

**CONSEJO DE ESTADO****SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO****SECCIÓN QUINTA****Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Bogotá D.C., cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03073-01**Demandante: JORGE HUMBERTO VACA MÉNDEZ****Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B”****Asunto: Fallo de Segunda Instancia – Tutela contra providencia judicial**

La Sala decide la impugnación¹ interpuesta por la parte actora contra la sentencia de 8 de febrero de 2018, por la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado **declaró la improcedencia** del recurso de amparo.

I. ANTECEDENTES**1. Solicitud**

El señor **JORGE HUMBERTO VACA MÉNDEZ** presentó, por conducto de apoderado judicial², acción de tutela³ contra el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “B”, al considerar vulnerado su derecho fundamental a la igualdad en conexidad con la seguridad jurídica.

Tales garantías las estimó quebrantadas con ocasión de la providencia de 6 de julio de 2017, por medio de la cual la autoridad judicial accionada confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el actor contra la

¹ Folios 72 – 75.

² Folio 12.

³ 15 de noviembre de 2017.



Fiscalía General de la Nación, proceso tramitado bajo el número de radicado 25000-23-25-000-2012-00554-01.

2. Hechos

Como sustento fáctico de la tutela, el representante judicial del actor manifestó que:

2.1. El señor **JORGE HUMBERTO VACA MÉNDEZ** ingresó a la Fiscalía General de la Nación el 30 de junio de 1992⁴.

Por medio de Resolución 0339 de ese mismo mes y año, el demandante fue inscrito en carrera administrativa en el cargo de fiscal delegado ante los jueces penales del circuito.

2.2. El accionante fue nombrado, en provisionalidad, fiscal delegado ante el Tribunal de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Valledupar; designación contenida en la Resolución 0 – 2449 de 4 de agosto de 2006.

2.3. Con Resolución 2-0867 de 10 de abril de 2008, el demandante fue trasladado a la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz en la ciudad de Bogotá.

2.4. La Fiscalía General de la Nación ordenó al señor Vaca Méndez reasumir las funciones de fiscal delegado ante los jueces del circuito, por medio de Resolución 0-0995 de 7 de abril de 2011, acto administrativo que fue posteriormente revocado mediante Resolución 0-1384 de 30 de mayo de 2011.

2.5. Con Resolución 0-1955 de 29 de julio de 2011, el ente acusador declaró insubsistente *“el nombramiento en provisionalidad del doctor VACA MÉNDEZ en el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito...”*⁵

2.6. El accionante formuló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de ese último acto administrativo, proceso cuyo conocimiento y trámite correspondió, en primera instancia, al Tribunal

⁴ Resolución 001 de 1992.

⁵ Folio 2.



Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, autoridad que, a través de sentencia de 14 de diciembre de 2012, negó las pretensiones de la demanda.

Para ello expresó que:

“Contrario a lo afirmado en la demanda, el actor no demostró que los motivos expresados en el acto administrativo de [insubsistencia] fueren contrarios a la realidad. En contrario, se probó con los antecedentes administrativos, que él no cumplió con eficiencia y eficacia sus responsabilidades; no se verifica el avance célere de las investigaciones a su cargo, conforme a los fines trazados por la Unidad.”⁶

2.7. El Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “B” confirmó la decisión recurrida en sentencia de 6 de julio de 2017, bajo la siguiente línea argumentativa:

“Conforme a las consideraciones expuestas, llevan a la Sala a la convicción de que el nominador al expedir el acto administrativo por medio del cual se declara insubsistente al señor Jorge Humberto Vaca Méndez, se encontraba precedido de supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos, y persiguiendo razones de buen servicio público. De tal suerte que los argumentos de la demanda, se basaron en manifestaciones subjetivas, sin que haya logrado demostrar que las razones que llevaron al nominador a tomar la decisión del retiro, se fundamentaron con motivos diferentes al mejoramiento del servicio como tampoco logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija a todos los actos de la administración.”⁷

3. Fundamentos

En sentir del accionante, la autoridad judicial demandada incurrió en los siguientes defectos:

3.1. Defecto fáctico, pues existen diferentes informes de cumplimiento de metas de la Unidad de Justicia y Paz “...que con toda claridad revelan que durante la época en que fue desvinculado el accionante, se encontraban cumplidos en un 100% las metas y objetivos trazados en la Unidad de Justicia y Paz.”⁸

⁶ Cuaderno 1, folio 202 del expediente ordinario.

