno³⁷:

“PREGUNTADO: Sírvase manifestar si durante el tiempo que usted tuvo la condición de Coordinador de la Unidad de Justicia y Paz de Medellín se dispuso, desde la Coordinación Nacional o desde la Dirección Nacional de Fiscalías, alguna auditoría o visita especial a la Fiscalía 37 delegada. CONTESTADO: En realidad al interior de la Unidad de justicia y paz y de la Fiscalía General no se tiene implementado ese mecanismo de

auditorías, y el seguimiento de las actividades a cargo de los respectivos funcionarios se realiza a partir de los informes estadísticos o de gestión 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 además del componente judicial busca asegurar hacia el futuro la garantía de no repetición de tan graves violaciones a los derechos humanos y construir memoria histórica (...)”

· Así mismo fue recepcionado el testimonio del señor Luis Arnulfo Tuberquia quien dio cuenta de las actuaciones que adelantó la demandante como fiscal 37 para conseguir su colaboración sobre los hechos delictivos que cometió el Bloque Noroccidental de las Autodefensas³⁸.

3.4. Análisis de la Sala.

De conformidad con el recuento normativo, jurisprudencial y probatorio relacionado en los acápites precedentes, se probó y no es causa de discusión, que la señora Yolanda María Serna González desempeñaba el cargo de fiscal delegado ante el Tribunal del Distrito de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz sede Medellín, en provisionalidad, es decir, que no pertenecía 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 artículo 76 de la Ley 938 de 2004, declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C - 279 de 2007³⁹, se puede determinar que tratándose de funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera “el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas”⁴⁰.

En tal sentido, a partir del 18 de abril de 2007, fecha en que la Corte Constitucional profirió la sentencia aludida, el retiro del servicio de los empleados provisionales de la Fiscalía General de la Nación 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 solicitó la nulidad del acto administrativo demandado.

- De la falsa motivación

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

Al respecto, esta Corporación ha establecido que la falsa motivación, como vicio para declarar la nulidad de los actos administrativos, se configura cuando la Administración para tomar la decisión, se basa en razones de orden jurídico o fáctico que resultan ser inexistentes o contrarias a la realidad.

Ahora bien, se tiene demostrado que a través de la Resolución 0-1136 del 18 de abril de 2011, la Fiscalía General de la Nación, declaró insubsistente el nombramiento de la señora Yolanda María Serna González en el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal del Distrito que desempeñaba en la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz con sede en Medellín, en el cual se expusieron los siguientes motivos para adoptar la decisión:

“(…)

Que en un observatorio a la gestión de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, las estadísticas en términos de gestión y resultado muestran respecto a la funcionaria YOLANDA MARÍA SERNA GONZALEZ, quien se desempeñaba como Fiscal Delegado ante Tribunal del Distrito de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz Sede Medellín, que desde su ingreso a dicha unidad en octubre de 2010, su gestión 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 participación de la Fiscalía General de la Nación, de cara al cumplimiento de los objetivos de la Ley 975 de 2005.

Que de acuerdo con lo anterior, la Doctora YOLANDA ARÍA SERNA GONZÁLEZ, quien conoce claramente las funciones que debe desempeñar 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 público y la satisfacción del interés general, fines esenciales del Estado Social de Derecho”.

(…)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar insubsistente el nombramiento en provisionalidad como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscales de Medellín, de la Doctora YOLANDA MARÍA SERNA GONZÁLEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 43.533.319, contenido en la Resolución 0-0096 de 8 de enero de 2008, quien se desempeña en la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz Sede Medellín en virtud de traslado efectuado mediando su solicitud mediante Resolución No. 2-3352 de 3 de septiembre de 2010.

(…)”

Por otro lado, obra el Oficio 012654 del 12 de diciembre de 2014⁴¹, por medio de la cual la Fiscalía General de la Nación respecto de la gestión realizada por la demandante, refirió lo siguiente:

“(…)

Tal como se había informado mediante oficio DFNEJT No. 003371 del 22 de abril de 2014, por el cual se dio respuesta al exhorto 50, sobre la gestión realizada por la doctora Yolanda María Serna González desde el mes de octubre de 2010, fecha en la cual comenzó sus labores en el despacho 37 de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz- sede Medellín, se realizó una valoración teniendo en cuenta el informe de gestión presentado por la demandante con corte a marzo de 2011, la estadística allegada por el mismo despacho y la carga la boral efectivamente asignada.

Dicha valoración se hizo siguiendo las directrices de la entonces señora Discal General de la Nación, Viviane Morales Hoyos, de conformidad con las cuales el entonces Director Nacional de Fiscalías, doctor Néstor Armando Novoa, mediante oficio No. 003164 del 17 de febrero de 2011, solicitó entre otra información, la conformación de los equipos de trabajo liderados por los Fiscales Delegados ante el Tribunal, número de casos tramitados por cada uno de los despachos, debiendo especificar número de versiones libres realizadas, número de audiencias de imputación, aceptación y legalización de cargos, de medidas cautelares, etc.

