

ACTO DE INSUBSISTENCIA DE FISCAL EN PROVISIONALIDAD POR NOMBRAMIENTO DEL REEMPLAZO EN PERIODO DE PRUEBA / FALSA MOTIVACIÓN - Por acreditarse que el reemplazo fue nombrado en periodo de prueba en un despacho distinto.

La razón de la terminación del nombramiento en provisionalidad de la actora fue la designación en período de prueba del señor (...), es decir, que este nombramiento es la causa por lo que se produce el efecto: la insubsistencia. Por ello, si el motivo tiene por objeto demostrar el ejercicio correcto del poder discrecional, debe existir la conexión necesaria de él con la conclusión del acto; por lo que la **falsa motivación**, como lo ha predicado la doctrina, concierne a la realidad fáctica y jurídica del acto administrativo. Al respecto, en el oficio 152 de 23 de mayo de 2011, del secretario administrativo (e.), de la Fiscalía General de la Nación, (...), se demuestra que el señor (...) no ocupó en período de prueba la fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá de la que era titular la demandante (en provisionalidad), o sea, la distinguida con el número 29, sino la 46, (...) De tal suerte que la Resolución 0-4762 de 24 de septiembre de 2009, del fiscal general de la nación (e.), cumple, desde el punto de vista formal, la condición de señalar los motivos; pero estos no corresponden a la realidad, tanto fáctica como jurídica, puesto que el señor Pablo José Torres Cruz no se posesionó en el despacho que desempeñaba la accionante, esto es, la Fiscalía 29 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, sino la 46, lo que hace que el acto no se produjera en aras del buen servicio y, por ende, se configure la falsa motivación, que, con arreglo al artículo 84 del CCA, es causal de invalidez de este.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 84.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER

Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00317-01(2769-13)

Actor: MARÍA ROCÍO CORTÉS VARGAS

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Insubsistencia cargo de carrera administrativa en provisionalidad al proveer lista de elegibles convocatoria 004-2007

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la accionada contra la sentencia de 19 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección A), que accedió de manera parcial a las pretensiones del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 Acción (ff. 261-292). La señora María Rocío Cortés Vargas, por conducto de apoderada, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra la Nación-Fiscalía General de la Nación para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.1.1 Pretensiones. 1) La actora aspira a que se declare la nulidad de la Resolución 0-4762 de 24 de septiembre de 2009, del fiscal general de la nación (e.), «Por medio de la cual se da por terminado un nombramiento en provisionalidad y se efectúa un nombramiento en período de pruebas», cuyo retiro se hizo efectivo el 29 de los mismos mes y año.

2) Que, como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la accionada su reintegro al cargo del que fue retirada [fiscal delegado ante tribunal de distrito], o a otro de igual o superior categoría, a partir del 29 de septiembre de 2008, y reconocer y pagar los sueldos, primas, prestaciones, y, en general, todos los emolumentos dejados de percibir como consecuencia del acto anulado, desde la fecha en que se hizo efectivo y hasta el cumplimiento de la sentencia. Igualmente, reparar los perjuicios morales y psicológicos que se estiman en la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3) Que, para todos los efectos legales, se declare que no ha existido solución de continuidad por el período antes anotado.

4) Que las condenas sean ajustadas, en los términos del artículo 178 del CCA, hasta la ejecutoria de la sentencia, y, además, se dé aplicación a las preceptivas consagradas en los artículos 176 y 177 del citado código.

5) Que se ordene el reconocimiento y pago de las costas y agencias en derecho.

1.1.2 Fundamentos fácticos (ff. 263-271). Relata la accionante, en extracto, que, el 15 de noviembre de 2001, se vinculó con la entidad demandada como directora seccional administrativa y financiera, empleo que desempeñó hasta el 2 de febrero de 2004, cuando se posesionó de directora seccional de fiscalías de Cartagena, y, luego, el 2 de mayo de 2005, asumió el cargo de fiscal ante tribunal de distrito de la unidad delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena.

Tiempo después, el 10 de febrero de 2006, fue trasladada a esta ciudad en calidad de fiscal 29 de la dirección seccional de fiscalías. Y, en ejercicio de ese empleo, se le encargó el 27 de octubre de 2008 como jefe de la unidad delegada ante el tribunal de distrito, de la dirección seccional de fiscalías de Bogotá, sin separarse de las funciones propias de fiscal 29, que ocupó hasta la fecha en que se hizo efectiva su desvinculación, por medio de Resolución 0-4762 de 24 de septiembre de 2009, «Por medio de la cual se da por terminado un nombramiento en provisionalidad y se efectúa un nombramiento en período de prueba».

