



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E)

Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación: 050012331000201200650 01
Actor: MARIA CRISTINA MUÑOZ GUTIÉRREZ
Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Número Interno: 0877-2014
Autoridades Nacionales

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 5 de junio de 2015, después de surtidas a cabalidad la demás etapas procesales, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 17 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección Laboral, que declaró la nulidad de la Resolución 01104 de 13 de abril de 2011 por medio de la cual fue declarado insubsistente el nombramiento de la actora, y ordenó el reintegro al cargo que venía desempeñando y el consecuente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el retiro.

I. EL ESCRITO DE DEMANDA



1.1. Pretensiones.-

MARÍA CRISTINA MUÑOZ GUTIERREZ por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad de la Resolución 0-1104 de 13 de abril de 2011, por la cual la Fiscalía General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento en el cargo que desempeñaba como Fiscal Delegada ante el Tribunal de la Unidad Nacional de Justicia y Paz.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la Nación – Fiscalía General de la Nación a reintegrarla al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría, a cancelarle el valor de los salarios, primas, subsidios, vacaciones y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro y hasta que se ordene su reintegro, sin solución de continuidad.

1.2. Fundamentos fácticos¹.-

¹ Ver folios 1 a 27



La demandante expuso que estuvo vinculada a la Fiscalía General de la Nación desde el 1º de julio de 2008, el último cargo que desempeñó fue el de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito – TR de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, sede Medellín, en el cual fue nombrada en provisionalidad mediante Resolución 0-1104 de 13 de marzo de 2008.

Así mismo, informó que recibió instrucción directa de su jefe inmediato, el Jefe de la Unidad Nacional para la Justicia y Paz, mediante Oficio 008129 de 1º de septiembre de 2008, para dedicarse a un solo postulado ante la Ley de Justicia y Paz, el caso de Carlos Mario Jiménez Naranjo, alias “Macaco”, “Javier Montañez” o “23” y reasignó a otros despachos los asuntos que estaban a su cargo.

Manifestó que la tarea asignada estaba referida a la continuación de la diligencia de Versión Libre y las consecuentes audiencias de formulación de imputación, formulación de cargos y sentencia ante el Juez de Justicia y Paz, las cuales solamente podrían consolidarse con el aval de las autoridades estadounidenses, por haber operado el fenómeno jurídico de extradición.

En desarrollo de aquella labor, señaló que ella no presentaba estadísticas de su gestión, sino informes a su jefe inmediato sobre el avance del caso y las diligencias cumplidas en el despacho.



Posteriormente, expuso que en el año 2011 le fueron asignados otros asuntos, tres (3) para que ella los documentara directamente y cinco (5) más para desarrollar en “grupo de trabajo”, es decir, con otro fiscal.

De otra parte, narró que ha sufrido de quebrantos de salud que le han llevado a someterse a 2 procedimientos quirúrgicos renales, motivo por el cual fue incapacitada, situación que fue conocida por la entidad demandada.

Igualmente, señaló que por Oficio 001842 de 18 de abril de 2011 el Director Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Medellín, le remitió una citación para que una vez terminada su incapacidad, se presentara a esa Dirección y el 5 de mayo de 2011 fue notificada de la Resolución 0-1104 de 13 de abril de 2011, por medio de la cual fue declarado insubsistente su nombramiento.

De la misma manera, explicó que para justificar la decisión de retiro la entidad se fundamentó en un procedimiento administrativo que la Fiscalía General de la Nación denominó “*observatorio a la unidad nacional de fiscalía para la justicia y paz*”, el cual arrojó unas estadísticas en términos de gestión y resultados del desempeño de la demandante.



Sobre el mencionado procedimiento administrativo, indicó que jamás tuvo conocimiento de que se estaba evaluando su desempeño, ni mucho menos del resultado obtenido, de manera que no tuvo la oportunidad de controvertirlo en ejercicio de su derecho de defensa, además, su evaluación laboral no podía ser medible de la manera en que lo expuso el acto de retiro y así lo manifestó a través de escrito presentado el 15 de abril de 2011, sin embargo, aquella tampoco fue tomada en cuenta al momento de calificar su gestión.

Finalmente, manifestó que la situación descrita demuestra que la resolución de insubsistencia está afectada por falsa motivación, por cuanto su labor no podía medirse estadísticamente, pues tal y como lo reconoce el entonces Jefe de la Unidad de Justicia y Paz en múltiples oficios, existían muchas dificultades para la recolección y reporte de la información que incidían en el avance de las diferentes etapas procesales.

1.3. Normas vulneradas y concepto de vulneración

- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1984: artículos 10 y 11
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1984: artículo 26.



- Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica 1969- : Artículos 8º y 9º.
- Constitución Política: Artículos 29, 47, 53, 93, 95 y 209.
- Código Contencioso Administrativo: Artículos 2, 14, 28, 35, 46 y 50.
- Ley 361 de 1997: Artículo 26.

Como concepto de vulneración de la normativa invocada, expuso que el acto demandado está afectado por expedición irregular, falsa motivación y desconocimiento de las normas en que debía fundarse.

El cargo de falsa motivación lo hizo consistir en que el acto por el cual fue declarado insubsistente su nombramiento, se fundamentó en un “*observatorio a la gestión de la unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz*” que arrojó una estadística de “*gestión y resultado*”, el cual, según afirmó la Administración, para el caso de la actora, no estuvo acorde con la prontitud y eficiencia que demanda la Entidad para el cumplimiento de los objetivos señalados por la Ley 975 de 2005. Con base en lo anterior, se argumentó que no cumplió adecuadamente sus labores como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito, y que de esta manera afectó el correcto funcionamiento del servicio público y la satisfacción del interés general.



A juicio de la demandante, lo anterior quiere decir que se adelantó un procedimiento administrativo de evaluación de desempeño de los funcionarios de la Unidad de Justicia y Paz, cuyo resultado sirvió de soporte para calificar como deficiente su gestión. No obstante, la Fiscalía General de la Nación no citó a los evaluados, por lo menos para permitirles conocer el resultado de la estadística, ni se publicó en un medio oficial, pues se trataba de una decisión que afecta a terceros, de conformidad con el artículo 46 del Código Contencioso Administrativo.