⁷ Folios 27-28.

⁸ Folio 3.



De esta manera, se contradicen los motivos que fundaron el acto de insubsistencia relativos al ejercicio inadecuado de las labores encomendadas a la parte actora.

3.2. Desconocimiento del precedente constitucional, por cuanto el Consejo de Estado debió seguir la *“ratio decidendi”* contenida en la sentencia SU – 917 de 2010, concerniente a la motivación de los actos de retiro de los servidores públicos nombrados en provisionalidad.

Por otro lado, manifestó que la Judicatura accionada prescindió de los postulados de la jurisprudencia contencioso–administrativa que prohíjan que, en los procesos en que se busca la nulidad de los actos de insubsistencia, corresponde al demandante probar la correcta y debida prestación del servicio.

Esta probanza invierte, a su juicio, la carga de la prueba, por lo que incumbe a la administración pública demostrar que el funcionario desempeñó en indebida forma las funciones encomendadas.

Para sustentar su tesis, el apoderado judicial del accionante trajo a colación la sentencia de 11 de noviembre de 2011, rad. 2004-006341, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “A”.

3.3. Violación directa de la Constitución, ya que no pudo controvertir las calificaciones del Observatorio de Gestión de la Unidad Nacional de la Fiscalía para la Justicia y Paz, sobre las cuales se fundó el ente acusador para expedir su acto de desvinculación.

En ese orden, señaló que el referido Observatorio *“es una entidad desistitucionalizada (sic), que aparentemente actúa de manera secreta.”*⁹

Finalmente, refirió que la autoridad judicial accionada estaba obligada en un caso como el presente a *“percatarse que el presunto observatorio de paz, ente inexistente dentro del organigrama de la Fiscalía el cual de hecho no existió para el caso del tutelante y como*

⁹ Folio 3.



tal existió un manifiesto y grave vicio de falsa motivación que no fue advertido por la corporación.”¹⁰

4. Petición de amparo

La parte actora solicitó, a título de amparo constitucional, lo que se transcribe a continuación:

“TUTELAR LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES DEL DOCTOR JORGE HUMBERTO VACA MÉNDEZ: A LA IGUALDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA y como tal dejar sin efectos la sentencia del día seis (6) de Julio de dos mil diecisiete del CONSEJO DE ESTADO –SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO –SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B- MAGISTRADO: CÉSAR PALOMINO CORTÉS”¹¹.

5. Trámite de la acción de tutela

Por auto de 22 de noviembre de 2017¹², el Consejero Ponente¹³ de la Sección Cuarta admitió la acción de tutela y dispuso notificar a las partes de este trámite constitucional.

Igualmente, ordenó vincular a los magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C” y a la Fiscalía General de la Nación para que, en el término de 2 días, y por el medio más expedito, ejercieran su derecho de defensa.

Remitidas las misivas del caso¹⁴, se allegaron las siguientes contestaciones:

6. Contestaciones

6.1. Fiscalía General de la Nación¹⁵

Con escrito de 1º de diciembre de 2017, el apoderado judicial del ente acusador solicitó declarar la improcedencia de esta acción constitucional, toda vez que para controvertir la decisión censurada,

¹⁰ Folio 2.

¹¹ Folio 6.

¹² Folio 31.

¹³ Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹⁴ Folios 33–38.

¹⁵ Folios 39–42.



la parte actora cuenta con el recurso extraordinario de revisión, de conformidad con el artículo 248 del CPACA.

De otro lado, refirió que en el *sub judice* el apoderado judicial del demandante no logró “...identificar el tipo de error en el que incurrió la providencia controvertida, razón por la cual, el juez constitucional no puede entrar a estudiar la totalidad de la sentencia para identificar dichos defectos.”¹⁶

6.2. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”¹⁷

La magistrada que reemplazó a la ponente de la sentencia de primera instancia –en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho– rindió informe en el que pidió denegar las pretensiones de la demanda de tutela.

Refirió que del texto de la decisión de 14 de diciembre de 2012 –fallo proferido por el Tribunal– podía colegirse que esa autoridad judicial había actuado conforme a derecho.