Además, se consignó «en la parte motiva que se contaba con un Registro Definitivo de Elegibles en firme para proveer los 52 cargos de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito sometidos a concurso de méritos, de conformidad con la convocatoria 004-2007. Se consignó también el mencionado acto administrativo: “Que se hace necesario realizar el nombramiento en período de prueba la doctor PABLO JOSE TORRES CRUZ, quien ocupa el puesto Nro. 22 dentro del Registro Definitivo de Elegibles”» [sic para toda la cita] (f. 264).

Sin embargo, el doctor Torres Cruz no ocupó el cargo de fiscal 29 ni tampoco asumió la carga laboral de este, «[...] que como Jefe de Unidad, adicional a la de su Despacho como Fiscal 29, venía atendiendo la Doctora MARÍA ROCÍO CORTÉS VARGAS. Es más, quien reemplazó a la doctora CORTÉS VARGAS en el cargo de Fiscal Jefe o Coordinadora de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Bogotá, fue la doctora MARTHA LUZ REYES, funcionaria

que perdió la prueba, es decir, no pasó el concurso de méritos» (sic para todo el texto) [f. 265].

1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado las siguientes: los artículos 2, 6, 13, 25, 29, 83, 123, 125 y 253 de la Constitución Política; 2 y 36 del Código Contencioso Administrativo (CCA); Leyes 153 de 1887, 790 de 2002, 909 y 938 de 2004, y Circular 52 de 24 de septiembre de 2009.

El concepto de la violación reside, en esencia, en que la terminación del nombramiento en provisionalidad de la actora fue para designar en período de prueba al doctor Pablo José Torres Cruz, funcionario que no recibió el despacho de fiscal 29 ni su carga laboral, por lo que se infiere que la emisión de este acto administrativo (Resolución 0-4762 de 2009) no fue para mejorar el servicio; por lo tanto, al expedirse este se incurrió en los vicios de desvío de poder y falsa motivación, pues «el doctor Torres Cruz, no ocupó el cargo de fiscal 29, ni tampoco asumió la carga laboral del mismo, y mucho menos la carga laboral que como Jefe de Unidad [...]Es más, quien reemplazó a la doctora CORTES VARGAS en el cargo de Fiscal Jefe o Coordinadora de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Bogotá, fue la doctora MARTHA LUZ REYES funcionaria que perdió la prueba, es decir, no pasó el concurso de méritos» (f. 265).

1.2 Contestación de la demanda (ff. 302-325). La entidad accionada se opone a las pretensiones de la demanda porque no existe vulneración de los derechos alegados por la accionante: tuvo la oportunidad de participar en el concurso y de ejercer sus derechos para continuar en el cargo que hoy discute. Su desvinculación obedece a la implementación del sistema de carrera administrativa, esto es, para nombrar a quien se encuentra en el registro de elegibles en el orden de mérito que corresponde para ser nombrado, y la Administración motivó el acto administrativo de separación, por lo que no hay vulneración al debido proceso.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección A), en sentencia de 19 de julio de 2012, accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda, sin condenar en costas, al estimar que el retiro de la demandante,

como funcionaria en provisionalidad, se hizo por medio de un acto administrativo motivado (Resolución 0-4762 de 24 de septiembre de 2009), con el fin de proveer su cargo mediante nombramiento en propiedad, a través de la lista de elegibles; y, en tal orden, se nombró para su reemplazo al señor Pablo José Torres Cruz. Sin embargo, este no ingresó a la planta de personal a reemplazar a la accionante como fiscal delegada 29 ante el Tribunal Superior de Bogotá, sino que fue nombrado o adscrito a la Fiscalía Delegada 46 ante esa Corporación, tal como lo certificó el secretario general administrativo de la Fiscalía General de la Nación (ff. 484-485). Por consiguiente, es clara la falsa motivación del acto administrativo demandado. En efecto, podría afirmarse que se configuró, desde el punto de vista formal, una proposición jurídica válida; pero sustancialmente falsa.