(…)

De acuerdo con los antecedentes que existen en esta Dirección, con fundamento en los insumos referidos, se hizo valoración de la gestión 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 Resolución No. 0-1136 del 18 de abril de 2011 (…)

Así mismo, se desprende del “Resumen Informe de Gestión”⁴² a marzo de 2011, suscrito por la fiscal jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, respecto de la señora Yolanda María Serna González, lo siguiente:

“(…)

YOLANDA MARÍA DERNA GONZÁLEZ

INGRESO: OCTUBRE DE 2010

ACTUALMENTE FISCAL 37 CON:

POSTULADOS PRIVADO DE LIBERTAD:	5
VERSIONES LIBRES INDIVIDUALES:	8
DIAS DE VERSIÓN:	12
FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN:	0
HECHOS EN F. IMPUTACIÓN:	0
FORMULACIÓN DE CARGOS:	0
HECHOS EN F. DE CARGOS:	0
LEGALIZACIÓN DE CARGOS:	0
HECHOS EN LEGALIZACIÓN DE CARGOS	0

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

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

(…)”

A su vez, obra un CD obrante a folio 547 del expediente, que refleja las estadísticas 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 gestión de la demandante arrojó cifras deficientes en las funciones que le fueron asignadas. De la estadística relacionada se encuentra que a febrero de 2010, la demandante a cargo del despacho 37, reportó lo siguiente:

Número de Desmovilizados	22
Número de Desmovilizados colectivos	222

Número de desmovilizados individuales	5
Número de Desmovilizados privados de la libertad	6
Número de Desmovilizados fallecidos	23
Número de Desmovilizados fallecidos por ser víctimas de una conducta punible	23
Número Total de Postulados	52
Número de postulados que han ingresado al despacho por asignación	56
Número de postulados que han ingresado al despacho por reasignación	2
Número de postulados a quienes se les ha anulado la postulación	1
Número de postulados que salieron del despacho por ser reasignados a otros despachos	4
Número de postulados a los que se les terminó el procedimiento de Justicia y Paz extraordinariamente	3
Número de postulados excluidos por orden emitida por el Fiscal por la no ratificación del postulado en versión libre	1
Numero de postulados excluidos por decisión judicial	1
Número de postulados excluidos por decisión judicial por incumplimiento de requisitos de elegibilidad	1
Número de sesiones de versión libre realizadas	70 ⁴³
Número de postulados que han iniciado versión libre	39
Número de postulados que han terminado versión libre porque no ratificaron la voluntad de acogimiento	35
Número de postulados que actualmente están rindiendo versión libre	4
Número de postulados que actualmente están rindiendo versión libre y no han confesado hechos	5
Número de postulados a quienes se les ha programado versión libre y aún no se ha iniciado	0
Número de hechos enunciadados y confesados	146
Número de hechos enunciadados	69
Numero de hechos confesados	77
Número de conductas en hechos enunciadados y confesados	344
Número de conductas en hechos enunciadados	181
INFORMACIÓN SOBRE CASOS IMPULSADOS POR ACTIVIDAD INVESTIGATIVA (INFORMACIÓN NO OBTENIDA EN VERSIONES LIBRES)	
Número de casos impulsados	26
Número de casos judicializados	0
Número de casos en los que se vinculó un autor o participe	3
Número de casos en los que se profirió orden de captura	0
Número de casos en los que se profirió medida de aseguramiento	3
Número de casos en los que se profirió resolución de acusación	0
Numero de casos en los que se profirió sentencia condenatoria	0
INFORMACIÓN SOBRE VÍCTIMAS	
Número De víctimas registradas	7881
Número De víctimas acreditadas	700
Número de víctimas acreditadas con defensor público	183
Número de víctimas acreditadas con defensor de confianza	527
Número de víctimas que han asistido a versión libre	252
Número de víctimas que han sido atendidas en jornadas realizadas por el despacho	4522
Número de jornadas de atención a víctimas	29
INFORMACIÓN SOBRE AUDIENCIAS	
Número de postulados a los que se les ha formulado imputación	0
INFORMACIÓN SOBRE FORMULACION DE CARGOS	
Número de hechos en cargos formulados	0
INFORMACIÓN SOBRE TIPO DE CONDCUTAS A LAS CUALES SE LES EGALIZÓ LOS CARGOS	
Número de conductas en legalización de cargos	0

En concordancia con lo anterior, se tiene que según el Informe de Estadística rendido desde diciembre de 2009 hasta el mes de febrero de 2011⁴⁴, se advierte que la demandante se encontraba a cargo de los procesos de 227 desmovilizados y de 52 personas postuladas para la aplicación de las disposiciones de la Ley de justicia y paz, no obstante, durante el tiempo en que la demandante se desempeñó como Fiscal 37 de la Unidad de Justicia y Paz (octubre de 2010 a febrero de 2011, fecha en la cual está el consolidado de la estadística), se reportó finalmente 70 versiones libres, de las cuales 54 ya se venían reportando antes de ingresar la demandante a desempeñar dicho cargo en octubre de 2010, lo cual quiere decir que durante el tiempo que estuvo como fiscal de dicha Unidad realizó únicamente 16 versiones libres.

Asimismo, se desprende de la Estadística que, de 26 casos impulsados, se reportan como “casos judicializados”, un número total de cero, además, en solo tres casos, se libró medida de aseguramiento.

Adicionalmente, se reportó a febrero de 2011 un total de 700 víctimas acreditadas, sin embargo, solo 252 de ellas asistieron a versión libre, y realizó 29 jornadas de atención a las víctimas, sin embargo se advierte que antes de que entrara a fungir como fiscal la demandante en el despacho 37, la estadística reportaba un número de 27 jornadas de atención, lo cual quiere decir que la demandante solo realizó 2 jornadas de atención a las víctimas durante el tiempo que se desempeñó en dicho cargo.

Así las cosas, si bien la demandante alega que la estadística no medía o tenía en cuenta las otras funciones que desempeñaban los fiscales de la Unidad de Justicia y paz, como por ejemplo la atención a las víctimas, la Sala encuentra que no le asiste razón, ya que se observa en dicha

estadística que hay una casilla completa con varios ítems en los cuales se reporta no solo las versiones libres que rendían las víctimas sino también su atención, entre otros.

Por otro lado, si bien los testigos se refirieron a las calidades y al buen desempeño 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 motivación expuesta en el acto.

Conforme a lo anterior, se observa que se allegó al expediente diversos medios probatorios tendientes a demostrar, que la demandante no desempeñaba sus funciones en forma eficiente, y se evidenció conforme a las estadísticas y el informe de gestión presentado por la jefe fiscal de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz respecto del desempeño 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 público, 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 estableció que la decisión de desvincularla del servicio se sustentó en los mismos criterios que eran evaluados los demás funcionarios que trabajaban en la Unidad de Justicia y Paz, como son los reportes de estadística y el informe de gestión realizado por la jefe fiscal de la Unidad de Justicia y Paz obrante el expediente, los cuales reflejaron el bajo desempeño 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 público.

En consecuencia, se advierte que la Fiscalía General de la Nación motivó el acto administrativo de insubsistencia cumpliendo con lo exigido en la sentencia [SU-917](#) de 2010, que fue citada en líneas anteriores, en el sentido de motivar en forma razonada y proporcional la decisión de retiro del servicio, la cual no fue otra que el mejoramiento del servicio, en razón al bajo rendimiento de la demandante en el cargo de fiscal de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz.

- De la desviación de poder.

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

«Se refiere a la intención con la cual la autoridad toma una decisión. 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 artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, “con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió”.

Esta finalidad que se ha propuesto el legislador al otorgar una competencia es, en primer lugar, el interés general. De este modo, si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general, como sería una finalidad personal de tipo económico, partidista o ideológico, ese acto sería ilegal por desviación de poder. Por ejemplo, el alcalde de una ciudad expide una reglamentación sobre el funcionamiento de las salas de cine en su municipio, para lo cual puede estar autorizado legalmente, pero se logra probar que dicha reglamentación tiene por finalidad favorecer a una sala de cine en particular, en la cual él tiene intereses económicos.

En segundo lugar, el legislador puede haber previsto, ya sea expresa o tácitamente, una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, caso en el cual si el funcionario busca otra finalidad, así sea esta última de interés general, el acto será ilegal. Por ejemplo, una ley reguladora de una contribución puede prever una exención para algún grupo determinado de personas, con la finalidad de estimular la actividad que desarrollan estas últimas. En este caso, frente a la finalidad particular o concreta del legislador respecto de la exención, la autoridad administrativa encargada de hacer efectiva la contribución no podría pretender cobrarla a las personas beneficiarias de la exención, así fuera aduciendo una finalidad de interés general, como sería la necesidad apremiante de completar los recursos para poder terminar las obras a las cuales está destinada la contribución, pues esa determinación sería ilegal por cuanto ese fin es diferente del perseguido por la norma que consagró la exención.

Esta causal de ilegalidad presenta dificultades, especialmente en lo que atañe a la prueba. En efecto, como se trata de la finalidad, del móvil con el cual se expide el acto, su prueba no es fácil por cuanto se refiere a elementos psicológicos o internos de la autoridad que toma la decisión. En muchas ocasiones la norma la finalidad que debe perseguirse al utilizar esa competencia, caso en el cual será el juez quien deberá determinarla utilizando elementos accesorios, como los antecedentes de la norma⁴⁵».

Por su parte, la jurisprudencia ha comprendido la desviación de poder como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse⁴⁶.

Así mismo, ha advertido la Sala, que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar⁴⁷.

Como se desprende de lo anterior, el operador judicial al analizar los medios de prueba allegados al expediente debe obtener la absoluta convicción sobre la desviación de poder alegada en la expedición del acto acusado que le permita concluir en forma razonable que la

administración basó su decisión en razones diferentes a las que la ley previó para la desvinculación de la entidad, circunstancia que no aconteció en el *sub lite*.

Lo anterior, en razón 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 desempeñó en la Unidad Nacional de Justicia y Paz, y, de señalar que a su parecer el método de estadística 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 gestión realizada por los fiscales de esa Unidad eran evaluados bajo los mismos criterios para todos, por lo cual no se puede afirmar que la administración haya actuado con desviación de poder o por motivos diferentes a mantener el buen servicio público.

Por otro lado, es del caso precisar que el buen desempeño en el cargo por sí 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, máxime cuando las razones del nominador pueden ser variadas y diferentes a la consideración del rendimiento y la conducta del personal, en tanto siempre esas variadas razones, se encaminen todas al buen servicio público.

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

De tal manera, quedó demostrado que el acto administrativo demandado no está viciado por falsa motivación, ni desviación de poder, motivo por el cual se revocará la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se negarán 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 demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposición de costas.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República 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 accedió parcialmente a las pretensiones dentro del proceso promovido por la señora Yolanda María Serna González en contra de la Fiscalía General de la Nación, 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 decisión, devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa «SAMAI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

Firmado electrónicamente

Constancia: La anterior providencia fue firmada electrónicamente por la Sala a través de la plataforma SAMAI del Consejo de Estado, con lo cual se garantiza su autenticidad, integridad, conservación, y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas concordantes del Código General del Proceso.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Con ponencia de la Magistrada Martha Nury Velásquez Bedoya.

2. Folios 2-31.

3. Decreto 01 de 1984, estatuto aplicable para la fecha de presentación 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. «El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá 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 impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. [...]».

12. El Decreto 16 de 2014 modificó la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación y derogó los artículos 1 a 32 de la Ley 938 de 2004.

13. Ver artículo 1º.

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

15. “Artículo 73. Al iniciar el Período de prueba, la Fiscalía General deberá adelantar programas de inducción que garanticen al nuevo funcionario el adecuado conocimiento de la Institución y de la Rama del Poder Público a la cual ingresa y los derechos, deberes y garantías que adquiere. // Por excepción, de acuerdo con el reglamento, los nombramientos tendrán carácter 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. “Artículo 117. La provisión de un empleo de carrera se efectuará mediante proceso de selección no obstante, en caso de vacancia definitiva de éste y hasta tanto se efectúe la provisión definitiva mediante proceso de selección, podrá efectuarse nombramiento provisional, el cual no podrá exceder el término de ciento ochenta (180) días, en cada caso a partir del momento de la convocatoria. // Igualmente procede la

provisionalidad en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo o la misma sea superior a un (1) mes”.

18. “Artículo 70. Nombramientos. La provisión de un cargo de carrera se efectuará mediante nombramiento en propiedad, una vez superado el período de prueba. Cuando ello no fuere posible, se procederá 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 procederá al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso generará derechos de carrera.

19. “Artículo 76. Retiro. Es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad en los eventos previstos como causales para tal efecto. // Los demás servidores serán objeto de la facultad discrecional del nominador. // El retiro de la carrera tendrá lugar mediante acto motivado, contra el cual procederán los recursos de la vía gubernativa”.

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 José Cepeda Espinosa.

40. *Ibidem*. “De acuerdo con la jurisprudencia, la desvinculación 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 específicas de la declaratoria de su insubsistencia. Además, los motivos invocados para justificar la desvinculación deben referirse al servicio, es decir, deben responder al interés público. Todo ello persigue evitar arbitrariedades, tratos discriminatorios o favoritismos. De acuerdo con lo anterior, para que el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 938 se encuentre en armonía 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 específicamente al funcionario que habrá de ser desvinculado dada sus responsabilidades dentro de la entidad. Por lo tanto, la Corte declarará la exequibilidad del inciso segundo del artículo 70 así como del artículo 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 desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia.”

41. Folios 544-546.

42. Folio 53.

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

44. CD a folio 547 cuadro del Excel- La demandante fungió 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 Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano*, 17ª ed., Bogotá, Temis, 2011, págs. 312 y 313.

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

47. *Ibidem*.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:51:53