7. Fallo impugnado

La Sección Cuarta de esta Corporación, mediante sentencia de 8 de febrero de 2018¹⁸, declaró la improcedencia de la acción constitucional, por cuanto “la parte actora (...) se limita a afirmar que la autoridad judicial le vulneró el derecho fundamental a la igualdad, pero no precisa ni justifica en qué radica esa supuesta vulneración con ocasión de la providencia judicial que se cuestiona.”¹⁹

En ese sentido, concluyó que: “así las cosas, al limitarse el accionante a exponer simples generalidades de inconformidad con la decisión acusada, **la solicitud de amparo carece de relevancia constitucional**. Lo que realmente pretende el demandante es convertir un mecanismo subsidiario y residual como es la tutela, en una instancia adicional. Situación que en sí misma genera su improcedencia.” (Negrilla fuera de texto)

¹⁶ Folio 42.

¹⁷ Folios 59.

¹⁸ Folios 62-65.

¹⁹ Folio 64 vuelto.



Afirmó que, si en gracia de discusión se estudiara la presunta configuración del desconocimiento del precedente constitucional plasmado en la sentencia SU-917 de 2010, el amparo deprecado debía ser denegado, ya que el fallo de 6 de julio de 2017, censurado, había acogido la tesis allí adoptada por la Corte Constitucional.

Asimismo, estimó que los casos tratados por el fallo de unificación mencionado distaban de aquel del accionante, puesto que la declaratoria de insubsistencia de éstos carecía de motivación, lo que no ocurría en el asunto de autos.

1.8. Impugnación

Mediante escrito presentado el 21 de febrero de 2018²⁰, el accionante impugnó el fallo de primera instancia, para lo cual reiteró los cuestionamientos propuestos en la acción de tutela y adujo que estas circunstancias *“hace (sic) viable la **procedencia** de esta tutela en contra de la decisión del Consejo de Estado, aprobada el día seis (6) de julio de dos mil diecisiete...”*²¹.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada por el demandante, según lo establecido por los Decretos 2591 de 1991²² y 1069 de 2015²³, modificado por el Decreto 1983 de 2017²⁴.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes de la acción constitucional, el fallo de tutela de primera instancia y los argumentos y consideraciones

²⁰ El fallo impugnado fue notificado el 16 de febrero de 2018 vía correo electrónico, por lo que, la impugnación presentada el 21 de este mismo mes y año resulta oportuna.

²¹ Folio 73

²² “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

²³ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”

²⁴ “Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.”



expuestos en la impugnación, corresponde a la Sala determinar si la decisión recurrida debe confirmarse, modificarse o revocarse, para lo cual deberá absolver los siguientes cuestionamientos:

- ¿El recurso de amparo cumple con los requisitos adjetivos de procedencia cuando a través suyo se cuestionan providencias judiciales?
- De superarse ese análisis, ¿la autoridad demandada incurrió en los yerros endilgados por la parte actora en el momento de proferir la sentencia de 6 de julio de 2017?

Para absolver los anteriores cuestionamientos, la Sala procede, como sigue:

3. Sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012²⁵ **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema²⁶ y declaró su **procedencia**²⁷.

Así pues, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez; **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

²⁵Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. C.P.: María Elizabeth García González.

²⁶ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

²⁷ Se dijo en la mencionada sentencia "**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia."



Por otro lado, debe hacerse referencia al presupuesto de procedencia adjetiva de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, consistente en el hecho de que la parte actora haya alegado los yerros de la autoridad judicial que dan origen a la vulneración en el contexto del proceso ordinario, la Sala efectuará las siguientes elucubraciones:

Se trata de un requisito de procedencia adoptado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en un movimiento de articulación respecto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁸ en la materia.

En efecto, en sentencia de 5 de agosto de 2014²⁹, la Sala Plena de esta Corporación adoptó como condiciones necesarias para amparar los derechos fundamentales invocados en una acción de tutela contra una providencia judicial del Consejo de Estado, aquellas erigidas por la Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005.

Al respecto, adujo que:

“3.1.- En la Sentencia C-590 de 2005, posición que se adopta de manera expresa en la presente providencia, la Corte señaló como requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, los siguientes:

(...)