Como consecuencia de lo que precede, ordenó a la accionada, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro de la actora al mismo empleo u otro de igual o superior categoría y el reconocimiento, liquidación y pago, de manera indexada, mes a mes, de todos los sueldos y prestaciones sociales dejadas de percibir durante el lapso del retiro del servicio, sin solución de continuidad. El reintegro procede si el cargo de fiscal delegado ante tribunal de distrito aún se encuentra sin proveer en propiedad; en caso contrario, el restablecimiento se circunscribirá «al reconocimiento de los sueldos y prestaciones sociales entre la fecha del retiro del servicio y el día anterior en que hubiere tomado posesión el fiscal que se hubiere nombrado en propiedad» (ff. 563-577).

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia en que aduce, en esencia, que el señor fiscal general de la nación (e.), en uso de sus facultades legales, y, en especial, las que le confiere el artículo 251 de la Constitución Política, expidió el acto administrativo que declaró insubsistente a la accionante, pues ella no se encontraba en carrera administrativa y su nombramiento y posesión era en provisionalidad.

Por ello, la actora, en el momento de ser declarada insubsistente en el cargo de fiscal delegada ante tribunal de distrito, no ostentaba la calidad de servidora de carrera, como tampoco era empleada de período fijo ni estaba amparada por algún fuero que le diera estabilidad relativa en el cargo; por consiguiente, su

situación era la de un funcionario de libre nombramiento y remoción, a sabiendas que su designación era en provisionalidad.

De hecho, el fiscal general de la nación (e.) expidió el acto administrativo de insubsistencia, con fundamento en que la demandante no se presentó al concurso de méritos convocado para proveer los 52 cargos de fiscal delegado ante tribunal de distrito, de conformidad con la convocatoria 004-2007, y, por lo tanto, no forma parte del registro definitivo de elegibles.

Y al encontrarse en situación de provisionalidad, al igual que otros funcionarios, fue desvinculada. El trámite de nombramientos por registro de elegibles «se realizó de manera progresiva, y que las insubsistencias se presentan de la misma manera, paulatinamente, cuando se trata de cargos ocupados en provisionalidad, de conformidad el acuerdo No. 007 de Noviembre 24 de 2008, expedido por la Comisión Nacional de Administración de Carrera, mediante la cual conformó y publicó el registro definitivo de elegibles».

En este orden de ideas, no se probó circunstancia alguna que evidencie una situación de particular importancia que lleve a derivar que se presentó una persecución laboral o una causal distinta al buen servicio público (desviación de poder), las pruebas no refieren de manera clara e inequívoca a razones ajenas al servicio; por eso, la presunción de legalidad del acto impugnado se encuentra incólume (ff. 579-595).

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la accionada fue concedido ante esta Corporación en audiencia de conciliación de 17 de mayo de 2013 (ff. 628-629), y se admitió por proveído de 15 de agosto siguiente (f. 633); y, después, en providencia de 25 de septiembre del mismo año, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 639), oportunidad aprovechada solo por las primeras.

La accionante (ff. 640-644). Expone que la defensa de la entidad demandada, sin controvertir el núcleo del fundamento de la sentencia de primera instancia, hace un gran esfuerzo por presentar el acto demandado como una facultad discrecional

del fiscal general de la nación, en aras de garantizar el buen servicio, que le permitía proveer los 52 cargos de fiscal delegado ante el tribunal del distrito, sometidos a concurso de méritos, conforme a la convocatoria pública 004-2007, y que tales nombramientos fueron provistos de la lista de elegibles de manera progresiva y paulatina.

Tal afirmación no solo es contraria a la verdad probatoria, sino que carece de sustento, pues se insiste que lo que se demostró dentro del proceso fue que el cargo fue ocupado por la señora Martha Luz Reyes, quien nunca hizo parte de la mentada lista de elegibles, y que el doctor Pablo José Torres Cruz cuyo supuesto nombramiento justificaba la terminación en provisionalidad del empleo de la actora; en realidad, ocupó la Fiscalía 46 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, y, en efecto, se configuró lo que atinadamente señala el Tribunal Administrativo de Cundinamarca como una falsa motivación por una «posición jurídica formalmente válida pero, sustancialmente falsa porque no sólo no fue nombrado en el cargo de fiscal 29 que desempeñaba la demandante sino, que tampoco le fueron asignadas las funciones que ésta cumplía como Fiscal 29 Delegada ante el Tribunal».

