



Sentencia 2011-01127 de 2020 Consejo de Estado

ACTO DE INSUBSTANCIA DE FISCAL EN PROVISIONALIDAD – Motivación / PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Para la declaratoria de insubstancia 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. (...) no resulta admisible la falta de motivación del acto administrativo por medio del cual se declare insubstancial 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 proscribe 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.

FUENTE FORMAL: LEY 938 DE 2004- ARTÍCULO 76 INCISO 1º

INSUBSTANCIA DE FISCAL POR NECESIDADES DEL SERVICIO / BAJO RENDIMIENTO LABORAL

De las documentales allegadas se advierte que la gestión desarrollada por el demandante no arrojaba un resultado acorde con las necesidades del servicio de cara al cumplimiento de los objetivos de la Ley 975 de 2005. Del informe de gestión presentado por el demandante, se advierte en su gestión, que no desarrolló los compromisos y requerimientos exigidos para la responsabilidad de su cargo como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito en la Unidad de Fiscalía para la Justicia y la Paz, lo anterior encuentra sustento también, entre otros, en los oficios a través de los cuales el Jefe de la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz, le solicitó al Fiscal General de la Nación, de manera reiterada, estudiar la posibilidad de trasladar de unidad a otras dependencias de la entidad al demandante por carecer de pertenencia e idoneidad en el desempeño y trabajo en equipo, como se relacionó en acápite anteriores, oficios que gozan de plena validez probatoria y su contenido se reputa veraz, pues dentro del plenario no se observan que hayan sido tachados de falsos. Igualmente se observa, (...) que la gestión del demandante arroja cifras deficientes en las funciones que le fueron asignadas, lo que se desprende del mismo informe de gestión entregado por el demandante. En tal sentido, en criterio de la Sala, el acto de insubstancia demandado, propendió por el mejoramiento del servicio público, con el fin de obtener mejores resultados, acorde con los fines del Estado y los derechos de las víctimas, establecidos en el marco de la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005). De tal manera, se encuentra demostrado que el retiro del servicio del demandante sí obedeció a su bajo rendimiento como Fiscal Delegado, lo cual va en contravía con el concepto del buen servicio

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01127-01(3569-17)

Actor: JAIME CHARRY MARTÍNEZ

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sentencia de segunda instancia. Decreto 01 de 1984.

ASUNTO

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 6 de abril de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" que accedió a las pretensiones de la demanda, contra la Fiscalía General de la Nación.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El señor JAIME CHARRY MARTÍNEZ, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda contra la Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Pretensiones¹

(i).- La nulidad de la Resolución núm. 0-1138 del 18 de abril de 2011, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Jaime Charry Martínez del cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito Judicial de la Unidad Nacional de Fiscalía para justicia y paz.

(ii).- A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, así mismo, que se condene a la Fiscalía General de la Nación, al pago de todos los salarios y prestaciones sociales, dejados de percibir desde la fecha del retiro del servicio público, hasta la fecha del reintegro.

1.2. Supuestos fácticos²

Como fundamentos fácticos de la demanda, se expuso lo siguiente:

(i).- El señor Jaime Charry Martínez, prestó sus servicios a la Fiscalía General de la Nación desde el 7 de diciembre de 2006, inicialmente como Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, en provisionalidad conforme Resolución No 0-4018 de 2006.

(ii).- Mediante Resolución No 2-1076 del 6 de mayo de 2008 por necesidad del servicio, fue trasladado a la Unidad Nacional de Fiscalías para justicia y paz.

(iii).- Posteriormente, el 19 de abril de 2011, se profirió el acto de insubstancia, en el que se expuso que la gestión del señor Jaime Charry Martínez *“no arroja un resultado acorde con la prontitud y la eficiencia que demanda la participación de la Fiscalía General de la Nación, de cara al cumplimiento de los objetivos de la Ley 975 de 2005”*, proferido por la Fiscalía General de la Nación.

1.3.- Normas violadas y concepto de violación³

Como normas violadas se invocaron las siguientes disposiciones normativas: 1, 2, 13, 25, 29, 53, 125, 249 y 253 de la Constitución Política, 30, 98, 131 y 152 de la Ley 938 de 2004, 5, 10, 58, 59, 60, 72, 77 de la Ley 1010 de 2008.

Sostuvo que el acto que declaró insubstancial al demandante carece de todos los elementos que deben respaldar los actos administrativos de insubstancialidad, pues la motivación del mismo no cuenta con la veracidad que se requiere, dado que es falso que no se haya tenido un rendimiento sobresaliente y adecuado y que por ello era necesario removerlo de su cargo en aras del buen servicio. Por el contrario, lo que surge, es que el jefe inmediato del demandante hizo una presentación acomodada de sus actividades laborales a la nueva Fiscal General de la Nación, circunstancia que lo hizo ver como un funcionario deficiente y poco diligente.

Manifestó que el acto de insubstancialidad carece de motivación, toda vez que no se establecieron las circunstancias particulares y concretas de hecho y de derecho, por las cuales se decidió declarar insubstancial al demandante, igualmente se incurrió en desviación de poder, como quiera que el cambio de funcionario no estuvo orientado al mejoramiento del servicio.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁴

La Fiscalía General de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que a continuación se señalan.

Las personas nombradas en virtud del Decreto 122 de 2008, no tienen un fuero de estabilidad absoluta, su vinculación debe seguir los principios de los demás cargos de la entidad; permitir que estos cargos cuenten con una especial protección configura un trato discriminatorio frente a los demás servidores provisionales, a quienes se les aplican los lineamientos generales, y pueden ser trasladados o sujetos de las demás situaciones propias de su vinculación.

Sostuvo que la naturaleza de los cargos de justicia y paz, es especial en cuanto 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 la vinculación, motivo por el cual, la provisión de los cargos se realizó mediante nombramientos provisionales.

En cuanto a la falta de motivación, señaló que la resolución de insubstancialidad del demandante fue expedida en acatamiento a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional para desvincular de la función pública a las personas que ocupan un cargo en provisionalidad, que va desde la sentencia SU-250-1998 hasta la providencia SU-917-210, según las cuales debe motivarse el retiro de los servidores en esa situación administrativa laboral, mandato jurisprudencial cumplido en su totalidad por la entidad.

El acto administrativo censurado tuvo como fundamento el resultado de la gestión personal del demandante, en relación con las funciones

asignadas a él, la cual no fue acorde con los principios de eficacia y eficiencia de la función pública, en tal virtud, no es cierto que la administración haya obrado en forma disconforme con la doctrina constitucional, toda vez que la desvinculación del libelista obedeció a una incorrecta gestión institucional en el desempeño de su labor misional, como se detalló en el acto administrativo demandado.

Adujo que el acto administrativo expedido el 18 de abril de 2011, tuvo como fundamento el resultado de la gestión personal del demandante, en relación con las funciones a él asignadas, la cual no fue acorde con los principios de eficacia y eficiencia de la función pública, es por ello, que el único motivo inspirador de la expedición del acto fue el mejoramiento del servicio.

3. LA SENTENCIA APELADA⁵

El 6 de abril de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" profirió sentencia de primera instancia mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda, y declaró la nulidad de la Resolución No 0-1138 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 al señor Jaime Charry Martínez al cargo que venía desempeñando o a uno equivalente, sin solución de continuidad, siempre y cuando dicho cargo no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

A título indemnizatorio, ordenó pagar los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando, las sumas que por cualquier concepto laboral en el sector público haya percibido el demandante, en una suma no inferior a 6 meses, ni superior a los 24 meses de salario.

En tal sentido, el Tribunal consideró que la decisión adoptada por la Fiscalía General de la Nación, tuvo como fundamento una valoración de gestión inexistente, toda vez, que, se afirmó que la Fiscal General de la Nación requería de una estadística individual para controlar la gestión de cada despacho, sin embargo, no se advirtió documental alguna que dé cuenta de ello.

Concluyó que si bien existen elementos suficientes para valorar la gestión laboral del demandante, como son los actos administrativos que asignaron sus funciones, actas de reparto, informes de gestión, la Fiscalía General de la Nación no allegó prueba de una evaluación de la gestión del actor, cuyos resultados demuestren el incumplimiento de los objetivos de la Ley 975 de 2005 y de los principios de eficiencia y eficacia, como lo afirma en la resolución que declaró insubsistente el nombramiento.

4.- LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1.- Parte demandante: El apoderado del señor Jaime Charry Martínez, presentó recurso de apelación parcial contra el literal b) del numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", en la que se ordenó lo siguiente:

(...)

TERCERO. - Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condena a la Fiscalía General de la Nación:

a) (...)

b) A título indemnizatorio, pagar en su favor, los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando, las sumas que, por cualquier concepto laboral en el sector público, haya percibido el demandante, en una suma no inferior a 6 meses ni superior a los 24 meses de salario". (subrayas fuera del texto original - parte apelada por el demandante)

El objetivo principal es que se modifique la mencionada orden, en el sentido de declarar que no habrá descuentos de ninguna clase, en razón de las sumas que el demandante pudo haber percibido durante el periodo de su retiro y el reintegro correspondiente. Para sustentar lo anterior, transcribió varias jurisprudencias del Consejo de Estado.

4.2.- Parte demandada: La Fiscalía General de la Nación, presentó recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", con el fin de que se revoque en su totalidad, pues considera que el acto administrativo demandado que dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del demandante se encuentra ajustado a derecho, toda vez que los cargos creados mediante el Decreto 122 de 2008, como es el ocupado por el actor, no tienen feroe de estabilidad.

Manifestó que si lo pretendido por el demandante era gozar de la estabilidad propia de un servidor de carrera administrativa respecto de un empleo como el que se encontraba desempeñando al momento de su desvinculación, hubiese podido acceder a un cargo de igual jerarquía mediante el concurso realizado en el año 2007, lo que refleja que lo que se pretende es regresar a un empleo de carrera administrativa por vía de reintegro sin cumplir con las reglas de un concurso de méritos.

Sostuvo, que dentro del plenario existe material probatorio en el que se indica que sí hubo una afectación al servicio, como quiera que el demandante no estaba cumpliendo las funciones asignadas conforme a lo establecido en la Ley 975 de 2005.

Agregó que la insubstancia no comporta el carácter de una sanción, sino que obedece a resultados que, conforme a los criterios fijados por la jefe de unidad junto con la nominadora, decidieron bajo el ejercicio de su discrecionalidad tomar las decisiones a que hubiere lugar para mejorar la gestión de la unidad tendiente al cumplimiento objetivo de los fines de la ley de justicia y paz.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1.- Parte demandante, reiteró la solicitud que se modifique la sentencia que fue condenatoria, de conformidad con las pretensiones de la demanda y en consonancia con la jurisprudencia vigente sobre la materia.

5.2.- El apoderado de la parte demandada, además de reiterar lo expuesto en el recurso de apelación, agregó que el nombramiento en provisionalidad implica que la persona nombrada no pueda ser removida del servicio hasta cuando se produzca el nombramiento previsto legalmente, sino que constituye una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, sin que genere para el funcionario feroe de estabilidad.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo⁶, el Consejo de Estado es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

De otra parte, destaca la Sala, que de conformidad con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso⁷, cuando ambas partes hayan apelado, el superior resolverá sin limitaciones.

2.- Problema jurídico

De conformidad con los argumentos planteados en los recursos de apelación corresponde a la Sala establecer ¿si la Resolución No. 0-1138 del 18 de febrero de 2011, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento provisional del demandante en el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito judicial de la Unidad Nacional de Fiscalía para justicia y paz, es nula por incurrir en falsa motivación y desviación de poder?

En caso afirmativo, determinar ¿si es procedente ordenar los descuentos de las sumas que por cualquier concepto laboral en el sector público, haya percibido el demandante Jaime Charry Martínez, como lo estableció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca 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 Nación⁸.

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 reparación (art. 1).

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 ídem 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 1º 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 3 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 parágrafo 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 cargo⁹.

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 provisionalidad¹⁰ y el artículo 100-5 el retiro por “insubstancia 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 Constitucional¹¹.

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 provisionalidad¹².

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 provisionalidad¹³, mientras que el artículo 73 estipuló el retiro de la carrera mediante acto motivado y en los demás casos en ejercicio de la facultad discrecional¹⁴.

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 Corporación¹⁵.

A partir de las sentencias transcritas se puede concluir que no resulta admisible la falta de motivación del acto administrativo por medio del cual se declare insubstancial 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 proscribe 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.

De conformidad con el concepto de la violación, los argumentos estuvieron dirigidos a que se declare la nulidad por la expedición irregular del acto y por la desviación de poder, los cuales se analizan a continuación.

4.- Análisis del caso concreto

Como motivo de censura, el demandante manifiesta que el acto administrativo debe declararse nulo pues carece de motivación dado que no se establecieron las circunstancias particulares y concretas de hecho y de derecho por las cuales se decidió declarar insubstancial al demandante, 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 el 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 Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", 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 al 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 el demandante, en cuantía no inferior a 6 meses ni superior a los 24 meses de salario.

La anterior, decisión fue apelada por las partes; el demandante, solicita que se modifique la orden de descontar 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:

a).- Vinculación laboral del demandante en provisionalidad: Mediante Resolución 0-4018 de 7 diciembre de 2006, proferida por el Fiscal General de la Nación se nombró en provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá al señor Jaime Charry Martínez. (folio 25 cuaderno 3).

b).- Traslado del demandante: A través de la Resolución 2-1078 del 6 de mayo de 2008¹⁶ proferida por la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación, se ordenó lo siguiente: (folio 26 y 27 cuaderno 3)

"ARTÍCULO 1º.- TRASLADAR al doctor JAIME CHARRY ARIZA MARTÍNEZ, con cédula de ciudadanía N° (...), FISCAL ANTE TRIBUNAL DE DISTRITO de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá a la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, con sede en Barranquilla".

c).- Primera solicitud de traslado al demandante por incumplimiento de resultados: Mediante Oficio UNJP No 008652 del 15 de septiembre de 2008, el Jefe de la Unidad Nacional para la Justicia y Paz, le solicitó al Fiscal General de la Nación estudiar la posibilidad de trasladar de unidad a otras dependencias de la entidad, a los Fiscales Delegados, en el que incluye al demandante, por carecer de pertenencia e idoneidad en el desempeño y trabajo en equipo (folios 110 y 111 cuaderno 2).

d).- Segunda solicitud de traslado: A través de Oficio UNJP 9762 del 14 de octubre de 2008, el Jefe de la Unidad Nacional para la Justicia y Paz, acudió nuevamente al Fiscal General de la Nación, reiterando el traslado, por incumplimiento de las metas, de algunos fiscales, entre ellos, el demandante: (folios 112 y 113 - Cuaderno 2)

"Acudo a usted con el fin de expresarle mi sentida preocupación por la carencia de resultados notables en algunos Despachos Fiscales Delegados adscritos a esta unidad, los cuales se ven reflejados en el incumplimiento de las estrategias definidas, el incumplimiento de los roles que la Constitución y que la Ley determinan"

(....)

Así las cosas, acudo nuevamente a usted, (...) con el fin de reiterarle estudiar la posibilidad de trasladar de unidad a otras dependencias de la entidad, los fiscales delegados, (...)

Jaime Charry Martínez. Barranquilla

Permítame reiterarle, se analice la situación en particular de cada uno de los funcionarios enunciados y la adopción de las decisiones administrativas necesarias para separarlos de la unidad a mi cargo, con el único objetivo de lograr el cumplimiento de los fines propuestos en la Ley 975 de 2005, dentro de los requerimientos de celeridad y eficacia (...) (negrilla fuera del texto original)

e).- Conformación del grupo de trabajo del demandante: Mediante Resolución No 14 del 3 de febrero de 2009, el Jefe de la Unidad de Fiscalías para la Justicia y la Paz, conformó un grupo de trabajo para gestión relacionada con diligencias de versión de postulados, audiencias de exclusión de procedimiento ante la Sala de Justicia y Paz, y audiencias de incidente de reparación integral, en el que incluyó al demandante para la actividad de "diligencias de versión de postulados" (folios 28 a 30 cuaderno 2).

f).- La Resolución No 16 de 18 de enero de 2010, modificó la Resolución 014 de 3 de febrero de 2009, que conformó un grupo de trabajo en la Unidad de Fiscalía para Justicia y Paz y reasignó nuevos cargos y sedes a los ya adscritos. (folio 31 y 32 cuaderno 2).

g).- Manual de funciones: De acuerdo con el manual de funciones, competencias laborales y requisitos del cargo Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito - Fiscalía General de la Nación (folios 167 a 171 Cuaderno 1) se incluyen, entre otras, las siguientes funciones:

Funciones esenciales

1. Investigar a los presuntos responsables de haber cometido un delito.
2. Acusar si a ello hubiere lugar, a los presuntos autores o participes de las conductas punibles. (...)
3. Resolver los recursos de apelación y de queja. (...)
4. Resolver las acciones constitucionales y administrativas.

h).- Testimonio de la señora Marta Canabal Martínez¹⁷:

"Preguntado: usted porqué sabe de las calidades y rendimientos del dr Jaime Charry Martínez. Contestado: El dr Jaime Charry Martínez trabajó en la Unidad de Justicia y Paz en donde yo también, me desempeñaba como delegada ante el Tribunal siendo él Fiscal 35 en la ciudad de Barranquilla y yo la Fiscal 36 de Bogotá, persona con la que teníamos una relación de trabajo, por cuanto fuimos designados mediante Resolución 014 de 203 (...)preguntado: Sírvase decir, dra Martha si usted sabe o le consta que el Dr Charry y los demás fiscales, tuvieron la oportunidad de conocer esas estadísticas e informes correspondientes. Contestado: No dr, nunca supimos de los informes, porque esas estadísticas se basan en el oficio que solicitó el Director de Fiscalías el 18 de febrero (...).

i).- Reparto de asuntos al demandante: Mediante actas de Reparto No 296,¹⁸ 611 del 2010, 612 del 2010, 613 de 2010, 614 de 2010, 623 de 2010, 624 de 2010, 635 de 2010, 667 de 2010, 668 de 2010, 691 de 2010, 697 de 2010, 698 de 2010, 701 a 708 de 2010 el Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la justicia y la paz, indica que el demandante Jaime Charry Martínez como Fiscal 35 de la Unidad Nacional de Fiscalías para la justicia y paz, tenía a su cargo el conocimiento, trámite y culminación de los procesos, que en el acta se relacionan. (folios 267 a 323 cuaderno 2).

j).- Gestión de resultados: A través de oficios No 006031 de 18 de abril de 2011, el Fiscal jefe de Unidad Nacional para la Justicia y la Paz, envió informe de gestión al Fiscal General de la Nación, poniendo en conocimiento el resultado de gestión del demandante de la siguiente manera: (folios 366 a 369 cuaderno 2).

(...)

El Fiscal 35 de Justicia y Paz – Sede Barranquilla, asumió funciones desde mayo de 2008. En los archivos de la unidad se observa que la jefatura implementó 3 estrategias de trabajo con el funcionario.

(...)

Hasta la fecha y transcurrido tres meses de labores, el fiscal reporta como actividades realizadas. 2 versión libre con 3 postulados de los cuales 1 no ratificó su voluntad y ha realizado 11 entrevistas

4.2. Análisis sustancial

De conformidad con el recuento normativo, jurisprudencial y probatorio relacionado en los acápite precedentes, se probó y no es causa de discusión, que el señor Jaime Charry Martínez fue nombrado en el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, en provisionalidad mediante Resolución 0 - 4018 del 7 de diciembre de 2006, y posteriormente fue trasladado en el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías para la justicia y la paz con sede en Barranquilla, mediante Resolución 2-1078 del 6 de mayo de 2008, carácter de provisionalidad que mantuvo hasta la fecha en que fue declarado insubsistente, 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 2007¹⁹, 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”²⁰*.

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.

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

En la controversia objeto de la presente sentencia, la parte demandante solicitó la nulidad del acto de insubsistencia por incurrir en las causales de falta de motivación y desviación de poder.

.- Respecto a la falsa motivación, sostiene el 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.

De las pruebas allegadas, se tiene demostrado que a través de la Resolución 0 - 1138 del 18 de abril de 2011, la Fiscal General de la Nación, declaró insubsistente el nombramiento del señor Jaime Charry Martínez 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, en el cual se expusieron los siguientes motivos para adoptar la decisión:

resultado muestran respecto al funcionario JAIME CHARRY MARTÍNEZ, quien se desempeña como Fiscal Delegado ante Tribunal del Distrito de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz, sede barranquilla, que desde su ingreso a dicha unidad en mayo de 2008, 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 eficiencia 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, el doctor JAIME CHARRY MARTINEZ, 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.

Que la potestad nominadora en la Fiscalía General de la Nación se encuentra en cabeza del Fiscal General de la Nación, de conformidad con el numeral 2, artículo 251 de la Constitución Política, en concordancia con los numerales 20 y 21 del artículo 11 de la Ley 938 de 2004.

Que en ejercicio de tales facultades, la Fiscal General de la Nación (E) en su condición de máxima autoridad al interior de la Fiscalía General de la Nación, garantizando 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, propendiendo por el correcto funcionamiento del servicio público.

RESUELVE

PRIMERO: Declarar insubsistente el nombramiento en provisionalidad como Fiscal delegado ante Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, del Doctor JAIME CHARRY MARTÍNEZ (...) contenido en la Resolución 0-4018 de 7 de diciembre de 2006, quien se desempeña en la Unidad Nacional de Fiscalía para justicia y la paz, sede Barranquilla en virtud de traslado efectuado por necesidad del servicio mediante Resolución No 2-1076 del 6 de mayo de 2008. (. . .)."

Los anteriores argumentos, fueron apoyados mediante la respuesta al derecho de petición presentada por el demandante, entre otros solicitantes, obrante a folios 117 a 122 - cuaderno (2), en la cual, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, respecto a la gestión en la Unidad Nacional de Justicia y Paz, manifestó lo siguiente:

"Con el objeto de absolver de fondo cada una de las peticiones referenciadas en el acápite anterior, a continuación, en estricto orden se da respuesta a cada una de las solicitudes:

En relación con la primera pregunta:

Es necesario precisar que tal y como usted lo plantea en su interrogante, lo que se hizo fue una valoración de su gestión, por ende no puede ser objeto de valoración la supuesta ausencia de carga laboral, pues el estudio y evaluación que se realizó se fundamentó en el informe de gestión presentado por usted y la carga que efectivamente le había sido asignada

(...)

El Fiscal General de la Nación, mediante resolución 0-2833 del 15 de mayo de 2008, autorizó al Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la paz, para conformar al interior de la Unidad los grupos de trabajo o tareas especiales que se requieran para garantizar la eficiencia y celeridad en los procedimientos que le corresponden en el marco de la Ley 975 de 2005.

Con fundamento en dicho acto administrativo y en uso de las facultades que tiene el jefe de la Unidad, para impartir directrices en aras del cumplimiento de las funciones asignadas a las mismas, se emitió la Resolución No 14 de 3 de febrero de 2009 donde se conformó un grupo de trabajo para desarrollar funciones en 3 frentes, a saber (i) postulados que no ratificaron su voluntad de continuar con el procedimiento de la Ley 975 de 2005; (ii) audiencias de exclusión ante los Magistrados de Justicia y paz respecto de los postulados que no ratificaron su voluntad de continuar con el proceso de justicia y paz, (iii) audiencias de incidente de reparación integral que se convoquen en los términos del artículo 42 de la citada ley.

En relación con la segunda pregunta

2.- Que explicación y justificación dieron los drs Luis González León y Zeneida de Lopez, para dejarme sin carga laboral desde el día 9 de febrero

hasta julio del mismo año.

Se insiste, que conforme a las estrategias implementadas por el Jefe de la Unidad le fue asignada a usted una carga laboral conforme se expuso en el literal c de la pregunta 1, y en todo caso, mientras se realizaban las diligencias pertinentes para proceder a la reasignación de los procesos, debía continuar como apoyo al despacho 9 realizando tareas propias del procedimiento de la Ley 975 de 2005.

(...)

En todo caso se reitera que la valoración y evaluación de su gestión recae sobre el informe por usted presentado y la carga efectivamente asignada.

(...)

En relación con la tercera pregunta: Si la resolución 14 de febrero de 2009 expresa inequívocamente me prohibía llegar más allá de preguntarle al postulado si quería o no continuar en justicia y paz y si la resolución 16 de enero solo me permitía llegar hasta la enunciación de esos hechos.

(...)

Conforme se ha sostenido reiteradamente y según corresponde en derecho, la valoración de su gestión se realizó de acuerdo a su informe de gestión presentado a la jefatura de la unidad y conforme a la carga efectivamente entregada."

Igualmente, obra copia del "Informe de Gestión 2009 correspondiente al señor Jaime Charry Martínez, en la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, del cual se desprende lo siguiente: (folios 157 a 214-215 cuaderno 1, contenida en cd).

UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍAS PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ

INFORME DE GESTIÓN DICIEMBRE 2009

JAIME CHARRY MARTÍNEZ

FISCAL 35 DE JUSTICIA Y PAZ

POSTULADOS PRIVADO DE LIBERTAD 86

VERSIONES LIBRES INDIVIDUALES 26

FORMULACION DE IMPUTACIÓN 0

HECHOS EN F. IMPUTACION	0
FORMULACION DE CARGOS	0
HECHOS EN F. DE CARGOS	0
LEGALIZACION DE CARGOS	0
HECHOS EN LEGALIZACION DE CARGOS	
INFORMACION SOBRE AUDIENCIAS	0
NUMEROS DE CONDUCTAS SENTENCIAS DE JUSTICIA Y PAZ	0

.- De Las documentales allegadas se advierte que la gestión desarrollada por el demandante no arrojaba un resultado acorde con las necesidades del servicio de cara al cumplimiento de los objetivos de la Ley 975 de 2005. Del informe de gestión presentado por el demandante, se advierte en su gestión, que no desarrolló los compromisos y requerimientos exigidos para la responsabilidad de su cargo como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito en la Unidad de Fiscalía para la Justicia y la Paz, lo anterior encuentra sustento también, entre otros, en los oficios a través de los cuales el Jefe de la Unidad Nacional para la Justicia y Paz, le solicitó al Fiscal General de la Nación, de manera reiterada, estudiar la posibilidad de trasladar de unidad a otras dependencias de la entidad al demandante por carecer de pertenencia e idoneidad en el desempeño y trabajo en equipo, como se relacionó en acápite anteriores, oficios que gozan de plena validez probatoria y su contenido se reputa veraz, pues dentro del plenario no se observan que hayan sido tachados de falsos.

Igualmente se observa, dentro de los cd anexos al expediente obrante a folio 214 cuaderno 1, que la gestión del demandante arroja cifras deficientes en las funciones que le fueron asignadas, lo que se desprende del mismo informe de gestión entregado por el demandante Jaime Charry Martínez.

En tal sentido, en criterio de la Sala, el acto de insubsistencia demandado, propendió por el mejoramiento del servicio público, con el fin de obtener mejores resultados, acorde con los fines del Estado y los derechos de las víctimas, establecidos en el marco de la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005). De tal manera, se encuentra demostrado que el retiro del servicio del demandante sí obedeció a su bajo rendimiento como Fiscal Delegado, lo cual va en contravía con el concepto del buen servicio; así las cosas, considera la Sala que la decisión de desvincular del servicio al demandante, se fundó en razones del buen servicio público, ante el bajo desempeño de las funciones por parte del señor Jaime Charry Martínez, las cuales no lograron ser desvirtuadas en el presente proceso.

Bajo las consideraciones expuestas y teniendo en cuenta el acervo normativo y probatorio, se demostró que la Fiscalía General de la Nación fundó su decisión en razones reales y ciertas orientadas al buen servicio, sustentadas en el informe del Jefe de la Unidad, del que se desprende que algunos de los Fiscales Delegados, incluido el demandante Jaime Charry Martínez *“carecían de sentido de pertenencia e idoneidad en el desempeño y trabajo en equipo, aspectos sumados en algunos eventos al reiterado e injustificado ausentismo laboral, así como al desconocimiento e inobservancia de las directrices impartidas por la Unidad para asumir y dar cumplimiento a las funciones que por competencia son atribuidas en el marco de la constitución y la ley”, para lograr el cumplimiento de los fines propuestos en la Ley 795 de 2005, es preciso contar con un personal de Fiscales Delegados ante Tribunal con definidos criterios de compromisos, sentido de pertenencia e iniciativa, en aras de asumir con propiedad las funciones encomendadas”*, informe que fue dirigido el 15 de septiembre de 2008²¹, al Fiscal General de Nación. Y que tiene sustento también en el informe de gestión presentado por el propio demandante.

Conforme a lo expuesto, para la Sala carecen de sustento los cargos de nulidad propuestos por el demandante al expresar que el acto administrativo por medio del cual se le declaró insubsistente no estuvo debidamente motivado, pues contrario a lo manifestado, en el proceso

obra prueba que demuestra que la Fiscalía General de la Nación, cumplió con lo exigido en las sentencias de constitucionalidad C-279 del 18 de junio de 2007, que fue citada en líneas anteriores, en el sentido de motivar en forma razonada y proporcional la decisión de retiro del servicio, y además, adelantó un procedimiento para informar al demandante sobre el descontento en el cumplimiento de sus funciones.

Por las razones expuestas, el cargo de falta de motivación no tiene vocación de prosperar.

.- En lo referente a 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 norma²².

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 someterse²³.

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 observar²⁴.

Como se desprende de lo anterior, la desviación de poder consiste entonces en el ejercicio de una atribución para la que el funcionario tiene competencia, pero busca un fin distinto del que le permite la norma, es por ello que 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*.

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 al señor Jaime Charry Martínez, 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.

Ahora bien, ante la negatoria de las pretensiones, no es procedente el restablecimiento del derecho solicitado por el demandante.

5.- Costas.

La Subsección estima que no hay lugar a condena en costas por cuanto la actividad de las partes se ciñó a los parámetros de buena fe y lealtad procesal, sin que por lo mismo se observe actuación temeraria ni maniobras dilatorias del proceso (artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1.998).

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 y por autoridad de la Ley.

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 6 de abril de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, y en su lugar,

DENEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor JAIME CHARRY MARTÍNEZ contra la Fiscalía General de la Nación, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folio 25

2. Folios 26 y 27.

3. Folios 28 y 30.

4. Folios 88 a 98.

5. Folio 482 a 497.

6. Aplicable para la fecha de presentación de la demanda.

7. «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

8. 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.

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

10. «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.

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

12. «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".

13. "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.

14. "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".

15. 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.

16. Por medio de la cual se efectúa un traslado por necesidad del servicio.

17. Folios 174 a 176 cuaderno 2

18. Con fecha del 25 de agosto de 2008

19. Sentencia C - 279 de 2007 de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

20. Ibídem. "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."

21. Folios 110 y 111 cuaderno 1

22. Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano*, 17^a ed., Bogotá, Temis, 2011, págs. 312 y 313.

23. 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.

24. *Ibidem*.