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible³⁰. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.” (Negritas fuera de texto)

Se colige de lo anterior que bajo la égida de este presupuesto de procedibilidad del recurso de amparo en contra de providencias judiciales, el accionante además de identificar de manera clara y precisa los yerros e irregularidades imputables a la autoridad judicial

²⁸ Sentencia C-590 de 2005. M.P.

²⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. n°. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Sentencia de 5 de agosto de 2014.

³⁰ Sentencia T-658-98.



acusada, debe haberlos puesto en conocimiento del juez de instancia en su debida oportunidad de haber sido ello posible.

Dicho en otros términos, debe existir una cierta congruencia o coherencia entre las falencias esgrimidas al interior del proceso ordinario y las acciones u omisiones cuestionadas por parte del accionante a las autoridades judiciales vía acción de tutela. Empero, la anterior exigencia se morigera luego de que se constata la existencia de **circunstancias objetivas** que impiden la alegación de las mismas en el procedimiento judicial de instancia.³¹

4. Sobre la procedencia del recurso de amparo en el *sub judice*

Con su sentencia de 8 de febrero de 2018, la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró la improcedencia de la acción constitucional, al encontrar que no cumplía con el presupuesto de la relevancia constitucional, por cuanto no expresó las razones que sustentaban la presunta vulneración de su derecho a la igualdad en conexidad con la seguridad jurídica

Al respecto, el *a quo* expresó:

“...la parte actora (...) se limita a afirmar que la autoridad judicial le vulneró el derecho fundamental a la igualdad, **pero no precisa ni justifica en qué radica esa supuesta vulneración con ocasión de la providencia judicial que se cuestiona.**”³²

Por su parte, el demandante afirma que los yerros atribuidos en contra del fallo de 6 de julio de 2017 hacen procedente el recurso de amparo propuesto.

En este orden, la Sala estima que asiste razón al accionante a la luz de las siguientes consideraciones:

- Contrario a lo sostenido por la Sección Cuarta de esta Corporación, el libelo introductorio presentado por la parte actora **sí sustenta el presunto quebrantamiento del derecho a la igualdad en conexidad con la seguridad jurídica**, pues atribuye a la sentencia de 6 de julio de 2017 una serie de

³¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-297 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero.

³² Folio 64 vuelto.



yerros –debidamente fundamentados– que, en su concepto, deben conllevar dejarla sin efectos.

En ese sentido, el accionante endilga en contra del fallo cuestionado **un desconocimiento del precedente constitucional** plasmado en la sentencia SU–917 de 2010 “*que debió seguir necesariamente (...) el Consejo de Estado...*”; **un defecto fáctico por indebida valoración probatoria** de algunos documentos que permiten colegir que, para el momento de retiro del servicio del demandante, los objetivos y metas de la Unidad de Justicia y Paz habían sido alcanzados en un 100%; **una violación directa de la Constitución**, toda vez que no pudo controvertir las conclusiones y calificaciones dadas por el Observatorio de Gestión erigido al interior de esa dependencia.

- El *sub judice* presenta una **relevancia constitucional**, por cuanto versa sobre los límites de la facultad discrecional de retiro en cabeza de la administración y su alcance respecto del derecho a la igualdad del demandante.

Por lo anterior, este Cuerpo Colegiado encuentra que los fundamentos de la improcedencia decretada por el *a quo* se muestran del todo insuficientes, motivo por el que emprenderá el estudio de los requisitos adjetivos de esta acción constitucional, toda vez que dicho análisis fue omitido en primera instancia.

En punto a éstos, la Sala concluye que:

- (i) La solicitud de amparo no se dirige a cuestionar la constitucionalidad de providencias proferidas en el marco de una acción de tutela.
- (ii) El accionante hizo uso, en el proceso ordinario, de los mecanismos de impugnación pertinentes, por lo que la subsidiariedad debe tenerse como superada. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que los cargos planteados por el recurrente no configuran ninguna de las causales de procedencia de los recursos extraordinarios instituidos al interior de esta Jurisdicción,



contrario a lo sostenido por la Fiscalía General de la Nación en su escrito de contestación.

Empero, una precisión se hace necesaria en este punto, pues el presunto desconocimiento del “precedente contencioso” erigido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 11 de noviembre de 2011, rad. 2004-006341, no fue un asunto ventilado al interior del proceso ordinario, como se desprende de un estudio detenido de las consideraciones expuestas en la demanda³³ y en el recurso de apelación³⁴, lo que conlleva excluir su análisis en el marco de la presente acción de tutela, motivo por el que, en lo que concierne este punto, la decisión del *a quo* será confirmada por incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

(iii) El recurso de amparo fue presentada en un plazo razonable –15 de noviembre de 2017– si se atiende a la fecha de ejecutoria del fallo de 6 de julio de 2017, a saber, 23 de agosto de 2017. Por lo anterior, el ejercicio de la acción constitucional debe ser tenido como oportuno³⁵.

Precisado lo anterior, la Sala abordará el fondo del asunto.

5. Sobre el caso concreto

Como se anticipó en los antecedentes de esta providencia, tres son los yerros formulados por la parte accionante en contra de la decisión de 6 de julio de 2017, proferida por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “B”.

La Sala abordará su examen de forma separada, como sigue:

5.1. Presunta configuración del defecto fáctico

El representante judicial del accionante señala que la apreciación probatoria realizada por la autoridad demandada sobre los informes de cumplimiento de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía – obrantes en el plenario– es defectuosa, pues no parece coherente que los objetivos y metas de la dependencia hayan sido alcanzados

³³ Folios 45-64 del cuaderno 1.

³⁴ Folios 222-228.

³⁵ 23 de agosto de 2017.



en un 100% y el actuar de su prohijado sea tenido por ineficiente en el acto de insubsistencia.

De allí que, en su concepto, los motivos que fundaron el acto de retiro deban ser considerados como *“falaces”*, pues no resulta cierto que su poderdante haya desatendido las labores que le fueron encomendadas en el cargo de fiscal delegado ante los Tribunales de Justicia y Paz.

En punto a este yerro probatorio, la Sala ha expresado, de manera reiterada y pacífica³⁶, que su examen se encuentra condicionado al cumplimiento de algunos presupuestos relativos a **(i)** la identificación del medio de convicción indebidamente valorado; **(ii)** *“la razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica”*; y, finalmente, **(iii)** la incidencia de la prueba en el fallo atacado.

A la luz de estos parámetros, esta Sala de Sección estima que si bien la identificación de la prueba genera algunas dudas, puesto que el demandante hace alusión a los *“diferentes informes de cumplimiento de metas de la Unidad de Justicia y Paz”* –sin agregar información adicional al respecto– lo cierto es que el documento al que hace referencia corresponde al informe de auditoría de 29 de marzo de 2011, en el que se expresa que la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz alcanzó el 100% de los objetivos trazados.

Lo anterior, conlleva concluir que, en el asunto de autos, la parte actora cumple con los requisitos que permiten adentrarse en el fondo de este cuestionamiento.

En lo que respecta la valoración probatoria de ese medio de convicción, la Sección Segunda – Subsección “B” del Consejo de Estado estimó lo que se reproduce a continuación:

“Ahora bien, el demandante también funda su inconformidad en que no se valoró el Informe de Auditoría realizada a la Unidad Nacional de Fiscalías

³⁶ Ver al respecto, Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C.P: Alberto Yepes Barreiro. Sentencia de dos (2) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01277-01. Actor: Miguel Rafael Angulo Estrada.



para la Justicia y Paz (ff. 115 - 119), de acuerdo al informe presentado el 29 de marzo de 2011, en el que se concluyó que el nivel de cumplimiento fue del 100%, obteniendo un resultado como sobresaliente.

Al respecto, la Sala ha de manifestar, respecto de este medio probatorio, que si bien allí se evaluó el cumplimiento del Plan Operativo Anual para la **vigencia 2010** en la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, en que el resultado fue sobresaliente de acuerdo a los criterios de evaluación allí dispuestos, se trató de un estudio realizado en conjunto a la Unidad de la cual hacía parte el señor Vaca Méndez, lo cual no logra demostrar que las razones incorporadas en el acto de insubsistencia no fueran ciertas; **se trató de un estudio realizado al interior de la Unidad, en forma general y no en forma individual a quienes hacían parte de ella**; de tal suerte que no se puede tener como argumento suficiente, para desvirtuar los motivos en los que se basó el acto de insubsistencia, tal y como así lo encontró también probado el juez de primera instancia.” (Negrilla fuera de texto)

Del aparte transcrito se colige que aunque la Judicatura accionada reconoce que el informe de auditoría da cuenta del cumplimiento total del Plan Operativo Anual de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, explica igualmente que este resultado es el producto de un análisis general, pero no individual de la situación del demandante, por lo que considera que no dispone de la entidad jurídica necesaria para controvertir las razones que fundaron el acto de retiro de éste.

A la manera como lo estimó la parte actora, la Sala observa que la apreciación probatoria ofrecida por la Sección Segunda – Subsección “B” del Consejo de Estado presenta, en principio, **una cierta contradicción**, pues si el estudio que determinó el cumplimiento de las metas y propósitos establecidos en el Plan Operativo Anual, fue desarrollado globalmente en esa dependencia del ente acusador, y sus conclusiones fueron satisfactorias en un 100%, ello significa que cada una de las Fiscalías que conforman la Unidad para la Justicia y la Paz habían alcanzado sus objetivos.

Sin embargo, **esta sola circunstancia no permite infirmar la sentencia de 6 de julio de 2017**, proferida por la autoridad judicial censurada, por cuanto el informe de auditoría indebidamente valorado se limitó a la vigencia 2010 y, por consiguiente, no comprendió la totalidad del periodo en que el tutelante hizo parte de esa Unidad de Fiscalías.



Como se desprende del expediente ordinario, el señor Vaca Méndez fue trasladado a la Unidad Nacional de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, mediante Resolución 2-0867 de 10 de abril de 2008 y desempeñó el cargo de fiscal delegado ante Tribunal, de manera ininterrumpida, hasta el 7 de abril de 2011, fecha en la que se le ordenó reasumir sus funciones como fiscal delegado ante los jueces del Circuito –Resolución 0-0995– acto administrativo que fue posteriormente revocado mediante Resolución 0-1384 de 30 de mayo de 2011, cuya vigencia se extendió hasta el 29 de julio de esa misma anualidad³⁷.

Lo anterior significa que el empleo público fue ejercido por el demandante durante, aproximadamente, 38 meses, de los cuales el informe de auditoría cobijó solo 12, motivo por el que las conclusiones que razonablemente podían desprenderse de aquel no resultan predicables para todo el periodo, respecto del cual sí existió en el plenario un informe de gestión para el caso específico del accionante.

Al respecto, la sentencia de 6 de julio de 2017 expresó en ese sentido:

“De la misma forma, obra copia del “Informe de Gestión a marzo de 2011” (f. 170) correspondiente al señor Jorge Humberto Vaca Méndez, entre el 10 de abril de 2008 a marzo de 2011, en la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, en el que se observa que:

“UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍAS PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ

INFORME DE GESTIÓN A MARZO DE 2011

JORGE HUMBERTO VACA MÉNDEZ

<i>INGRESO:</i>	<i>10 DE ABRIL DE 2008 A MARZO 2011</i>
<i>FISCAL 58 DE JUSTICIA Y PAZ</i>	
<i>POSTULADOS PRIVADO DE LIBERTAD</i>	<i>42</i>
<i>VERSIONES LIBRES INDIVIDUALES</i>	<i>27</i>
<i>FORMULACION (sic) DE IMPUTACIÓN</i>	<i>4</i>
<i>HECHOS EN F. IMPUTACION (sic)</i>	<i>126</i>
<i>FORMULACION (sic) DE CARGOS</i>	<i>0</i>
<i>HECHOS EN F. DE CARGOS</i>	<i>0</i>
<i>LEGALIZACION (sic) DE CARGOS</i>	<i>0</i>
<i>HECHOS EN LEGALIZACION (sic) DE CARGOS</i>	<i>0</i>

³⁷ Como consecuencia de la expedición de la Resolución 0-1955 de 29 de julio de 2011, por medio de la cual se lo declaró insubsistente.



INICIALMENTE FUE ASIGNADO COMO FISCAL 29 EN EL TEMA DE SUBVERSIÓN DE ABRIL DE 2008 A ENE 2010, ESTUVO 38 DIAS (sic) EN VERSION (sic), NO REALIZO (sic) IMPUTACIONES NI FORMULACION (sic) DE CARGOS.