La demandada (ff. 645-661). Reproduce los argumentos expuestos en el recurso de apelación, y, entre otros, afirma que «al encontrarse en situación de provisionalidad [la actora], al igual que otros funcionarios que se encuentran en la misma situación, ha sido desvinculada. Vale la pena destacar, que el trámite de nombramientos por registro de elegibles se realizó de manera progresiva, y que las insubsistencias se presentan de la misma manera, paulatinamente, cuando se trata de cargos ocupados en provisionalidad, de conformidad el acuerdo No. 007 de Noviembre 24 de 2008, expedido por la Comisión Nacional de Administración de Carrera, mediante la cual conformo y publico el registro definitivo de elegibles» (sic para toda la cita).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 129 del CCA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

5.2 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar, en

los términos del fallo de primera instancia y del recurso de apelación formulado, ¿si la decisión del fiscal general de la nación (e.) de declarar insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la demandante, en el cargo de fiscal delegado ante tribunal de distrito, fue ajustada a derecho, sin que se haya incurrido en causal de nulidad?

5.3 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Fotocopias de Resolución 0-1395 de 15 de abril de 2005, del fiscal general de la nación, por medio de la cual se nombró en provisionalidad a la accionante en el cargo de fiscal delegado ante tribunal de distrito de la dirección seccional de fiscalías de Cartagena, y acta 398 de la respectiva posesión, de 2 de mayo del mismo año (ff. 11-12).

b) Fotocopia de Resolución 2-0349 de 10 de febrero de 2006, de la secretaria general de la Fiscalía General de la Nación, en que se traslada a la actora a la dirección de fiscalías de Bogotá como fiscal ante tribunal de distrito (f. 13).

c) Fotocopia de Resolución 101 de 22 de febrero de 2006, de la directora seccional de fiscalías de Bogotá, por medio de la cual adscribe a la demandante como fiscal 29 delegada ante Tribunal Superior de esta ciudad (ff. 14-15).

d) Fotocopia de acta de posesión 1234, de 27 de octubre de 2008, de la accionante con el carácter de fiscal 30 delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá (f. 16).

e) Fotocopia de Resolución 0-4762 de 24 de septiembre de 2009, del fiscal general de la nación (e.), «Por medio de la cual se da por terminado un nombramiento en provisionalidad y se efectúa un nombramiento en período de prueba» (ff. 6-8).

f) Oficio 152 de 23 de mayo de 2011, del secretario administrativo (e.) de la Fiscalía General de la Nación, dirigido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca

(sección segunda, subsección A), en el que informa que el doctor Pablo José Torres Cruz fue adscrito a la Fiscalía 46 de la dirección seccional de fiscalías de Bogotá (ff. 484-485).

De las pruebas que obran en el expediente, se colige que la accionante fue nombrada, en provisionalidad, como fiscal delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, por Resolución 1395 de 15 de abril de 2005, del fiscal general de la nación, y del cual tomó posesión el 2 de mayo siguiente, de conformidad con el acta 398.

Después, por Resolución 2-0349 de 10 de febrero de 2006, de la secretaria general de la Fiscalía General de la Nación, se le traslada a esta ciudad, en igual empleo ante el Tribunal Superior de Bogotá, y por Resolución 101 de 22 de febrero de ese año, de la directora seccional de fiscalías de Bogotá, se le adscribe como fiscal 29 delegada ante Tribunal Superior. Posteriormente, se le encarga también, fuera de las funciones propias, de las de la Fiscalía 30 ante la mencionada Corporación, mediante Resolución 1584 de 27 de octubre de 2008, las cuales ejerció hasta su desvinculación, ocurrida el 24 de septiembre de 2009, por medio de Resolución 0-04762, del fiscal general de la nación (e.).

La Fiscalía General de la Nación, a través de convocatoria 004-2007, de 12 de septiembre de 2007, invitó a participar en concurso de méritos para proveer, entre otros, 52 empleos de carrera administrativa de fiscal delegado ante tribunal de distrito, y del cual la actora, en su condición de provisional, no lo hizo. Por ello, el acto administrativo que da por terminado su nombramiento en provisionalidad alude, en sus consideraciones, a esa circunstancia, y en su reemplazo manifiesta que designa «en período de prueba al doctor PABLO JOSE TORRES CRUZ, quien ocupa el puesto No. 22 dentro del Registro Definitivo de Elegibles, contenido en el Acuerdo No. 007 de 2008, para el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL DE DISTRITO» (f. 7).

Sobre este acto administrativo, que es el acusado en esta acción, el *a quo* se pronunció en el sentido de desvirtuar su presunción de legalidad por haber sido expedido mediante falsa motivación, decisión que solo fue recurrida por la accionada, que orienta las razones de su inconformidad, entre otras, en la no obligatoriedad de motivar los actos administrativos que declaren insubsistente a un

servidor provisional, y no en **falsa motivación**, así: «[...] la declaratoria de insubsistencia, como se ha determinado, es parte de la facultad discrecional que permite elegir a la persona que va a desempeñar un cargo o separar de uno a quien viene desempeñándolo y como voluntad administrativa tiene una causa: El buen servicio. En este sentido el Honorable Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos ha expresado.