Manifestó que las expresiones empleadas en la motivación del acto de insubsistencia no son claras ni precisas, y no explican los verdaderos motivos de su retiro, pues realmente no se tuvo en cuenta el hecho de que tenía una instrucción concreta del Jefe de la Unidad de Justicia y Paz de ocuparse únicamente de un solo postulado y de hacer entrega de los demás asuntos que tenía a su cargo a otros despachos.

Por lo anterior, estimó que se desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha dejado establecido el deber de motivar los actos de retiro de servidores públicos vinculados en provisionalidad en cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación.

De otra parte, manifestó que la Resolución 0-1104 de 13 de abril de 2013, fue expedida con violación de las normas en que debió fundarse,



teniendo en cuenta que la Ley 361 de 1997, protege al trabajador que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, derivado, entre otras circunstancias, de sus condiciones de salud, esto es que presente algún tipo de limitación física que conlleve un menoscabo en su salud que restrinja o elimine su capacidad laboral.

Al respecto, sostuvo que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, cuando una persona es despedida en razón a las limitaciones de salud que afectan su capacidad laboral, o cuando aun conociendo la discapacidad el empleador procede a disponer su retiro sin la autorización previa de la oficina del trabajo, se vulneran sus derechos fundamentales. No obstante, fue desvinculada pese a que se encontraba afectada por una grave enfermedad que la mantenía en estado de discapacidad laboral y la hacía merecedora de estabilidad laboral reforzada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Fiscalía General de la Nación, se opuso a las pretensiones de la demandada² al considerar que las resoluciones acusadas están ajustadas a la legalidad, por haber sido expedidas conforme a las

² Ver folios 381 a 393 y 428 a 437



normas que regulan la materia, especialmente la Ley 938 de 2004, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

Para sustentar su argumento, señaló que el Decreto 122 de 18 de enero de 2008, por el cual se modificó la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, creó unos cargos transitorios, entre ellos, el que venía desempeñando María Cristina Muñoz Gutierrez en Justicia y Paz, quienes ocupan dichos cargos no tienen fuero de estabilidad absoluta, pues su vinculación debe seguir los principios a los cuales están sujetos los demás cargos de la Entidad. Permitir que tengan una especial protección configura un trato discriminatorio frente a los demás servidores provisionales.

Sobre la vinculación en empleos de carácter temporal, puso de presente que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido que no tienen la categoría de empleado de carrera administrativa y tampoco la de libre nombramiento y remoción, se trata pues, de una vinculación en provisionalidad y que no puede recibir un trato preferente frente a quienes ocupan de la misma forma cargos de carrera administrativa.

Expuso que conforme la motivación expuesta en el acto de retiro lo que se persiguió fue el mejoramiento del servicio, puesto que lo pretendido era vincular un funcionario que arrojara resultados acordes con la prontitud y la eficiencia, para garantizar el cumplimiento de los fines del



Estado, propendiendo por el correcto funcionamiento del servicio público y afirmó que sí se valoró la carga laboral asignada a la señora Muñoz Gutierrez, mediante la Resolución 294 de 9 de diciembre de 2010 y que se constata con las actas de reparto.

Por otra parte, indicó que no existe en la hoja de vida de la actora informe alguno por el cual hubiera puesto en conocimiento su delicado estado de salud. El acto de insubsistencia fue expedido el 13 de abril de 2011 con base en el resultado de gestión personal y el mismo día se remitió a la Dirección Administrativa de Medellín para surtir los trámites legales pertinentes que no se pudieron concluir inmediatamente por circunstancias ajenas a la Institución.

Adicionalmente, expresó que las incapacidades fueron expedidas el 25 de abril de 2011, con las siguientes fechas: del 17 al 30 de abril y del 1º al 4 de mayo de todas de 2011, de manera que no es cierto que la decisión haya obedecido a la incapacidad de la demandante.

III. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección Laboral, mediante sentencia del 17 de septiembre de 2013, declaró la nulidad de la Resolución 01104 del 13 de abril de 2011, por la cual el Fiscal General de la Nación, declaró insubsistente el



nombramiento de la actora y le ordenó reintegrarla sin solución de continuidad, con el consecuente reconocimiento y pago de todos los salarios y demás emolumentos dejados de percibir.

Para el efecto, señaló que el cargo que venía desempeñando María Cristina Muñoz Gutierrez como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, creado transitoriamente por 12 años, se le aplica el régimen propio de la Fiscalía General de la Nación, por ello se puede hacer la designación mediante nombramiento en provisionalidad y el retiro de quien ostenta derechos de carrera se surte por las causales previstas en la ley.

Respecto del retiro del servicio, recalcó que la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 2007, al estudiar la constitucionalidad del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, precisó que el acto que retire al empleado nombrado en provisionalidad debe estar debidamente motivado, con indicación de las razones precisas de la desvinculación, pronunciamiento que es de obligatorio cumplimiento al tenor del artículo 48 de la Ley 270 de 1996.

Advirtió que por vía jurisprudencial la protección derivada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, fue extendida a las personas que hubieren probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente desarrollar sus funciones en las condiciones regulares, sin necesidad de



una calificación previa que acredite su condición de discapacidad o invalidez³.

En el asunto concreto concluyó, con base en las pruebas aportadas al proceso, que el cuadro patológico de cálculos renales que presentaba la actora desde 2008, no le implicaban un impedimento o dificultad para el desempeño regular de sus funciones, pues una incapacidad laboral por dicha dolencia fue otorgada con ocasión de procedimiento quirúrgico realizado el 21 de abril de 2011, de lo cual no se puede deducir que el retiro se hubiera dispuesto por razón de su estado de salud, además la motivación de acto se centra en el incumplimiento de metas.

Sobre la gestión de la actora, encontró acreditado que el Jefe de la Unidad de Fiscalías de Justicia y Paz, el 1º de septiembre de 2008, reasignó los procesos a su cargo para que se dedicara únicamente al caso “*postulado CARLOS MARIO JIMÉNEZ NARANJO alias MACACO*”, que le representó múltiples dificultades que entorpecieron su gestión, dado que el investigado había sido extraditado a los Estados Unidos, tal y como lo acreditan las pruebas obrantes en el proceso. Solo a partir del 9 de diciembre de 2010 le fueron asignadas funciones y actividades adicionales.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-198 de 2006.



Determinó que la actora presentó informes de gestión realizada en los años 2009, 2010 y 2011, dentro de los cuales se destacan actividades que no aparecen en la estadística. No obstante, la Entidad declaró la insubsistencia de su nombramiento, con el argumento de que su gestión no arrojó un resultado acorde con la prontitud y la eficiencia que se demandaba, sin allegar resultados o conclusiones del observatorio, ni da cuenta de quién lo realizó y el método que utilizó, incumpliendo de esta forma lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley 1395 de 2010, que establece el deber de la demandada de aportar con la contestación todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso.

Estimó que la demandada tampoco asumió la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, atendiendo el hecho de que fue quien afirmó que la actora incumplió con sus deberes en el acto demandado, afirmación que fue desvirtuada con las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con las cuales la demandante cumplió con las labores que le fueron encomendadas.

IV. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, mediante escrito que obra a folios 521 a 532, el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación, en el cual solicitó se revoque la sentencia de primera



instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en el siguiente razonamiento:

Se refirió al carácter de provisional que tenía el nombramiento de la demandante, respecto del cual la jurisprudencia del Consejo del Estado ha señalado que no concede derecho alguno de estabilidad, como sí ocurre con los servidores que están inscritos en el escalafón de carrera. Siendo así, como la actora no estaba inscrita en carrera, ni estaba en un cargo de periodo fijo, no le asistía fuero de estabilidad alguno, su situación era la de funcionaria de libre nombramiento y remoción, y por ende, no podía afirmarse que su retiro debía efectuarse por las causales expresamente previstas en la ley, sino que su nominador podía retirarla en ejercicio de la facultad discrecional, con el fin de buscar el mejoramiento del servicio.

Puso de presente que la facultad nominadora en la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con el numeral 2º del artículo 251 de la Constitución Política y numeral 2º del artículo 17 del Decreto 261 de 22 de febrero de 2000⁴, está en cabeza del Fiscal general, quien precisamente expidió el acto demandado en ejercicio de su facultad discrecional.

⁴ Por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.



Igualmente mencionó la sentencia de 13 de marzo de 2003, por la cual la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó la jurisprudencia, en el sentido de señalar que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero de estabilidad alguno, pudiendo en consecuencia, proceder a su retiro sin que medie motivación alguna, motivo por el cual no le asiste razón al juez de primera instancia al declarar probado el cargo de falsa motivación.

V. MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Problema jurídico

De conformidad con el artículo 328⁵ del Código General del Proceso, según el cual la competencia del juez de segunda instancia se limita a

⁵ **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.*



los argumentos expuesto por el apelante, el problema jurídico gira en torno a determinar si una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de la Fiscalía General de la Nación, se encuentra amparada por algún fuero de inamovilidad que impida el ejercicio de la facultad discrecional por parte de la administración y por otro lado, si la Resolución 0-1104 de 13 de abril de 2011, mediante la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, se encuentra ajustada a derecho.

6.2. Naturaleza del cargo desempeñado por la actora y su vinculación

De conformidad con la constancia expedida por la Jefe de la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación⁶, María Cristina Muñoz Gutierrez ocupó los siguientes cargos:

*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.*

⁶ Obra a folio 315 del cuaderno principal.



- Fue incorporada mediante Resolución 001 de 1º de julio de 1992 como Fiscal Regional 27, cargo del cual tomó posesión en la misma fecha, según acta 0085.
- Por Resolución 0-1065 de 30 de junio de 1999, fue nombrada como Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializados, cargo del cual tomo posesión según acta 274 de 1º de julio de 1999.
- Mediante Resolución 0-1908 de 18 de noviembre de 1999, fue trasladada a la Unidad Nacional de Fiscalías Antinarcóticos y de Interdicción Marítima, en el mismo cargo.
- A través de la Resolución 2-2079 de 17 de julio de 2003 fue encargada en el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, a partir del 25 de julio hasta el 14 de agosto de 2003.
- Mediante Resolución 0-2302 de 5 de noviembre de 2003 fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializados, de la Unidad Nacional de Fiscalía Antinarcótico y de Interdicción Marítima.



- Por Resolución 1641 de 28 de abril de 2004 Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializados, de la Unidad Nacional de Fiscalía Antinarcótico y de Interdicción Marítima, del cual tomó posesión mediante Acta No. 0116 de 6 de mayo del mismo año⁷.
- Mediante Resolución 2-2072 de 7 de septiembre de 2004, fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegada ante Jueces Especializados⁸.

Por medio de la Resolución 0-1104 de 13 de marzo de 2008⁹, fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Fiscal ante Tribunal de Distrito de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, con sede en Medellín, del cual tomó posesión según acta 250¹⁰ de 3 de abril de ese mismo año.

Para efectos de establecer la naturaleza de este último cargo, del cual fue desvinculada la demandante, por medio del acto demandado, es preciso hacer las siguientes precisiones:

⁷ Según certificación que obra a folio 211 del cuaderno 1 de pruebas.

⁸ Según certificación que obra a folio 165 del cuaderno 1 de pruebas.

⁹ Por medio de la cual se efectúa un nombramiento en provisionalidad. Folio. 316 del cuaderno principal.

¹⁰ Acta 250 de 3 de abril de 2008 obra a folio 317 del expediente.

El artículo 1º de la Ley 116 de 9 de febrero de 1994, que modificó los artículos 66 y 68 del Decreto 2699 de 1991, textualmente estableció:

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

1. *Vicefiscal 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 Vicefiscal y de la Secretaría General.*
8. *Los fiscales y funcionarios de las fiscalías regionales.*
9. *Los empleados del cuerpo técnico de Investigación a nivel nacional, regional y seccional.*

Los demás cargos serán de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos”¹¹

Posteriormente, la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de la Ley 116 de 9 de febrero de 1994¹², definió que la anterior norma fue

¹¹ Expresiones tachadas declaradas inexecutable por la Corte Constitucional sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996: “En conclusión, el artículo, bajo estas condiciones, se declarará executable, salvo las siguientes expresiones: “*de las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura*”, prevista en el inciso 1o, “*y Directores Administrativos*”, “*los empleados de confianza y manejo de las Divisiones y Unidades de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura*”, “*jefes de Oficina de la Fiscalía General*”, y “*jefes de División de la Fiscalía General; Director de Escuela*”, de que trata el inciso 4o, e “*y empleados*” señalada en el párrafo transitorio, que se declararán inexecutable.”

¹² Sentencia C-053/97



sustituida por el artículo 130 de la Ley 270 de 7 de marzo de 1996¹³, que dispone:

“ARTICULO 130. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.

Los funcionarios a que se refieren los incisos anteriores permanecerán en sus cargos durante todo el período salvo que antes de su vencimiento intervenga sanción disciplinaria de destitución por mala conducta o lleguen a la edad de retiro forzoso.

Es obligación de cada funcionario y del Presidente de la Corporación, informar con seis meses de anticipación a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de la fecha en que se producirá el vencimiento de su período, con el objeto de que se proceda a elaborar la lista de candidatos que deba reemplazarlo.

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los despachos de magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios de esas Corporaciones; los cargos de los despachos de los magistrados de los tribunales; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, directores nacionales; directores regionales y seccionales, los empleados del despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.

Son de carrera los cargos de Magistrado de los tribunales superiores de Distrito Judicial y de los tribunales contencioso administrativos y de las salas disciplinarias de los consejos seccionales de la Judicatura; de los

¹³ Estatutaria de la Administración de Justicia. Para el efecto, ver sentencias de la Corte Constitucional C-037 de 1996 y C-053 de 1997.



Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Mientras subsistan el Tribunal Nacional y los juzgados regionales, son de libre nombramiento y remoción los magistrados y jueces a ellos vinculados, lo mismo que los fiscales delegados ante el Tribunal Nacional y los fiscales regionales*¹⁴.

¹⁴ La sentencia C-037 de 1996, declaró **EXEQUIBLE** el artículo 130 del proyecto de ley 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia", salvo las expresiones "*de las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura*", prevista en el inciso 1o, "*y Directores Administrativos*", "*los empleados de confianza y manejo de las Divisiones y Unidades de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura*", "*jefes de Oficina de la Fiscalía General*", y "*jefes de División de la Fiscalía General; Director de Escuela*", de que trata el inciso 4o, e "*y empleados*" señalada en el Parágrafo Transitorio que se declaran **INEXEQUIBLES**. En cuanto a la expresión "*o lleguen a la edad de retiro forzoso*", contenida en el inciso segundo, deberá interpretarse según los lineamientos fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia No. C-351/95.

El artículo 59¹⁵ de la Ley 938 de 30 de diciembre de 2004¹⁶, reiteró la clasificación de los servidores según el tipo de nombramiento de que trata el artículo 130 de la Ley 270 de 7 de marzo de 1996¹⁷.

La Ley 975 de 25 de julio de 2005¹⁸, expedida para *“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*

¹⁵ ARTÍCULO 59. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, los empleos de la Fiscalía se clasifican según su naturaleza y forma como deben ser provistos en:

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

Son de libre nombramiento y remoción:

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

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

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

¹⁶ Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

¹⁷ Estatutaria de la Administración de Justicia.

¹⁸ 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.



*víctimas a la verdad, la justicia y la reparación*¹⁹, en el artículo 33²⁰, creó la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, delegada ante los tribunales Superiores de Distrito Judicial, que sería la responsable de adelantar las diligencias que le correspondieran a la Fiscalía General de la Nación, dentro de los procedimientos previstos en dicha ley. Para el efecto, adicionó la planta de cargos de la entidad y creó entre otros, 20 plazas de Fiscal Delegado ante el Tribunal.

El Decreto 122 de 18 de enero de 2008²¹, modificó la planta de personal de las Fiscalía General de la Nación, y en lo que interesa al presente asunto, creó de forma permanente 5 cargos de Fiscal Delegado ante

¹⁹ Artículo 1° de la Ley 975 de 2005.

²⁰ **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

²¹ Por el cual se modifica la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación.



Tribunal de Distrito y 39 de los mismos empleos de manera transitoria, para atender los procesos de los que trata la Ley 975 de 2005, en los siguientes términos: *“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 concluye que el cargo que venía desempeñando la actora como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, no estaba previsto como uno de libre nombramiento y remoción, entonces tendría que haber sido provisto mediante concurso de méritos y en su defecto, en encargo o en provisionalidad.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha considerado que el hecho de que los empleos creados en la Fiscalía General de la Nación, para atender los asuntos relacionados en la Ley 975 25 de julio de 2005²², aunque sean de carácter temporal, deben ser provistos mediante el concurso, pues no están exentos de cumplir la regla fijada

²² 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.



por el artículo 125 de la Constitución Política, así lo expresó en la sentencia SU-446 de 2011:

“[...]La **Ley 975 de 2005** creó una serie de cargos en la Fiscalía General de la Nación y de esa forma amplió la planta de personal que la entidad tenía para 2005, hecho que confirmó el legislador mediante la Ley 1024 de 2006. En las mencionadas leyes se previó que una vez finalizada la vigencia de la Ley 975 de 2005, las **275** plazas que fueron creadas a su expedición para hacer viable su implementación, deben ser conservadas y las personas que las ocupen reubicadas en la entidad, por cuanto esos cargos hacen parte de la planta permanente prevista por el legislador. En consecuencia, pese a la especialidad y conocimientos que exige la aplicación e interpretación de la mencionada ley, la Fiscalía General de la Nación está en la obligación de hacer su provisión mediante el sistema de carrera y, en consecuencia, **todos** los cargos creados mediante la Ley 975 de 2005 deben ser convocados a concurso sin excepción y su provisión debe hacerse en el término máximo señalado en la parte resolutive de esta sentencia.

[...]

El Decreto 122 de 2008, creó, igualmente, unos cargos de **carácter transitorio** para atender las necesidades de la Ley de Justicia y Paz y fijó como término de vigencia para esas plazas el de **12 años**. El número de empleos de carácter transitorio creados por este decreto fue de **753**. En relación con estos nuevos puestos de trabajo y pese a su carácter transitorio, considera la Corte que deben ser igualmente llamados a concurso, pues su naturaleza transitoria no puede entenderse como una excepción al cumplimiento de la regla del artículo 125 constitucional, en relación con el mérito y la calidad. Es precisamente ese carácter transitorio el que debe ser puesto en evidencia en la respectiva convocatoria, para que los aspirantes tengan claro que una de las reglas de la convocatoria es el carácter temporal de los cargos razón por la que los mismos serán suprimidos una vez venza el término señalado por el legislador, sino

llega a disponer lo contrario. Supresión que en los términos del artículo 76 de la Ley 938 de 2004 “*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 consecuencia, la Fiscalía General de la Nación debe llamar a concurso los empleos temporales que creó el legislador extraordinario y establecer expresamente ese carácter para que quienes concursan, conozcan de antemano y en forma clara la regla que ha de regir su designación, en el evento de ser acreedores a ocupar una de esas plazas. [...]

6.3. Régimen jurídico aplicable

Como regla general, la Constitución Política dispone en el artículo 125²³, que los empleos en las entidades del Estado son de carrera, salvo los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la ley, si la Constitución o la ley no establecen un sistema de nombramiento, este se hará por concurso público. Así mismo, establece

²³ “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...)



que para el ingreso y el ascenso en cargos de carrera, se debe acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley con el fin de determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro de la misma se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño de las funciones, por violación de régimen disciplinario y las demás previstas en la ley.

En el artículo 253²⁴ *ibídem*, dispone que la estructura, el funcionamiento, el ingreso a la carrera así como el retiro de la Fiscalía General de la Nación, será el previsto por la ley.

Así, el régimen de carrera aplicable para los cargos de la Fiscalía General de la Nación, era el previsto en el Decreto 2699 del 30 de noviembre de 1991 “*Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación*”, expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades conferidas por el literal a) del artículo 5^o transitorio de la Constitución Política. 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

²⁴ ARTICULO 253. 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.



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. Los Juzgados de Instrucción Penal Aduanera se incorporarán a la Fiscalía General de la Nación a más tardar el 1o. de Mayo de 1992”.

Subsiguientemente, la Ley 938 de 30 de diciembre de 2004²⁵ reguló el régimen de administración de personal de la entidad, en el artículo 70 autorizó los nombramientos en provisionalidad, cuando no se pudiera hacer en propiedad una vez superado el periodo de prueba o en encargo, caso en el cual, no se generarían derechos de carrera. En el artículo 76²⁶ estableció que el retiro de la carrera tendría que surtirse

²⁵ Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

²⁶ Artículo 76. 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. (inciso condicionalmente declarado exequible por la sentencia C-279 de 2007 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa “...en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas en los términos del apartado correspondiente de esta sentencia”).

El retiro de la carrera tendrá lugar mediante acto motivado, contra el cual procederán los recursos de la vía gubernativa. Artículo derogado por el artículo 121 del Decreto 20 de 2014.



mediante acto motivado, y los demás servidores estarían sujetos a la facultad de libre nombramiento y remoción.

6.4. De la necesidad de motivación de actos de retiro de provisionales

En relación con los referidos artículos 70 y 76 de la Ley 938 de 30 de diciembre de 2004, la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 2007²⁷, declaró la inexecuibilidad condicionada, en los siguientes términos:

“Primero.- Declarar **EXEQUIBLE** el inciso primero del Artículo 70 de la Ley 938 de 2004 “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, en el entendido de que a más tardar el 31 de diciembre de 2008, la Fiscalía General de la Nación deberá haber culminado la aplicación del sistema de carrera mediante los concursos públicos de mérito correspondientes.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** el inciso segundo del artículo 70 y el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, 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”.

²⁷ M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.



Sobre la providencia en mención, la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de 12 de abril de 2012²⁸, consideró que a partir del 18 de abril de 2007, fecha en la que fue proferida la Sentencia C-279 de 2007, el retiro del servicio de los empleados provisionales de la Fiscalía General de la Nación, debe efectuarse mediante acto motivado, por razones del servicio, con el fin de salvaguardar el derecho al debido proceso del destinatario de la medida, con base en lo siguiente:

“[...] Bajo estos supuestos, estima la Sala que a partir del 18 de abril de 2007 fecha en que la Corte Constitucional profirió la sentencia parcialmente transcrita, el retiro del servicio de los empleados provisionales de la Fiscalía General de la Nación, debe darse mediante acto administrativo motivado, por razones del servicio, con el fin de salvaguardar el debido proceso de quienes sean objeto de la referida medida.

No obstante lo anterior, de acuerdo con las consideraciones que anteceden y contrario a lo estimado por el Tribunal, el hecho de que en el caso concreto el acto acusado, esto es, la Resolución No. 0-0242 de 19 de enero de 2005 hubiera sido expedida con anterioridad a la sentencia de la Corte Constitucional C-279 de 18 de abril de 2007, hacía posible que el Fiscal General de la Nación hubiera declarado insubsistente el nombramiento del actor sin que fuera necesaria la motivación del acto administrativo que así lo

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 12 de abril de 2012, Radicación número: 50001-23-31-000-2005-10278-01(1674-09) Actor: Álvaro Saray Rodríguez, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, posición reiterada por la misma Subsección en sentencia de 26 de abril de 2012, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06984-01(1205-10), Actor: Maria Eugenia Briñez Niño.



dispuso toda vez que, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente para ese momento los mismos se presumían expedidos en aras de mejorar el servicio.

Lo anterior, reitera la Sala, no obsta para que a partir del momento en que la Corte Constitucional profirió la sentencia C-279 de 18 de abril de 2007 el acto administrativo mediante el cual se disponga el retiro del servicio de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, nombrados en provisionalidad, deba ser motivado por razones del servicio como quedó visto con anterioridad. [...]"

En ese orden de ideas, y en lo atinente al caso específico de la Fiscalía General de la Nación, el Consejo de Estado reconoció expresamente, la necesidad de motivar el acto de retiro de servidores vinculados en provisionalidad, por lo menos a partir del 18 de abril de 2007, fecha en la que fue proferida la Sentencia C-279 de 2007.

6.5. Lo probado en el proceso

A folios 33 y siguientes del cuaderno principal del expediente, obran los oficios Nos. 006131, 008134, 008129 de 1º de septiembre de 2008, por los cuales el Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz se dirige a la señora María Cristina Muñoz Gutierrez, y le indica que haga entrega de los asuntos que le habían sido asignados a los Despachos 41, 51 y 52, con el fin de que se encargara exclusivamente del caso Carlos Mario Jiménez Naranjo, en los siguientes términos:

*“Con el fin de que su despacho se dedique de manera exclusiva al caso de CARLOS MARIO JIMÉNEZ NARANJO, de manera atenta le informo que mediante acta de reparto (...) se asignó al despacho (...) el conocimiento de los casos relacionados a continuación: (...)
Por lo expuesto, le solicito comunicar de esta decisión a los Postulados y sus abogados, al Procurador del caso y a la Defensoría del Pueblo.
En este sentido, deberá hacer entrega dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la presente comunicación a (...), los documentos relacionados a continuación: (...)”*

A folios 46 a 114 del plenario, obran Solicitudes de Cooperación Internacional números 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008,009 presentadas entre agosto de 2008 y septiembre de 2010 al Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, suscritas por la actora en calidad de Fiscal 42 de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, en las cuales solicita el traslado de Carlos Mario Jiménez Naranjo, con el fin de practicar diligencias de entrevista ordenadas dentro del proceso que se adelantaba en Colombia.

A través de Oficio No. 0075-42 UNFJPM de 20 de mayo de 2009²⁹, la demandante le solicita al Coordinador de la Unidad Nacional Fiscalías de Justicia y Paz lo siguiente: *“De manera comedida me permito solicitar su intervención para que en el menor tiempo posible, sea entregado a este Despacho los mínimos recursos logísticos necesarios para el buen*

²⁹ Obra a folios 313 y 314 del cuaderno principal.



desempeño de la labor asignada, me refiero a una impresora, un teléfono fax y un destructor de papeles (...)”.

La actora solicitó colaboración a la Oficina de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General de la Nación, para lograr la práctica de la diligencia de Entrevista de Carlos Mario Jiménez Naranjo, mediante Oficio 551/42JYP de 19 de noviembre de 2010³⁰ correo electrónico remitido el 22 de los mismos mes y año³¹.

En relación con su gestión, la actora presentó los siguientes informes:

- La señora María Cristina Muñoz Gutierrez, dio respuesta a los requerimientos efectuados por el Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías sobre las labores adelantadas dentro de la investigación de hechos atribuibles al Bloque Central Bolívar³², a través de los Oficios Nos. 054-42 UNFJP³³ de 25 de febrero, 055 UNFJYP³⁴ de 26 de febrero y 058 UNJYP³⁵ de 2 de marzo todos de 2010.

³⁰ Obra a folios 215 y 216

³¹ Folio 211 ibídem.

³² Del cual era comandante Carlos Mario Jiménez Naranjo.

³³ Obra a folios 306 y 307 del cuaderno principal.

³⁴ Obra a folios 303 a 305 del cuaderno principal.

³⁵ Obra a folios 235 a 302 del cuaderno principal del expediente.

- Mediante escritos de 1º de septiembre de 2009³⁶, febrero, marzo, agosto y septiembre de 2010³⁷, la actora presenta al Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, estadística de las labores adelantadas durante el año de 2010, dentro del proceso que se adelantaba contra Carlos Mario Jiménez Naranjo, alias “Macaco”.
- Por Oficio No. 511-42JYP, de 20 de septiembre de 2010, en respuesta a la solicitud No. UNJP 014129 del día 16 de los mismos mes y año, puso en conocimiento del Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías la gestión adelantada encaminada a formular imputación contra alias Macaco³⁸.
- En respuesta a un requerimiento realizado por el Jefe de Unidad Nacional de Fiscalías, vía correo electrónico, el 18 de noviembre de 2010³⁹, la demandante manifestó lo siguiente:

“Estuve leyendo su requerimiento y déjeme decirle que quedo altamente preocupada, por cuanto, como usted sabe este Despacho tan solo tiene como postulado a alias Macaco, Carlos Mario Jiménez Naranjo, y en razón a su extradición no hemos logrado continuar con la diligencia de versión libre, menos aún la realización de audiencias ante la judicatura.

Sin embargo debo anotar que el trabajo que realiza esta Fiscalía es enorme, tiene que ver con la preparación de todos y cada uno de los

³⁶ Obra a folios 308 a 311

³⁷ Obra a folios 221 a 307 del cuaderno principal del expediente.

³⁸ Folios 217 a 219 ibídem.

³⁹ Folio 212 ibídem.

hechos atribuidos a Macaco, que tuvieron ocurrencia en cada uno de los seis frentes que conforman el BCB, de los cuales se seleccionan las Masacres, Homicidios en personas protegidas, reclutamiento ilícito, desapoderamiento violento de bienes y desplazamiento Forzado. Nos corresponde organizar las carpetas, documentarlas, en su mayoría no han sido documentadas por el Fiscal que le corresponde, es decir, dejarla lista para la confesión del postulado, una vez nos confirmen que continuará la Versión.

De otro lado nos corresponde documentar 530 hechos atribuibles directamente a CARLOS MARIO JIMÉNEZ antes de que se creara el BCB, es decir al grupo armado organizado que tuvo este postulado antes de ser el Comandante General del BCB, concretamente en la región del Bajo Cauca Antioqueño, años 1993 a 2000.

La pregunta es: Esta información que alude al trabajo realizado mensualmente por el Despacho a mi cargo como lo visualizo?, yo he estado remitiendo un informe mensual al Dr. Luis, pero no tengo ni idea si el Dr. Luis tiene tiempo para leerlo, de enterarse de este trabajo. Pero el problema no es ese, el problema realmente es saber donde(sic) queda reportada la actuación que adelanta esta oficina y que no se ajusta a lo convencional, es decir, a las tablas de Excel que ustedes envían desde Bogotá?

Le agradezco que me oriente en este tema, si es necesario elaborar una tabla de Excel que contenga la información que nosotros producimos, estamos dispuestos a elaborarla, pero necesitamos orientación.”

- Con escritos recibidos en fechas 24 de marzo⁴⁰ y 5 de abril⁴¹ ambos de 2011, la demandante le presenta a la Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz, informes de la gestión del despacho a su cargo, en los cuales aclaró que la estadística del despacho a su cargo, hasta el mes de enero de ese mismo

⁴⁰ Obra a folios 181 a 193 del cuaderno principal.

⁴¹ Obra a folios 177 a 180 del cuaderno principal.



año, no se rendía en el formato habitual, toda vez que solamente tenía asignado un solo postulado que había sido extraditado.

- El 18 de abril de 2011⁴², la señora María Cristina Muñoz Gutiérrez, presentó a la Fiscal General de la Nación un informe de su gestión como Fiscal 42 Delegada ante el Tribunal para la Justicia y la Paz, es decir, desde el 2º de abril de 2008. En aquel documento puso de presente las acciones realizadas desde que ingresó al cargo y que su actividad como coordinadora de la recolección de información del Comandante, alias “Macaco”, del Bloque Central Bolívar, no se refleja en la *“estadística mensual rendida ante la Jefatura de la Unidad, por no ajustarse a los formatos preestablecidos”*.

Posteriormente, a través de la Resolución 294 de 9 de diciembre de 2010⁴³ se reestructuró el grupo de trabajo especial No. 23 que estaría conformado por los Fiscales 41, 42, 51 y 52 de la sede Medellín, de la Unidad de Fiscalías para la Justicia y la Paz, y en lo relevante para la actora, le fue asignada la labor de documentar los frentes “Combatientes Serranía de San Lucas” y “Vencedores del Sur”, en las zonas del Sur del Bolívar.

⁴² El escrito con Radicados DFGN – No. 20116110638872 y DVFG – No. 20116110638892, obra a folios 162 a 176 del cuaderno principal del expediente.

⁴³ Folios 45 a 53 del cuaderno 4.



Por medio de la Resolución 016 de 18 de enero de 2011⁴⁴, el Jefe de la Unidad de Fiscalías para la Justicia y la Paz, conformó el grupo de trabajo especial No. 089 de 2011, integrado por la actora y el Fiscal 41 de dicha unidad de la sede Medellín, para adelantar el procedimiento de la Ley 975 de 2005 al postulado Wilson Fuentes Cruz.

Por Resolución 070 de 9 de febrero de 2011⁴⁵, se dispuso adicionar el grupo de trabajo especial No. 008 de 2010 con el Despacho a cargo de la actora y la Resolución 072 de 9 de febrero de 2011⁴⁶ se conformó el grupo de trabajo especial No. 102 de 2011, mediante Resolución 077 de 11 de febrero de 2011⁴⁷, se conformó el grupo de trabajo especial No. 106 de 2011, de los cuales también hacía parte la actora, cuyas funciones quedaron descritas en los mismos actos.

A folios 319 del cuaderno principal del expediente, obran documentos de la historia clínica de la demandante, de acuerdo con los cuales, para septiembre de 2008⁴⁸ presentaba “*cálculos intrarrenales bilaterales*”, que

⁴⁴ Folios 99 a 103 del cuaderno 4.

⁴⁵ Folio 104 a 110 ibídem

⁴⁶ Folios 111 a 115 ibídem.

⁴⁷ Folios 116 a 120 ibídem.

⁴⁸ Según documentos que obran a folios 320 a 322, 334 del cuaderno principal.



ameritaron tratamiento quirúrgico en noviembre de 2008⁴⁹, mayo de 2009⁵⁰ y el 21 de abril de 2011⁵¹.

Igualmente, la actora presenta *“quiste simple en el lóbulo tiroideo derecho”* el cual, de conformidad con imágenes radiológicas es *“sugestiva de adenoma paratiroideo derecho”*⁵². A folio 330 del cuaderno principal se evidencia que en octubre de 2010 fue sometida a *“resección de paratiroides”*.

Obra a folio 232 del cuaderno 2, documento enviado el 28 de abril de 2011, por medio del cual la Analista de Personal de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Medellín y Antioquia, manifiesta que el 15 de abril del mismo año, como no se encontraba en su oficina la actora, se dirigió hasta su dirección de residencia para notificarle el acto de insubsistencia donde tampoco fue posible encontrarla. Luego, de manera telefónica ella indicó que se presentaría a la oficina de personal, y posteriormente explicó que estaba incapacitada, desde el 17 de abril.

⁴⁹ Según descripción operatoria que aparece a folio 338, del cuaderno principal del expediente.

⁵⁰ Según documento que obra a folio 343 del cuaderno principal del expediente.

⁵¹ Según descripción operatoria que obra a folio 346 del cuaderno principal del expediente.

⁵² Según se informa a folios 356 a 352



Por Oficio No. OP-No. 001842 de 18 de abril de 2011⁵³, el Director Administrativo y Financiero de la Seccional Medellín, con el fin de notificarle el acto de retiro a la señora Muñoz Gutierrez, le solicitó “...se sirva presentarse a la Oficina de Personal de esta Dirección Seccional, una vez termine su incapacidad...”.

Obra a folio 237 ibídem, incapacidad médica expedida el 25 de abril de 2011, por la E.P.S Sanitas, comprendida entre los días 17 a 30 de abril y 1 a 4 de mayo de 2011, la cual fue presentada al Director Seccional Administrativo y Financiero de la entidad, el 25 de abril de 2011⁵⁴.

6.6. Análisis de la Sala

La Fiscalía General de la Nación, en el recurso de apelación, expuso que dado el carácter de provisional que tenía el nombramiento de la señora María Cristina Muñoz Gutierrez, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado y especialmente la sentencia de 13 de marzo de 2003 por la cual la Sección Segunda unificó el criterio, en el sentido de señalar que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero de estabilidad alguno, podía en consecuencia, proceder a su retiro sin que mediara motivación alguna.

⁵³ Folio 233 del cuaderno 2.

⁵⁴ Mediante Oficio N°. 0961 UNFJYPM de 25 de abril de 2011, suscrito por la Asistente de Fiscal II, Doris Agudelo Barbosa, que obra a folio 236 ibídem.



Respecto del anterior argumento, es preciso tener presente que tal y como antes se mencionó, a partir del 18 de abril de 2007, fecha en la que fue proferida la Sentencia C-279 de 2007, que declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 76 de la Ley 938 de 30 de diciembre de 2004, el retiro del servicio de servidores de la Fiscalía General de la Nación, tendría que disponerse mediante acto motivado, por razones del servicio, motivo por el cual, no le asiste razón a la entidad demandada.

Ahora bien, en gracia de discusión, de aceptarse que el nominador podía disponer su retiro, sin necesidad de motivación del acto, con fundamento en la facultad discrecional, si bien goza de presunción de legalidad, la misma puede desvirtuarse demostrando que el propósito de quien expidió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma⁵⁵. Ahora bien, si pese a la posibilidad de adoptar la decisión con fundamento en la facultad discrecional, la administración aduce motivos para la desvinculación, éstos podrán ser objeto de control de legalidad, es decir, son susceptibles de ser confrontados con la realidad fáctica o jurídica que

⁵⁵ En este sentido ver entre otras, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 23 de febrero de 2011, Radicación: 170012331000200301412 02(0734-10), Actor: Gonzalo González Galvis; C.P: DR. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

muestre el afectado con la medida discrecional. Ahora, de existir una discordancia o contrariedad sustancial entre una y otras razones que afecten en realidad la determinación de retiro, el juez procederá de conformidad⁵⁶.

En el asunto bajo estudio, la señora María Cristina Muñoz Gutierrez fue retirada del servicio, a través de la Resolución 0-1104 de 13 de abril de 2011, por la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito – TR de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz sede Medellín, con fundamento en las siguientes razones:

“ [...] 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 MARÍA CRISTINA MUÑOZ GUTIERREZ, Fiscal Delegado ante Tribunal del Distrito –TR de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz sede Medellín, que desde su ingreso a dicha Unidad en abril de 2008, su gestión en cuanto al avance en la 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

⁵⁶ Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 6 de marzo de 2008, Referencia: 410012331000199508094 01 (4418-04); Actor: Ingrid Yaneth Motta Mayorca; sentencia de 10 de octubre de 2013, Referencia: 760012331000200105359 03 (1260-2012), Actor: Urania López Jiménez.



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 MARÍA CRISTINA MUÑOZ GUTIERREZ, 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 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. [...]”⁵⁷

Claramente, la motivación expuesta en el acto de retiro está referida a una deficiente ejecución de la función pública por parte de la señora María Cristina Muñoz Gutierrez, conclusión a la que, según el mismo acto, llegó con base en un *observatorio a la gestión de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz*, en donde advirtió que los resultados de las estadísticas de su gestión no corresponden a la prontitud y eficiencia requeridas para dar cumplimiento a los objetivos de la Ley 975 de 25 de julio de 2005⁵⁸.

No obstante lo anterior, los argumentos que expone la Fiscalía General de la Nación, tanto en la contestación de la demanda como en el escrito

⁵⁷ Folios 28 a 32 del cuaderno principal.

⁵⁸ 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.



de apelación, están dirigidos principalmente al hecho de que la demandante estaba vinculada en provisionalidad y en tal condición, podía disponer su retiro con fundamento en la facultad discrecional, y sobre la estadística de la gestión de la actora indicó en el primero de los escritos que presentó que sí se valoró la carga laboral asignada a la señora Muñoz Gutierrez, mediante la Resolución 294 de 9 de diciembre de 2010 y que se constata con las actas de reparto, acto que tal y como antes se mencionó, reestructuró un grupo de trabajo especial, y le asignó otras funciones a la señora Muñoz Gutierrez, sin referirse a su rendimiento laboral.

De los documentos aportados al plenario, no se observa alguno que previamente a la expedición del acto de insubsistencia, hubiera establecido de manera objetiva, que los resultados de la gestión de la demandante no estuvieran acordes con las necesidades del servicio o una prueba, siquiera sumaria, de que la Entidad dentro del señalado “*observatorio a la gestión*”, hubiera realizado una valoración de los informes presentados por la actora o de cualquier otro instrumento, con fundamento en la cual hubiera determinado que los resultados de la labor de la accionante no se correspondieran con los principios de la Ley 975 de 25 de julio de 2005, y ni tampoco de qué manera afectó el correcto funcionamiento del servicio público.



Por su parte, la demandante aportó documentos con el fin de acreditar cuáles fueron las labores asignadas, las gestiones que adelantó para su cumplimiento y las dificultades que se presentaron en su ejecución, además de la información que reportaba a su superior.

En efecto, de acuerdo con las pruebas aportadas al plenario, desde el 1º de septiembre de 2008, mismo año en el que la señora María Cristina Muñoz Gutierrez fue nombrada en el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, recibió la instrucción de dedicarse exclusivamente a un postulado dentro del marco de la misma Ley 975 de 25 de julio de 2005, el de Carlos Mario Jiménez Naranjo alias “*Macaco*”, quien para ese momento se encontraba extraditado en los Estados Unidos de América, situación que dificultaba la práctica de las diligencias que tenían que contar con su presencia, por esa razón la actora presentó numerosas solicitudes de cooperación internacional, con el fin de practicar la entrevista al investigado.

Adicionalmente, su labor estuvo dirigida a la investigación de los hechos atribuibles al Bloque Central Bolívar de las organizaciones paramilitares, comandado por alias “*Macaco*”, la cual requería llevar a cabo una dispendiosa labor de organización de una gran cantidad de documentos, pues solamente los hechos directamente atribuibles al referido



postulado, antes de la creación del mencionado Bloque, ascendían a 530⁵⁹.

De su gestión mantuvo informado al Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, a través de los documentos anteriormente señalados, poniendo de presente que dada la naturaleza de la tarea asignada no era posible registrarla en los formatos establecidos por la Jefatura de la Unidad, sin que se observe reparo alguno por parte de la Entidad.

A partir de la Resolución 294 de 9 de diciembre de 2010, fueron modificadas las tareas asignadas a la demandante por varios actos administrativos expedidos en enero⁶⁰ y febrero⁶¹ de 2011, labores respecto de las cuales tampoco se puede concluir que fueron incumplidas o deficientemente desarrolladas, pues ningún elemento de juicio se tiene respecto de su evaluación.

En consecuencia se encuentra probado que la resolución por medio de la cual fue declarado insubsistente el nombramiento de la actora como Fiscal Delegada ante Tribunal de Distrito para la Justicia y la Paz, fue

⁵⁹ De acuerdo con la información que se reporta a folio 212 del expediente.

⁶⁰ Resolución 016 de 18 de enero de 2011.

⁶¹ Resoluciones 070 y 072 de 9 de febrero y Resolución 077 de 11 de febrero de 2011



expedido con falsa motivación, razón suficiente para declarar su nulidad y el correspondiente restablecimiento del derecho.

En esas condiciones, se confirmará la sentencia de 17 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección Laboral, por la cual declaró la nulidad de la Resolución 01104 de 13 de abril de 2011 que declaró insubsistente el nombramiento de la actora, y ordenó el reintegro al cargo que venía desempeñando y el consecuente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el retiro.

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,

VII. FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 17 de septiembre de 2013 proferida por proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección Laboral, por la cual declaró la nulidad de la Resolución 01104 de 13 de abril de 2011 que declaró insubsistente el nombramiento de la actora, y ordenó el reintegro al cargo que venía desempeñando y el consecuente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el retiro.



CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y una vez ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ (E)

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

SLIV/Immo