EN FEBRERO DE 2010 FUE TRASLADADO A VALLEDUPAR COMO FISCAL 58, A LA FECHA EN ESE DESPACHO HA ESTADO 71 DIAS (sic) EN VERSION LIBRE, POR ESTADISTICA (sic) REPORTADA AL GRUPO DE TRABAJO 30. RADICO (sic) 3 SOLICITUDES DE IMPUTACION (sic) DE 3 POSTULADOS CON 82 HECHOS.

(...)

De lo antes relacionado, **se observa que al expediente se allegaron diversos medios probatorios tendientes a demostrar**, que el demandante no desempeñaba sus funciones en forma eficiente, y se evidenció las múltiples falencias en el cumplimiento de las funciones asignadas al cargo para el cual fue nombrado, conclusiones a las cuales llegó la entidad, al revisar las estadísticas presentadas por el demandante, y que fueron el motivo para expedir el acto de desvinculación. Entonces, la Sala observa que no es cierto que no existieran pruebas que demostraran un bajo rendimiento en el ejercicio del cargo, de tal suerte que el acto de insubsistencia, propendió fue por el mejoramiento en el 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).” (Negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, la Sala desestima el cuestionamiento probatorio elevado por la parte actora, pues aunque existió una valoración poco apropiada del informe de auditoría de 29 de marzo de 2011 por parte de la Sección Segunda – Subsección “B” del Consejo de Estado, lo cierto es que esta posible falencia no cuenta con la incidencia para dejar sin efectos el fallo de 6 de julio de 2017, censurado.

5.2. Del presunto desconocimiento del precedente constitucional

En lo que respecta a este cargo, la parte actora expresa que la autoridad judicial accionada “*debió seguir*” las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia SU–917 de 2010, en el sentido de exigir la motivación del acto de insubsistencia.

La Sala anticipa que, contrario a lo manifestado por el accionante, la decisión de 6 de julio de 2017, fue respetuosa de la línea jurisprudencial establecida por el Alto Tribunal Constitucional, pues consideró que el retiro de los funcionarios debía estar mediado por



una argumentación adecuada, para lo cual trajo a colación algunos apartes del fallo de unificación presuntamente pretermitido.

Al respecto, la Judicatura accionada manifestó:

“Ahora bien, por ostentar un nombramiento en provisionalidad y 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 2007³⁸, se estableció que para los casos de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, *“el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas”*³⁹.

Bajo estos supuestos, 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, debió darse mediante acto administrativo motivado, por razones del servicio y con el fin de salvaguardar el debido proceso.

En el mismo sentido, 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:...” (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, cosa distinta es que la autoridad judicial demandada consideró que, habida cuenta del material probatorio arrimado al plenario, el acto de insubsistencia del señor Vaca Méndez se encontraba debidamente sustentado, por lo que confirmó la negativa de las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. De allí que la configuración de este yerro deba ser desestimada.

³⁸ Sentencia C – 279 de 2007 de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁹ *Ibíd.* “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.”



5.3. De la violación directa de la Constitución

La materialización de este cuestionamiento tendría lugar en el fallo de 6 de julio de 2017, censurado, ya que el accionante no contó con la posibilidad de controvertir las calificaciones dadas por el Observatorio de Gestión de la Unidad Nacional de la Fiscalía para la Justicia y la Paz, sobre las cuales se fundó el acto administrativo de insubsistencia.

Al respecto, la parte actora adujo:

“El observatorio a la Gestión de la Unidad Nacional de la Fiscalía para la Justicia y Paz es una entidad desistitucionalizada (sic), que aparentemente actúa de manera secreta; los fiscales no conocen su composición y pero aún sus calificaciones resultan ser secretadas, no hay derecho a contradicción, pero en una extraña actividad de la fiscalía, supuestamente se apoya en sus calificaciones.”⁴⁰

Por otro lado, refirió que, en un asunto como el presente, la autoridad judicial accionada debió percatarse de que el mencionado observatorio nunca existió, por lo que las conclusiones que este pudo erigir para fundar los actos de retiro al interior de la Fiscalía, debían ser tenidos como falsos argumentos.

Bajo este marco litigioso, la Sala encuentra que los cuestionamientos formulados no disponen de la entidad jurídica suficiente para infirmar la sentencia de 6 de julio de 2017, por las razones que pasan a exponerse:

- **La autoridad demandada se percató de la inexistencia del Observatorio de Gestión de la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz**

La lectura detenida del fallo cuestionado permite sostener que el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “B” fue consciente de que las conclusiones que fundaron el acto de insubsistencia del demandante, no fueron el producto de la labor desarrollada por una institución en particular, sino la puesta en marcha de los poderes de revisión de la Jefe de la Unidad para la Justicia y Paz.

⁴⁰ Folio 3.



En ese sentido, la sentencia censurada reprodujo algunos apartes de la respuesta dada por la Oficina Jurídica de la Fiscalía a la petición elevada por el actor –entre otros– en la que se le informó lo siguiente:

“Los anteriores argumentos, fueron apoyados mediante la respuesta al derecho de petición elevado por el demandante, entre otros solicitantes, obrante a folios 108 a 114 del expediente, en el que 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:

“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:

PRIMERO: No existe ningún acto administrativo que hubiese ordenado la realización de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz de un observatorio a la gestión de manera explícita. Sin embargo, resulta pertinente aclararle a los peticionarios, que el observatorio de la gestión, no es más que el resultado de la revisión y análisis de la gestión de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz por parte de la Jefe de la Unidad, presentado a la entonces Fiscal General de la Nación, Doctora Viviane Morales Hoyos, conforme a las estadísticas presentadas por cada uno de los Fiscales pertenecientes a esa Unidad a Nivel Nacional, actividad que claramente se encuentra definida en las correspondientes resoluciones de insubsistencia.

(...)”

De lo anterior este juez de tutela advierte que las razones que motivaron la expedición del acto de insubsistencia del actor tuvieron como fuente directa las facultades de revisión y análisis atribuidas a la Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, por lo que no asiste razón al recurrente, cuando afirma que la autoridad judicial demandada omitió apreciar que el Observatorio de Gestión “*nunca existió*” y, por consiguiente, que las consideraciones adoptadas en el acto de retiro deban ser entendidas como “*falaces*”.

- No existe vulneración del derecho de defensa

La Resolución 0-1955 de 29 de julio de 2011, por medio de la cual se declaró la insubsistencia del señor Vaca Méndez en el cargo de fiscal delegado ante los Tribunales de Justicia y Paz, no fue en sede administrativa pasible de recurso alguno⁴¹. De allí que la única vía

⁴¹ Folio 2 Cuaderno 1 del expediente ordinario. “En la ciudad de Valledupar, (...) se hace entrega en forma personal al doctor JORGE HUMBERTO VACA MÉNDEZ, identificado (...) del contenido de la Resolución No. 0-1955 del 29 de julio de 2011, Se (sic) le informa que contra la decisión



con la que contaba el actor para cuestionar los fundamentos de su acto de retiro fuera la judicial, como efectivamente lo realizó.

En conclusión, para esta Sala es claro que lo que el actor pretende en sede constitucional, es revivir el debate resuelto por el juez natural, como si se tratara de una tercera instancia, desconociendo que el juez de tutela debe respetar la autonomía del primero, sin imponer su criterio, salvo que encuentre configurado un defecto que lo obligue a intervenir, situación que no se advierte en el caso concreto.

Por lo expuesto, esta Sala confirmará parcialmente la decisión del *a quo* en lo que respecta el presunto desconocimiento del “precedente contencioso” erigido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero por las razones expuestas en este proveído –incumplimiento del presupuesto adjetivo de la subsidiariedad–; revocará en los demás aspectos la sentencia de 8 de febrero de 2018, proferida por la Sección Cuarta para, en su lugar, negar las pretensiones de la acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR parcialmente la sentencia de 8 de febrero de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en lo que concierne el cargo de “desconocimiento del precedente contencioso”, pero por las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR en los demás aspectos la providencia de 8 de febrero de 2018, por medio de la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró la improcedencia de la acción de tutela, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales deprecado por el señor **JORGE HUMBERTO VACA MÉNDEZ** con

que en él se contiene, no procede recurso alguno de conformidad a lo establecido en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo.”



fundamento en los motivos esgrimidos en las consideraciones de esta sentencia.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