[...]

...Cuando se produjo la resolución enjuiciada el señor (...) era empleado sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, no estaba inscrito ni escalafonado en carrera, no gozaba de período fijo, no tenía fuero de relativa estabilidad ni permanencia; podía entonces ser declarado insubsistente en cualquier momento, sin motivar la providencia, que se presume expedida en procura del buen servicio pues goza de la presunción de legalidad...(Se subraya).¹

[...]»

Como se puede ver, la alzada está enderezada a demostrar que el acto acusado [Resolución 0-4762 de 24 de septiembre de 2009, del fiscal general de la nación (e.)] no necesitaba de motivación para declarar insubsistente a la demandante, en su condición de provisional, puesto que el ejercicio de la facultad discrecional no es arbitrario cuando se busca la finalidad específica del bien común que persigue toda actuación de la Administración pública; no obstante, la cuestión decidida en la sentencia de primera instancia —se repite— se circunscribe a la **falsa motivación**, que consiste para el juzgador, como lo explica el tratadista Luis Enrique Berrocal Guerrero, en su conocida obra *Manual del acto administrativo*, en «un problema probatorio, de confrontación de dos extremos, como son lo dicho en el acto y la realidad fáctica y/o jurídica atinente al mismo, con miras a comprobar la veracidad».²

De ahí que debe dejarse en claro que, conforme al artículo 350 del Código de Procedimiento Civil (CPC), «El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la **cuestión decidida** en la providencia de primer grado y la revoque o reforme», es decir, que el recurrente dirija su oposición a los argumentos que se tuvieron en cuenta para tomar la determinación, y no aducir

¹ Sentencia de 18 de mayo de 1993. Consejera ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas. Tomada de la Gaceta jurisprudencial No. 8 julio-agosto de 1993. Editorial Leyer. Pág. 78

² Luis Enrique Berrocal Guerrero. *Manual del acto administrativo*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004. p. 344.

razones distintas a ellos, tal como demostrar, en el *sub examine*, que no hubo falsa motivación (negrillas fuera de texto).

Así las cosas, la Sala comparte el fallo de primera instancia, que gira alrededor de la falsa motivación del acto administrativo que declaró insubsistente a la accionante, y para efectuar el análisis correspondiente, transcribe, a continuación, algunos de sus apartes relevantes así:

[...]

Que en la actualidad la Fiscalía General de la Nación cuenta con un Registro Definitivo de Elegibles en firme para proveer los 52 cargos de FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL DE DISTRITO, sometidos a concurso de méritos, de conformidad con la convocatoria 004-2007.

Que se hace necesario realizar el nombramiento en período de prueba al doctor PABLO JOSE TORRES CRUZ, quien ocupa el puesto No 22 dentro del Registro Definitivo de Elegibles, contenido en el Acuerdo No. 007 de 2008, para el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL DE DISTRITO.

Que mediante Resolución N° 0-1395 del 15 de abril de 2005 se nombró en provisionalidad a la doctora MARIA ROCIO CORTES VARGAS, con cédula de ciudadanía 35500562 en el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL DE DISTRITO de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá.

Que la doctora MARIA ROCIO CORTES VARGAS no se presentó al concurso de méritos convocado para proveer los 52 cargos de FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL DE DISTRITO, sometidos a concurso de méritos, de conformidad con la convocatoria 004-2007. Por lo tanto no forma parte del Registro Definitivo de Elegibles.

Que en consecuencia es necesario dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la doctora MARIA ROCIO CORTES VARGAS, con cédula de ciudadanía No. 35500562, en el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL DE DISTRITO de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, con el propósito de garantizar a quienes obtuvieron por mérito el derecho a ser nombrados e ingresar en período de prueba, de conformidad con el orden estricto de mérito establecido en el registro de elegibles correspondiente a la convocatoria 004-2007.

Que en mérito de lo anteriormente expuesto;

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO. - Nombrar en periodo de prueba por el término de tres (3) meses, en la planta global de la Fiscalía General de la Nación, área de fiscalías, en el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL DE DISTRITO, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá al doctor PABLO JOSE TORRES CRUZ, con cédula de ciudadanía No. 6769158, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTICULO SEGUNDO.- El doctor PABLO JOSE TORRES CRUZ, deberá tomar posesión del cargo dentro del término señalado en el Artículo 22 de la Resolución 0-1501 del 19 de abril de 2005, ante la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Bogotá, previa verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

ARTICULO TERCERO.- Si el doctor PABLO JOSE TORRES CRUZ obtiene calificación satisfactoria durante su período de prueba, será nombrado en propiedad en el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL DE DISTRITO e inscrito en el Registro Único de Carrera Administrativa. Si por el contrario, obtiene calificación no satisfactoria, será retirado del cargo, garantizándole el debido proceso.

ARTICULO CUARTO. - Como consecuencia del nombramiento establecido en el artículo primero de la presente Resolución, el nombramiento en provisionalidad de la doctora MARIA ROCIO CORTES VARGAS, con cédula de ciudadanía 35500562, quien desempeña el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL DE DISTRITO se entenderá terminado con la comunicación del presente acto administrativo (sic para toda la cita).

De lo que antecede se puede deducir que la razón de la terminación del nombramiento en provisionalidad de la actora fue la designación en período de pruebas del señor Pablo José Torres Cruz, es decir, que este nombramiento es la causa por lo que se produce el efecto: la insubsistencia. Por ello, si el motivo tiene por objeto demostrar el ejercicio correcto del poder discrecional, debe existir la conexión necesaria de él con la conclusión del acto; por lo que la **falsa motivación**, como lo ha predicado la doctrina, concierne a la realidad fáctica y jurídica del acto administrativo.

Al respecto, en el oficio 152 de 23 de mayo de 2011, del secretario administrativo (e.), de la Fiscalía General de la Nación, que obra en folios 484-485 del expediente, se demuestra que el señor Pablo José Torres Cruz no ocupó en período de prueba la fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá de la que era titular la demandante (en provisionalidad), o sea, la distinguida con el número 29, sino la 46, a saber: «[...] se informa que la Dirección Seccional de Fiscalías adscribió al doctor TORRES CRUZ a la Fiscalía No. 46 de esta Unidad y a él se le entregó la carga laboral que venía desempeñando ese despacho. El doctor TORRES CRUZ asumió funciones el 16 de octubre de 2009 conforme unas fotocopias de las estadísticas laborales rendidas en los meses de septiembre y octubre de 2009, las cuales se adjuntan a este escrito».

De tal suerte que la Resolución 0-4762 de 24 de septiembre de 2009, del fiscal general de la nación (e.), cumple, desde el punto de vista formal, la condición de señalar los motivos; pero estos no corresponden a la realidad, tanto fáctica como jurídica, puesto que el señor Pablo José Torres Cruz no se posesionó en el despacho que desempeñaba la accionante, esto es, la Fiscalía 29 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, sino la 46, lo que hace que el acto no se produjera en aras del buen servicio y, por ende, se configure la falsa motivación, que, con arreglo al artículo 84 del CCA, es causal de invalidez de este.

Además, se asegura en el hecho 7 de la demanda: «[...] Es más quien reemplazó a la doctora CORTES VARGAS en el cargo de Fiscal Jefe o Coordinadora de la Unidad de Fiscalía Delegadas ante el Tribunal Superior de Bogotá, fue la doctora MARTHA LUZ REYES, funcionaria que perdió la prueba, es decir no pasó el concurso de méritos» (f. 265), aserto que no fue refutado en el proceso por la entidad demandada, y lo cual añade más elementos de juicio para probar la falsa motivación.

En este orden, concluye la Sala que se desvirtúa la presunción de legalidad del acto acusado objeto del recurso de apelación [Resolución 0-4762 de 24 de septiembre de 2009, del fiscal general de la nación (e.)], razón por la cual se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, estima la Sala que ha de confirmarse el fallo de primera instancia, que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda.

Por último, la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, al haber intervenido en la primera instancia, como magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección A), al formar parte de la sala de decisión que, mediante auto de 7 de mayo de 2010, admitió la demanda y negó la suspensión provisional solicitada, se encuentra impedida para conocer la controversia en segunda instancia, conforme al artículo 160 del CCA [hoy 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)], en concordancia con el 141 del Código General del Proceso (CGP), tal como consta en providencia de 6 de julio de 2015 de esta Sección (ff. 667-670).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.º Confírmase la sentencia proferida el 19 de julio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección A), que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda incoada por la señora María Rocío Cortés Vargas contra la Nación-Fiscalía General de la Nación, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Impedida
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS