



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN n.º 19**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN
Radicación: 11001-03-15-000-2021-11456-00
Demandante: JAVIER ORLANDO TAMAYO PERDOMO
Demandada: NACIÓN, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Temas: Causales de revisión 1 y 5 del artículo 250 del CPACA. Documento decisivo recobrado o encontrado después de dictada la sentencia. Nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso, contra la que no procede recurso de apelación.

SENTENCIA

CE-SED19-004-2022

1. ASUNTO

La Sala Especial de Decisión n.º 19 resuelve el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo en contra de la Fiscalía General de la Nación, en el que pretende se invalide la sentencia del 4 de febrero de 2021 proferida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 500012331000201100732 01 (2135-2018).

2. ANTECEDENTES

2.1. Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho¹

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo presentó demanda contra la Nación, Fiscalía General de la Nación. En ella formuló las siguientes **pretensiones**:

- (i) Que se declare la nulidad de la Resolución 0-1657 de 5 de julio de 2011, por medio de la cual la Fiscal General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad como fiscal delegado ante el Tribunal del Distrito de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz sede Villavicencio.

¹ Ff. 1-22, expediente del proceso ordinario.



(ii) A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al mismo cargo o a uno de superior categoría, sin solución de continuidad; el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de su desvinculación, con la correspondiente indexación. De igual forma, pidió dar aplicación a la sentencia en los términos de los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Como **sustento fáctico** de sus pretensiones indicó que durante varios años estuvo vinculado a la Fiscalía General de la Nación, inicialmente como fiscal delegado ante los jueces penales municipales, luego ante jueces del circuito; regionales; especializados y, finalmente, ante el Tribunal Superior del Distrito. En efecto, a través de la Resolución 0-1165 de 13 de marzo de 2008 fue nombrado en provisionalidad en el cargo de fiscal delegado ante el Tribunal del Distrito de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz, sede Villavicencio.

Explicó que, en razón de su cargo y perfil profesional, le fueron asignada sendas investigaciones de connotación nacional, relacionadas con violaciones al derecho internacional humanitario y que implicaban un alto riesgo en razón de las organizaciones criminales involucradas en ellas. Además, señaló que a lo largo de su trayectoria como fiscal fue formador de otros servidores de la entidad, recibió capacitaciones de organismos internacionales y destacó por el cumplimiento de las metas propias del cargo.

Es así que los días 26 y 27 de mayo de 2011, en un encuentro de fiscales de Justicia y Paz en el que se revisó la gestión de los servidores, el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo fue quien demostró mejores resultados en el cargo que ocupaba.

Indicó que, pese a ello, fue declarado insubsistente a través de la Resolución 0-1657 del 5 de julio de 2011, la que justificó la decisión señalando que la gestión del demandante no había arrojado un resultado acorde con la prontitud y eficiencia que requiere la entidad a efectos de cumplir los objetivos de la Ley 975 de 2005. En línea con ello, el acto advirtió que la declaratoria de insubsistencia propendía por el correcto funcionamiento del servicio público. En su remplazo, fue designada la señora Yamile Eugenia Arciniegas Ochoa.

Según el demandante, un hecho que demuestra la arbitrariedad de la entidad pública demandada en el manejo de su personal es que, el 13 de abril de 2011, le comunicaron su nombramiento en propiedad como fiscal delegado ante los jueces penales municipales, en razón de un concurso que había tenido lugar en el año 1994. Explicó que decidió no tomar posesión de dicho cargo pues su gestión como fiscal delegado ante el Tribunal era diligente y responsable, como lo demostraban las estadísticas, y además porque ello supondría una desmejora en sus aspiraciones laborales.



Como **normas violadas** identificó los artículos 1, 2, 13, 15, 25, 83, 121, 125 y 209 de la Constitución Política. Según el **concepto de violación**, la transgresión de las disposiciones anotadas se tradujo en la configuración de los siguientes vicios de nulidad:

- *Desviación de poder.* Adujo que se configuraba toda vez que, al declarar la insubsistencia en el cargo del demandante, la Fiscalía General de la Nación extralimitó el marco dentro del cual le era dado actuar, desconociendo que a lo largo de su carrera profesional en la entidad el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo «[...] dio muestras inequívocas de vocación de servicio y capacidad para ejercer las labores propias de su cargo al haber asumido compromisos de alto riesgo» y gran importancia tanto en el ámbito nacional como en un contexto internacional, especialmente en materia de lucha contra el terrorismo.

De acuerdo con ello, sostuvo que, en su caso, el ejercicio de la facultad discrecional que le asistía al nominador para desvincularlo no fue proporcional ni adecuado a los hechos que le sirvieron de causa pues, contrario a lo manifestado en la resolución demandada, cumplió juiciosamente con las funciones que le correspondían, demostrando incluso, dos meses antes de su retiro de la entidad, en el encuentro de fiscales de Justicia y Paz, que era quien mejores resultados tenía entre los servidores que desempeñaban el mismo empleo. Esto aun cuando le fueron asignadas varias actividades delicadas, de difícil ejecución y de alto riesgo, entre ellas, la lucha contra los bloques de las autodefensas campesinas del Meta y Vichada, bloque central Bolívar, héroes del Vichada y el bloque oriental de las FARC.

Expresó que, con esa forma de proceder, la entidad desconoció los artículos constitucionales que consagran los principios por los que debe regirse la función administrativa (1, 2, 13, 15, 25, 83, 121, 125 y 209 Superiores). En este punto, reprochó que la Fiscalía General de la Nación hubiese seguido implementando los resultados de un concurso después de 17 años de su realización con el fin de «[...] precipitar determinaciones con respecto a la estabilidad laboral de los servidores públicos». Además, reiteró que el uso legítimo de la facultad discrecional para declararlo insubsistente estaba condicionado a la mejora en la prestación del servicio público, un aspecto cuya carga probatoria estaba en cabeza de la administración y no fue cumplido por esta.

Indicó que el 7 de julio de 2011, mediante Oficio 1346 de la fecha, a pocos días de haberse producido la declaratoria de insubsistencia, envió un informe de gestión con destino a la fiscal General de la Nación para que conociera de manera directa todas las actividades que ejecutó el demandante, sin embargo, este no fue considerado.

Además, afirmó que dos meses antes de ser retirado, le asignaron responsabilidades nuevas y adicionales a las que ya tenía, relativas al manejo del «Bloque Oriental de las FARC», lo que entendió como un voto de confianza en sus



capacidades para el desarrollo del cargo. Finalmente, para sustentar el vicio de nulidad, agregó que las razones del acto de insubsistencia del demandante eran idénticas a las que se expusieron en las resoluciones de insubsistencias de otros fiscales, lo que en su criterio daba cuenta de las irregularidades asociadas a estos actos de retiro del servicio.

- *Falsa motivación.* En criterio del demandante, este vicio se configura porque la causa que dio lugar a la declaratoria de insubsistencia según la resolución demandada no es acorde con la realidad. El acto argumentó que su retiro se debió a un bajo rendimiento, sin embargo, las pruebas demuestran todo lo contrario, tan es así que le fue al único fiscal a quien se le asignó dos bloques de las autodefensas y uno de la guerrilla; además destacó que se desempeñó como formador de sus compañeros; recibió capacitaciones de organismos internacionales y fue condecorado con el reconocimiento más importante de la rama judicial.

2.2. Contestación de la demanda

La Fiscalía General de la Nación no contestó la demanda.

2.3. Sentencia de primera instancia²

Mediante sentencia del 7 de noviembre de 2017, la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo negó las pretensiones de la demanda con apoyo en los siguientes argumentos.

En primer lugar, señaló que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha advertido que la declaratoria de insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad está sujeta al deber de motivar la decisión de retiro del servicio y que si bien este mandato no es comparable con la motivación que se exige para un empleado de carrera, lo cierto es que el acto debe contener al menos un sustento fáctico que le permita al funcionario demostrar que las causas que adujo la entidad pública son contrarias a la realidad.

Seguidamente, analizó la naturaleza del cargo desempeñado por el actor, para concluir que el empleo de fiscal delegado ante el Tribunal Superior creado en razón de la Ley de Justicia y Paz es un cargo transitorio de nombramiento en provisionalidad, que por lo tanto debe ser provisto por concurso de méritos.

Al estudiar el caso concreto, el Tribunal concluyó que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor Javier Orlando Tamayo Perdomo se fundamentó en un observatorio realizado a la Unidad de Fiscalías para Justicia y Paz, al igual que en las estadísticas que reflejaban la actividad desarrollada por cada fiscal frente a la carga efectivamente asignada, lo que condujo a concluir que

² Ff. 507 a 517, expediente del proceso ordinario.



la gestión del demandante no reflejaba un resultado acorde con la prontitud y eficiencia requerida para que la entidad cumpliera los objetivos consagrados en la Ley 975 de 2005.

Entre las pruebas que apoyaban la decisión, el juez de primera instancia aludió especialmente a un oficio suscrito por la jefe de la Unidad de Fiscalías para la Justicia y Paz, en el que la funcionaria señaló frente a la gestión del demandante que habían quedado pendiente un alto volumen de peticiones del bloque de las autodefensas campesinas del Meta y Vichada sin tramitar.

Además, precisó que, aunque en el expediente obraba un informe de gestión del demandante, lo consignado allí daba cuenta del desempeño que se espera de todo servidor público, sin que pudieran observarse datos estadísticos que acreditaran que su trabajo era superior a los estándares exigidos por la Fiscalía General de la Nación. Además, destacó que el informe reconocía que habían quedado varios trámites pendientes y adujo que, en todo caso, se trataba de un documento que, por haber sido realizado por el mismo demandante luego de su retiro del servicio, no tenía el alcance suficiente para desvirtuar las razones que expuso el acto acusado.

En relación con las declaraciones que fueron rendidas en el proceso, el Tribunal señaló que son coincidentes en cuanto al buen desempeño del demandante, pero no aportan datos estadísticos que difieran del cumplimiento del deber de todo servidor público durante el desempeño de su empleo, tampoco ofrecen elementos de juicio que permitan desvirtuar las razones de eficiencia y eficacia en el manejo de las investigaciones y verificaciones a su cargo.

Dicho lo anterior, la sentencia de primera instancia fue enfática al indicar que el desempeño idóneo del señor Javier Orlando Tamayo Perdomo estaba acreditado, pero solo denotaba un actuar dentro de los estándares normales del servicio público, sin que esto alcanzara para desvirtuar las razones invocadas por la entidad demandada relativas al buen servicio. Resaltó de manera especial que al proceso no se hubieran aportado las estadísticas con el fin de demostrar el ejercicio que desarrolló desde su ingreso a la Unidad de Fiscalías para la Justicia y Paz.

De otro lado, negó que la reasignación de carga laboral dos meses antes del retiro del demandante pudiera desdibujar la legalidad de la resolución enjuiciada pues se trata de un acto legítimo de la administración, justificado en las necesidades del servicio. Además, quedó demostrado que el reparto adicional también se realizó a los despachos de los otros fiscales.

Sobre el acto de nombramiento como funcionario de carrera después de 17 años de haber participado en el concurso, el juzgador indicó que no encontraba relación de causalidad con la resolución de insubsistencia. Ahora, el hecho de que otros actos de insubsistencia tuvieran la misma motivación que aquel que dispuso el retiro del demandante, resultó irrelevante para el *a quo* pues lo cierto es que, como



el estudio de gestión se realizó a todas las dependencias de los fiscales, era factible que otros funcionarios de la misma unidad tuvieran los mismos resultados en su gestión.

Por último, sostuvo que la hoja de vida del demandante y su trayectoria no constituyen prueba suficiente para concluir que con su retiro se produjo una desmejora del servicio, porque tal hecho debió ser acreditado por la parte interesada; tampoco obra prueba que permita concluir que la funcionaria que lo reemplazó desmejoró el servicio, pues se evidencia en su hoja de vida que cumple con los requisitos propios del cargo y tiene una amplia experiencia en la entidad.

2.4. Recurso de apelación³

Inconforme con la decisión de primera instancia, el demandante interpuso recurso de apelación en su contra, que sustentó en los siguientes términos.

El principal motivo de descontento frente a la sentencia del 7 de noviembre de 2017 consistió en que, a su juicio, no valoró las pruebas que obraban en el expediente, que demostraban que su gestión y productividad en la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz tuvo los más altos estándares en todo el país. En particular, se refirió a (i) el Oficio 09658 de 12 de agosto de 2011 y el disco compacto que fue anexado con éste en donde se evidencia la estadística del despacho que presidía y la de sus compañeros de unidad; (ii) la Certificación del Secretario del Tribunal Superior para la Justicia y Paz que refleja los trámites adelantados por el demandante y otros fiscales; (iii) el informe que rindió el demandante el 7 de julio de 2011, después de que fue declarado insubsistente su nombramiento, en donde se expresa que deja el despacho totalmente al día; y, (iv) las declaraciones de los señores Jorge Alirio Roa Perdomo y Jeisel Andrea Guzmán Bueno.

De otro lado, reprochó que, previo a su desvinculación de la entidad, esta jamás le hubiera enviado un llamado de atención, una recomendación, un memorando u oficio en el que le informara sobre una prestación deficiente del servicio ni recordándole las obligaciones a su cargo.

Para hacer énfasis en el correcto desempeño de su cargo, adujo que el adecuado trato a las víctimas fue una constante en su actuar y que estas se vieron perjudicadas luego de su salida de la entidad, pues el funcionario asignado para ejercer su vocería había sido reemplazado al menos en tres oportunidades, generando traumatismos en el proceso de justicia, lo que desdice del mejoramiento del servicio, como presupuesto que legitima el ejercicio de la facultad de declaratoria de insubsistencia. Indicó que al respecto fueron contundentes las declaraciones rendidas a lo largo del proceso judicial.

³ Ff. 520 a 555, expediente del proceso ordinario.



Sumado a esto, adujo que, mediante Oficio del 12 de agosto de 2011, que obra en el expediente, el secretario de la Sala de Justicia y Paz certificó la gestión de las fiscalías delegadas, lo que le permitió comparar su gestión con la de los demás 58 despachos equivalentes, para concluir que, entre todos ellos, el del demandante tuvo la gestión más sobresaliente a nivel nacional.

Otro de los aspectos centrales que destacó el recurso de alzada, consistió en que el supuesto observatorio que habría justificado la salida del demandante de la Fiscalía General de la Nación no existió en realidad, aspecto sobre el cual se pronunció la señora Elba Beatriz Silva, directora de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, al precisar que dicho observatorio no fue más que la verificación de las actividades desarrolladas por cada uno de los fiscales, plasmada en el Oficio 04331 del 1 de marzo de 2011, sin que se incluyeran datos estadísticos del demandante ni de ningún otro fiscal.

Aunado a lo anterior, el recurrente sostuvo que, contrario a lo señalado en la sentencia impugnada, su escogencia como uno de los fiscales que enfrentaría la lucha contra el «bloque oriental de las Farc» dos meses antes de ser desvinculado era una prueba directa de la desviación de poder que afectó su retiro pues demuestra que para los primeros días de mayo de 2011, el demandante era un fiscal idóneo y competente, a tal extremo que se le encargó el desarrollo de una de las tareas más delicadas en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

De otro lado, se expresó inconforme con el hecho de que, para el *a quo* hubiera resultado irrelevante la similitud entre las razones de su desvinculación y los motivos que sustentaron la insubsistencia del nombramiento de otros fiscales. A su juicio, la valoración del juzgador no es acertada pues las circunstancias y dinámicas de cada fiscal eran muy diferentes según la clase de bloque, el número de desmovilizados, víctimas, zonas de influencia, entre otros factores que hacen cuestionable que, a través de un mismo formato, se pudiera justificar su desvinculación del cargo.

Con base en lo anotado, concluyó que la valoración que se realizó en la sentencia impugnada resultaba cuestionable y podía ser desvirtuada con el correcto estudio de las pruebas obrantes en el expediente, las que eran suficientes para demostrar que prestó sus servicios de manera eficiente, eficaz y ejemplar, de manera que la finalidad de la decisión acusada no pudo ser la mejora del servicio.

2.5. Sentencia de segunda instancia objeto de revisión⁴

A través de sentencia del 4 de febrero de 2021, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, confirmó la decisión proferida en primera instancia. Para desatar el recurso de alzada, señaló que el problema jurídico consistiría en determinar si el acto por medio del cual fue declarado insubsistente el

⁴ Ff. 622 a 633, expediente del proceso ordinario.



nombramiento del señor Javier Orlando Tamayo Perdomo se encontraba «[...] viciado de falsa motivación y/o desviación de poder, por cuanto respectivamente, de un lado, no existió el observatorio de gestión que determinó el bajo rendimiento; y de otro, su retiro se debió a causas ajenas al buen servicio [...]».

Previo a dirimir dicho interrogante, recordó que el Fiscal General de la Nación gozaba de la facultad discrecional de remover al demandante del cargo sin procedimientos previos o condiciones, toda vez que su desempeño en el empleo provenía de un nombramiento en provisionalidad. Bajo esa premisa, se refirió a las pruebas que obraban en el expediente para, luego, pasar al estudio del cargo de falsa motivación.

Con tal fin, indicó que, según la resolución acusada, la decisión de retirar al demandante se justificó en un análisis de gestión al interior de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz, denominado «observatorio a la gestión», el cual arrojó resultados desfavorables para el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo pues en él se estableció que su trabajo no cumplía con los estándares propuestos por la Fiscalía General de la Nación.

Sobre el particular y luego de repasar el contenido de los Oficios 9657, 9658 y 9660 de 12 de agosto de 2011, suscritos por el jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz, concluyó que, en efecto, existían suficientes argumentos que daban cuenta de un balance de gestión y productividad al interior de la Fiscalía General de la Nación, a partir del cual se realizaron ajustes en la planta de personal de aquella dependencia.

El *ad quem* también señaló que un hecho importante a considerar consistía en que la Fiscal General de la Nación se posesionó de su cargo el 12 de enero de 2011 y que dentro de sus objetivos principales estaba el de corregir las falencias de la aplicación de la Ley 975 de 2005, lo que explica no solo que se hubiera presentado una reforma en materia de Justicia y Paz, sino también los ajustes frente al personal que se desempeñaba en dicha dependencia.

A continuación, indicó que no era posible para la Sala ponderar el trabajo que realizaron los demás fiscales que ejercían en la misma unidad que el demandante porque la información relativa al número de audiencias de aceptación de cargos, control de legalidad, medidas de aseguramiento, medidas cautelares, entre otros, se encontraba en un disco compacto que no reposaba en el expediente, a pesar de hacer parte integral del Oficio 4331 del 1 de marzo de 2011.

El anterior marco, sirvió para que el juez de segunda instancia concluyera que no se configuró el vicio de falsa motivación porque, contrario a lo argüido por el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo en el sentido de que no hubo un «observatorio de gestión», sí es factible afirmar que la demandada realizó un análisis del personal que tenía a su cargo y lo contrastó con el Plan Operativo Anual -POA-, resultando



ello en el retiro escalonado de varios empleados que integraban la Unidad de Justicia y Paz.

De otro lado, en el estudio del vicio de desviación de poder, se refirió a los oficios que obraban como prueba documental y que el recurrente estimó desconocidos, para señalar que, por sí solos, no desvirtuaban la presunción de legalidad del acto demandado y que la comparación del desempeño de los demás fiscales requería el análisis de la estadística, presuntamente contenida en un disco compacto que no se encontraba en el expediente. Agregó que la buena conducta y la excelencia del señor Javier Orlando Tamayo Perdomo en el ejercicio de su cargo no garantizaban su estabilidad, sino que constituían un presupuesto natural del desempeño en el empleo.

Además, luego de revisar las declaraciones que rindieron los señores Jorge Alirio Roa Perdomo y Jeisel Andrea Guzmán Bueno, a los que se refirió de manera especial el recurso de apelación, el juzgador de segunda instancia concluyó que a los testigos no les constaban las razones por las cuales el nombramiento del demandante fue declarado insubsistente, de allí que no ofrecieran certeza alguna frente a la configuración de la causal endilgada.

En vista de lo anterior, el *ad quem* consideró que la decisión de desvincular del servicio al demandante se sustentó en los mismos criterios con los que eran evaluados los demás funcionarios que trabajaban en la Unidad de Justicia y Paz, (reportes de estadística y el informe de gestión realizado por el jefe de la tal unidad), los cuales reflejaron que el desempeño de las funciones del demandante no era adecuado. De esta manera, concluyó que las razones para retirarlo se basaron en el buen servicio público.

3. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN⁵

El señor Javier Orlando Tamayo Perdomo, por medio de apoderado judicial, interpuso recurso extraordinario de revisión contra la Nación, Fiscalía General de la Nación en el que pretendió que se infirme la sentencia de segunda instancia proferida el 4 de febrero de 2021 por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, dentro del mencionado proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Inicialmente, el recurso invocó como causales de revisión las que contemplan los numerales 1, 2 y 5 del artículo 250 del CPACA. No obstante, luego de inadmitirse la demanda a fin de que se ofreciera una argumentación razonada de la forma en

⁵ El escrito que contiene el recurso extraordinario de revisión presentado inicialmente se encuentra en el índice 2 del expediente electrónico. Sin embargo, dado que la demanda fue inadmitida por auto del 26 de enero de 2022 (índice 6), a efectos de corregir las falencias anotadas en dicha providencia, la subsanación y el escrito introductor se integraron en un nuevo y único acto que obra en el **índice 10 del expediente electrónico**, remplazando así el recurso inicial. En auto del 6 de mayo de 2022 (índice 12), el consejero ponente resolvió admitir el recurso.



que se configuraría la referida causal 2, consistente en «Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados», el demandante manifestó retirarla expresamente como sustento de sus pretensiones.

De acuerdo con ello, en auto del 6 de mayo de 2022, se decidió excluir del objeto del presente proceso el estudio de la causal consagrada en el numeral 2 del artículo 250 del CPACA y admitir el recurso interpuesto con fundamento en las causales 1 y 5 del mismo precepto, las que en criterio del demandante se configuran por los siguientes motivos.

Causal 1. Documentos decisivos encontrados o recobrados después de dictada la sentencia, que no pudieron ser aportados al proceso por fuerza mayor, caso fortuito u obra de la contraparte. En el recurso extraordinario de revisión se adujo que, luego de proferirse la sentencia de segunda instancia, el apoderado del demandante encontró prueba documental relevante y existente para el momento en que se presentó la demanda, que de haber sido conocida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado hubiera conducido a la prosperidad de las pretensiones, sin embargo dicha prueba no pudo ser allegada al proceso ordinario por obra de la Fiscalía General de la Nación.

Al respecto, indicó que un argumento determinante para que la sentencia del 4 de febrero de 2021 decidiera denegar las pretensiones de la demanda fue la imposibilidad que tuvo la Sala de Subsección para ponderar el trabajo del demandante en relación con el que realizaron los demás fiscales que pertenecían a la Unidad de Fiscalías para la Justicia y la Paz, imposibilidad que se explicó en el hecho de que el disco compacto que contenía esa información no se hallaba en el expediente.

La parte recurrente sostuvo que el CD en cuestión fue allegado al expediente del proceso ordinario (según se observa en el numeral 3 del acápite de anexos de la demanda, folio 20 del expediente), sin embargo, «infortunadamente desapareció, en circunstancias ajenas al impugnante, **pero que ahora es recobrado**». Se explicó que esa prueba era esencial para la prosperidad de las pretensiones porque acreditaba que, en su cargo de fiscal 59 delegado ante los Tribunal de Justicia y Paz, el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo estaba posicionado entre los primeros cinco despachos con mejor desempeño.

Causal 5. Nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la cual no procede recurso de apelación. En criterio del recurrente, la nulidad en que incurrió el fallo de segunda instancia se genera por violación del derecho al debido proceso (art. 29 Superior) y a la tutela judicial efectiva (art. 228 Superior), particularmente por el desconocimiento de su derecho a la prueba ya que, en lugar de analizar la totalidad del acervo probatorio allegado con la demanda, optó por justificar la negativa de las pretensiones en la pérdida o sustracción del CD que había sido aportado al expediente.



El anterior fue el argumento principal en que sustentó la referida causal de revisión, sin embargo planteó las siguientes razones complementarias.

Consideró que la decisión adoptada en la sentencia del 4 de febrero de 2021 partió de un supuesto equívoco consistente en considerar que la Fiscalía General de la Nación sí realizó un observatorio a la gestión de los fiscales y levantó un informe al respecto, circunstancias que a juicio del recurrente son falsas pues, según afirmó, el llamado «observatorio» nunca existió, siendo solo un argumento para depositar en la resolución de insubsistencia. Sostuvo que prueba de ello es que en el expediente no hay información básica relativa al supuesto observatorio (como la fecha y sus integrantes) y que a los funcionarios del ente investigativo nunca se le permitió conocer su contenido, esto pese a los múltiples derechos de petición que ejerció el demandante, los cuales solo resultaron en respuestas evasivas. Indicó que, con motivo del recurso extraordinario de revisión, elevó otras peticiones a la entidad y las respuestas otorgadas señalan que no se cuenta con dicho documento. A juicio del demandante, ello da cuenta de las maniobras a las que acudió la Fiscalía en el proceso judicial ordinario para ocultar información necesaria.

En la misma línea, señaló que la sentencia de segunda instancia erró al considerar que existió un Plan Operativo Anual -POA- específicamente para la Fiscalía 59 de Justicia y Paz a cargo del demandante. Dicho plan se estructuró en los años 2009, 2010 y 2011 para toda la Unidad Nacional de Justicia y Paz, no para funcionarios en particular, además se cumplió al 100% por la Unidad, luego no resulta ajustada la afirmación según la cual el demandante no satisfizo las metas fijadas en él.

En adelante, el recurrente insistió en las razones y las pruebas, tanto documentales como testimoniales, que daban cuenta de que su desempeño en la entidad fue ejemplar y, por ende, impedían considerar que su retiro obedeció al criterio de mejora del servicio en que se amparó el acto de insubsistencia.

4. CONTESTACIÓN DEL RECURSO⁶

La Fiscalía General de la Nación se pronunció dentro de la oportunidad procesal respectiva oponiéndose a la prosperidad del recurso. Con tal fin, afirmó que las causales de revisión invocadas no se estructuran, por las siguientes razones.

Respecto de la causal 1 del artículo 250 del CPACA, adujo que el argumento que utilizó el recurrente para sustentarla es incongruente con los presupuestos que la configuran ya que al revisar el acervo probatorio aportado al proceso primigenio no se encontró rastro de que el demandante hubiere adjuntado el disco compacto que hoy trae a colación como una prueba recobrada.

⁶ Índice 22, expediente electrónico del recurso extraordinario de revisión, reiterado en el índice 23 *ibidem*.



Señaló que no puede hacerse uso de la referida causal para allegar documentos que ya existían con anterioridad al fallo, sin demostrar que la imposibilidad de aportarlos al proceso originario se debió a una fuerza mayor, un caso fortuito o la obra de la demandada, lo que en su criterio debe descartarse porque el mismo recurrente afirma que fueron los jueces de instancia los que extraviaron la prueba. No obstante, puso en duda que esto último hubiera ocurrido pues, según el ente investigador, el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo nunca aportó el disco compacto que hoy alega, lo que denota que su intención es reabrir el debate probatorio.

En lo que se refiere a la causal 5 del artículo 250 del CPACA, negó que pudiera configurarse porque uno de los requisitos a los que está sujeto consiste en que la nulidad se genere en la sentencia recurrida, no en etapas anteriores. De acuerdo con ello, si se llegara a demostrar que en este caso efectivamente se produjo el extravío del CD, no sería este un asunto propio de la sentencia y agregó que, a su juicio, resulta llamativo que el recurrente no se hubiere manifestado o percatado de la ausencia de la prueba que calificó como la más importante del proceso, cuando tuvo todas las oportunidades procesales propias de las instancias para advertirlo.

5. MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, a quien se le asignó el conocimiento del asunto⁷, se abstuvo de intervenir en la presente causa judicial.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 111⁸ y 249⁹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como en el Acuerdo 80 de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado¹⁰, esta Sala Especial

⁷ Índice 19, *ibidem*.

⁸ «Artículo 111 CPACA. Funciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. La Sala de lo Contencioso administrativo en pleno tendrá las siguientes funciones: [...] 2. Resolver los recursos extraordinarios de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones y los demás que sean de su competencia [...]».

⁹ «Artículo 249. Competencia. De los recursos de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado conocerá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sin exclusión de la sección que profirió la decisión.

De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Tribunales Administrativos conocerán las secciones y subsecciones del Consejo de Estado según la materia. De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces administrativos conocerán los Tribunales Administrativos.»

¹⁰ Según el artículo 29 de dicha norma «[...] Las Salas Especiales de Decisión decidirán los siguientes asuntos de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo: 1. Los



de Decisión es competente para resolver el asunto por tratarse del recurso extraordinario de revisión interpuesto contra una sentencia ejecutoriada de la Sección Segunda de esta Corporación.

6.2. Oportunidad

De acuerdo con el artículo 251 del CPACA, el término para interponer el recurso extraordinario de revisión es de un año contado a partir de la ejecutoria de la sentencia. Por su parte, el artículo 118 del CGP señala que respecto de los términos concedidos en años, el vencimiento ocurre el mismo día que empezó a correr del correspondiente año.

En el *sublite*, la sentencia recurrida se comunicó a las partes por medio electrónico el 16 de abril de 2021¹¹, de allí que, en los términos del artículo 205 del CPACA, debe entenderse que su notificación se produjo el 21 de abril de ese año¹² y que el día siguiente comenzó a correr el término en cuestión. En tales condiciones, el plazo máximo para la presentación del recurso extraordinario era el 21 de abril de 2022, como este se radicó el 9 de diciembre de 2021¹³, se concluye que fue ejercido en tiempo.

6.3. Legitimación en la causa

En el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo recae el interés jurídico que se debate en el *sub examine* en tanto fue la parte demandante vencida dentro de proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se dictó la sentencia reprochada. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación se encuentra legitimada pues fue parte demandada en dicho proceso.

6.4. Planteamiento de los problemas jurídicos

Le corresponde a la Sala definir si en el presente caso se configuran las causales de revisión invocadas, para lo cual debe responder los siguientes interrogantes:

Primero. ¿El disco compacto que contendría las estadísticas de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz allegado con el recurso extraordinario de revisión constituye un documento recobrado o encontrado en los términos del numeral 1 del artículo 250 del CPACA?

recursos extraordinarios de revisión interpuestos contra las sentencias de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado [...]».

¹¹ Índice 17 del expediente electrónico del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 50001233100020110073201.

¹² Esta información se extrajo del índice 56 del expediente digital del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 05001-23-33-000-2013-01050-01 (21558), que puede ser consultado públicamente en la plataforma virtual del Consejo de Estado denominada SAMAI.

¹³ Índice 2, «memorando remitivo», expediente electrónico.



Segundo. ¿La sentencia del 4 de febrero de 2021, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, está viciada de nulidad porque, al incurrir en presuntas irregularidades de índole probatorio, desconoció los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del señor Javier Orlando Tamayo Perdomo?

Con el fin de resolver estas preguntas, se repasarán las generalidades del recurso extraordinario de revisión, para entonces constatar, desde un punto de vista fáctico, las circunstancias que en el caso concreto se alegan como fundamento del recurso y, finalmente, sus implicaciones frente a la configuración de las causales 1ª y 5ª del artículo 250 del CPACA.

6.5. Recurso extraordinario de revisión. Principales características.

El recurso extraordinario de revisión persigue el restablecimiento del criterio de justicia material y la supremacía de las garantías procesales, cuando éstas han sido lesionadas con una decisión judicial que se torna ilegal por circunstancias muy particulares que de manera taxativa define el ordenamiento jurídico y que, en la mayoría de los casos, no podían ser contempladas en el decurso procesal o al tiempo de proferir la sentencia. Su propósito consiste en que se invaliden los efectos jurídicos de una sentencia que se encuentra ejecutoriada¹⁴ a fin de que se profiera una nueva, acorde con el ordenamiento jurídico y fundada en razones de justicia.

Es un medio impugnativo que afecta el principio de la inmutabilidad de las sentencias ejecutoriadas y, por ende, constituye una excepción al principio de la cosa juzgada¹⁵, entendido éste como fundamento esencial del ordenamiento jurídico y garantía del debido proceso.

Se trata entonces de una vía procesal que busca afectar el principio de la inmutabilidad de las sentencias ejecutoriadas y, con ello, exceptuar el principio de la cosa juzgada¹⁶, entendido éste como fundamento esencial del ordenamiento

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. 15 de marzo de 2018. Radicación: 1001-03-25-000-2014-00862-00. Interno: 2668-2014. Recurrente: Horacio Chala. Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

¹⁵ La cosa juzgada es una institución jurídico procesal en virtud de la cual las decisiones contenidas en una sentencia y otras providencias judiciales tienen el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, ello con la finalidad de lograr la terminación definitiva de controversias, en aras de buscar la seguridad jurídica. En términos de esta corporación es un fenómeno jurídico de «[...] carácter imperativo e inmutable de las decisiones que han adquirido firmeza, lo cual implica de suyo la imposibilidad de volver sobre asuntos ya juzgados, para introducir en ellos variaciones o modificaciones mediante la adopción de una nueva providencia [...]». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Providencia del 30 de noviembre de 2017. Radicación: 25000-23-25-000-2010-01147-01(1365-14).

¹⁶ La cosa juzgada es una institución jurídico procesal en virtud de la cual las decisiones contenidas en una sentencia y otras providencias judiciales tienen el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, ello con la finalidad de lograr la terminación definitiva de controversias, en aras de buscar la seguridad jurídica. En términos de esta corporación es un fenómeno jurídico de «[...] carácter imperativo e inmutable de las decisiones que han adquirido firmeza, lo cual implica de suyo la imposibilidad de volver sobre asuntos ya juzgados, para introducir en ellos variaciones o



jurídico y garantía del debido proceso. De allí que su naturaleza sea la de un mecanismo extraordinario que solo opera al configurarse una de las causales señaladas taxativamente en el artículo 250¹⁷ del CPACA o en el artículo 20¹⁸ de la Ley 797 de 2003. Al respecto, la Sala Plena de esta Corporación ha sostenido que:

«[...] El recurso extraordinario de revisión procede por especiales circunstancias consagradas taxativamente en la ley, con miras a prescindir de una sentencia ejecutoriada, para, en el caso de prosperidad reabrir el proceso y dictar la sentencia que en derecho habrá de sustituir la revocada. Precisamente, por cuanto este recurso extraordinario atenta contra el principio de inmutabilidad y firmeza de los fallos judiciales, las causales que lo fundamentan se hallan taxativamente relacionadas en la norma y su examen y aplicación obedecen a un estricto y delimitado ámbito interpretativo [...]».¹⁹

En esa misma línea, su carácter extraordinario conlleva a que no puede utilizarse como una oportunidad para reabrir un debate jurídico, probatorio y fáctico propio de las instancias procesales que ya se han surtido, tampoco es una ocasión para cuestionar la actividad interpretativa del juez o insistir en la discusión de los problemas debatidos en el proceso.

En conclusión, el recurso extraordinario de revisión no habilita una tercera instancia para discutir los problemas jurídicos debatidos en sede ordinaria²⁰, para corregir los yerros probatorios que cometieron las partes ni para subsanar aquellas

modificaciones mediante la adopción de una nueva providencia [...]». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Providencia del 30 de noviembre de 2017. Radicación: 25000-23-25-000-2010-01147-01(1365-14).

¹⁷ Artículo 250. Causales de revisión. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.
3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.
4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.
5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.
6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.
7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.
8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.”

¹⁸ El artículo 20 de la Ley 797 de 2003 dispone que la revisión del reconocimiento de sumas periódicas a cargo del Tesoro Público procede: «a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y

b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables.»

¹⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de octubre de 1.993. Expediente Rev 040.

²⁰ O replantear temas ya litigados.



situaciones que pudieron evitarse durante la gestión del proceso que dio origen a la sentencia objeto de revisión.

6.6. Análisis del fundamento fáctico del recurso

El argumento central del recurso extraordinario de revisión que interpuso el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo se afina en la información estadística que daría cuenta de la gestión desarrollada tanto por él, como fiscal 59 de la Unidad de Fiscalías para Justicia y Paz, como por los demás los fiscales que integraban dicha dependencia, información que no fue hallada en el expediente por el juez de segunda instancia a efectos de poder ponderar el desempeño que tuvo el demandante con el de sus pares.

A la luz de la causal 1 del artículo 250 del CPACA, el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo manifestó allegar aquellos datos estadísticos con el recurso extraordinario, aduciendo que se trata de un documento recobrado o encontrado. Además, bajo la causal 5 *ejusdem*, indicó que en el proceso judicial primigenio el *ad quem* cometió una irregularidad al momento de dictar sentencia porque, pese a que advirtió que el CD que contenía dicha estadística se había extraviado y que era determinante para definir si prosperaban las pretensiones de la demanda, decidió proferir el fallo sin contar con aquella prueba, en desconocimiento de los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

Revisado el fallo del 4 de febrero de 2021, se evidencia que, sobre ese aspecto en particular, el juez de segunda instancia señaló que

«[...] no es posible ponderar por parte de la Sala el trabajo realizado de los diferentes Fiscales que hacían parte de la Unidad de Fiscalías para la Justicia y la Paz, por cuanto si bien en el Oficio 4331 del 1º de marzo de 2011 se hace alusión al número de audiencias de aceptación de cargos, control de legalidad, medidas de aseguramiento, medidas cautelares, entre otros, resulta que esta información se encontraba en un disco compacto que hacía parte integral de este documento, el cual no reposa en el expediente [...]»²¹.

Queda claro a través de esta manifestación que el juzgador no contaba con dicha prueba a la hora de emitir el fallo. Sin embargo, contrario a lo que sugiere el demandante, de lo afirmado por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado no se puede inferir que ello obedeció al extravío del disco compacto pues otra hipótesis razonable es la que sostiene la Fiscalía General de la Nación en el presente proceso, consistente en que el medio magnético nunca fue incorporado al expediente. En tal caso, no sería este el mecanismo procesal idóneo para sanear las falencias que hubieren podido cometer las partes frente a la actividad probatoria que les correspondía ejercer.

²¹ Folio 629 vuelto, expediente del proceso ordinario.



De allí la necesidad de esclarecer lo sucedido al respecto, en aras de poder emitir un pronunciamiento sobre las causales de revisión invocadas. Con tal fin, es importante comenzar señalando que el expediente del proceso ordinario se encuentra compuesto de tres cuadernos, así:

- Cuaderno 1. Del folio 1 al folio 206, seguido del cual se encuentra, sin foliar, la respectiva constancia de cierre.
- Cuaderno 2. Del folio 207 al folio 399, seguido del cual se encuentra, sin foliar, la respectiva constancia de cierre.
- Cuaderno 3. Del folio 400 al folio 637 (el folio 425 corresponde a un CD).

El señor Javier Orlando Tamayo Perdomo aduce que, con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, allegó el CD que contenía la información estadística que echó de menos la Sección Segunda del Consejo de Estado, señalando específicamente que así lo anunció en el numeral 3 del acápite de «Anexos» de la demanda. Al revisar aquel aparte del escrito introductor, se lee lo siguiente:

«ANEXOS

[...]

3. Oficio 09658, emitido por la jefatura de la Unidad en donde el actor solicita sus estadísticas y las de los demás despachos fiscales. Se anexa un CD de sus estadísticas y anexo otro CD. que le entregó MARTHA CANABAL de los otros despachos.»

Este oficio obra entre los folios 123 y 126 del cuaderno 1 del expediente ordinario y contiene la respuesta a un derecho de petición a través del cual el demandante le solicitó al jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz, entre otra información, copia del Oficio 4331 del 1.º de marzo de 2011 y sus anexos, últimos que contendrían la estadística sobre la gestión desarrollada por esa dependencia. En la respuesta se le indicó que se ordenaría «[...] la expedición de copia, solo de lo atinente al despacho que usted regentó [...]». Así las cosas, en el mencionado Oficio 9658 del 12 de agosto de 2011 no se dispuso el suministro de información relativa a las demás fiscalías que integraban la Unidad puesto que se consideró que tales documentos podrían llegar a tener «carácter reservado y comprometen intereses de terceros». Ni en los folios previos ni posteriores a aquellos en los que reposa el documento anunciado se encuentra el CD que se echa de menos.

En esa misma línea, es importante precisar que, aunque la demanda se acompañó de copia del Oficio 4331 del 1.º de marzo de 2011, que reposa entre los folios 57 y 83 del expediente del proceso ordinario, tampoco aparece que con ese documento se hubieran aportado los dos CDs que se anuncian como anexos del mismo.

La continuidad en la numeración de los folios, sin que se observe interrupción o intervalo alguno, da cuenta de ello. En ese sentido, cabe señalar que la demanda y sus anexos fueron aportados en 312 páginas, lo que se desprende no solo de la



revisión de la foliatura de los cuadernos 1 y 2 sino también de lo establecido en el folio 313, en el que consta el acta individual de reparto de la demanda que realizó la Oficina Judicial de Villavicencio, según la cual el escrito introductor constaba de 1 cuaderno con 312 folios, habiéndose anexado 3 copias para traslados. De lo anterior se destaca que el tipo de soporte en el que constan esos 312 folios es papel, sin que pueda observarse que alguno de ellos correspondía al almacenamiento de datos en forma magnética, como un disco compacto.

En tales condiciones, no existe evidencia que demuestre que con la demanda del proceso primigenio se allegó el CD que contenía la información estadística correspondiente al desempeño de los despachos que integraban la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz. De lo que sí hay registro es que, en dicho acto procesal, en el acápite de «Anexos», el demandante formuló una solicitud probatoria consistente en que se oficiara a la jefatura de la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz a fin de que allegara copia de las estadísticas con corte al mes de marzo de 2011²².

Ahora, frente al decreto de pruebas, en el folio 356 del expediente obra el auto del 26 de marzo de 2014, en el que el Tribunal Administrativo del Meta, además de incorporar los documentos aportados con la demanda y decretar la recepción de los testimonios solicitados allí mismo, ordenó librar «oficio a las entidades relacionadas, para que a costa del interesado, se sirvan remitir con destino a este proceso lo solicitado en el acápite de pruebas de la demanda y su adición (fl 343)».

En desarrollo de lo anterior, la Secretaría del Tribunal expidió los oficios para dar alcance a la solicitud probatoria del folio 343, que contenía la adición de la demanda, relativa al suministro de información sobre los fiscales que habían ejercido en remplazo del demandante, sus calidades profesionales, desempeño y circunstancias relativas a su vinculación en el ente investigador²³. En la respuesta²⁴ al Oficio 3120 del 7 de julio de 2014, la Fiscalía indicó que aportaba un CD con la información del desempeño de la señora Yamile Eugenia Arciniegas Ochoa en los años 2011 y 2012, cuando ejerció como titular de la Fiscalía 59 de Justicia y Paz, disco que obra en el folio 125 del expediente ordinario. Este es el único medio magnético del que hay registro en dicho proceso y que se encuentra debidamente foliado.

²² Folio 22, expediente del proceso ordinario.

²³ Mediante la adición de la demanda, se elevaron las siguientes solicitudes probatorias: «1. Solicitar al Jefe de la Unidad Nacional de Justicia y Paz Doctor JUAN CARLOS HINESTROZA VELEZ que se acredite las calidades, el desempeño, los resultados obtenidos por parte del fiscal que remplazó al demandante a partir del seis (06) de julio de 2011. 2. Solicito se oficie a la división de Recursos Humanos de la Fiscalía para que certifique, ¿Cuántos fiscales han ocupado el cargo que desempeñara como Fiscal 59 el Doctor JAVIER TAMAYO?, así como ¿El tiempo de servicio de cada uno de ellos, si han sido declarados insubsistentes, en el evento de haberse dado esa situación los motivos de las posibles desvinculaciones?».

²⁴ Folios 396 y 397, expediente del proceso ordinario. La respuesta se acompañó de 25 folios y un CD.



Es importante precisar que, frente a la petición consistente en que se allegara copia de las estadísticas de la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz con corte a 2011, que fue incluida en el acápite de «Anexos» de la demanda, no se expidió ningún oficio por parte de la Secretaría del Tribunal del Meta, sin que ello hubiera resultado en la manifestación de inconformidad de alguna de las partes.

En efecto, mediante auto del 9 de septiembre de 2016²⁵, el Tribunal Administrativo del Meta dispuso cerrar la etapa probatoria y dejar a consideración de las partes las pruebas recaudadas. La providencia quedó ejecutoriada sin que se presentaran recursos en su contra, luego en auto del 30 de septiembre de 2016 se corrió traslado para la presentación de alegatos de conclusión²⁶.

Proferido el fallo de primera instancia y concedido el recurso de apelación interpuesto en su contra, el secretario del Tribunal Administrativo del Meta remitió el expediente al Consejo de Estado a través del Oficio 1298 del 20 de marzo de 2018²⁷ en el que informó que el proceso constaba de 3 cuadernos conformados por 586 folios, más 1 anexo de traslados y 1 CD, información que resulta acorde con la continuidad que se observa en la foliatura del expediente y con el CD que se aportó en respuesta al requerimiento que hizo el tribunal a través del Oficio 3120 del 7 de julio de 2014.

Por su parte, en el primer paso a despacho del expediente, la Secretaría de la Sección Segunda de esta Corporación informó que, además de los folios que componen el cuaderno principal, se adjuntaba 1 CD y traslados²⁸.

Visto lo anterior, la Sala Especial de Decisión n.º 19 concluye que no existe evidencia que permita sostener razonablemente que el CD con la información estadística de los despachos que integraban la Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia y Paz se aportó con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho o en cualquier otra oportunidad del proceso primigenio, para extraviarse posteriormente. Sobre esta premisa, procederá a resolver los problemas jurídicos formulados.

6.7. Primer problema jurídico. Desarrollo y solución.

¿El disco compacto que contendría las estadísticas de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz allegado con el recurso extraordinario de revisión constituye un documento recobrado o encontrado en los términos del numeral 1 del artículo 250 del CPACA?

- **Causal primera de revisión del artículo 250 del CPACA**

²⁵ Folio 467, expediente del proceso ordinario.

²⁶ Folio 468, *ibidem*.

²⁷ Folio 579, *ibidem*.

²⁸ Folio 590, *ibidem*.



El numeral 1 del artículo 250 del CPACA dispone que es causal de revisión «[...]1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.»

En relación con esta causal, que ha sido denominada por la jurisprudencia como «prueba recobrada», la Sala Plena del Consejo de Estado señaló lo siguiente:

«[...] Ha entendido la jurisprudencia, que prueba recobrada es aquella que existiendo, no pudo ser aportada oportunamente al proceso, así la prueba recobrada es aquél elemento probatorio nuevo, por ser recuperado luego de proferida la sentencia, que pudo ser decisivo en el sentido de la decisión y que no fue tenido en cuenta por el fallador, porque el interesado no pudo presentarla oportunamente dentro del proceso, por motivos de fuerza mayor, caso fortuito u obra de la parte contraria [...]»²⁹

Tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia³⁰ han considerado que la prueba recobrada hace alusión únicamente a la prueba documental preexistente a la sentencia objeto de revisión, en garantía de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica. Así, por regla general, no se ha admitido la configuración de dicha causal cuando se trata de otro tipo de pruebas, como testimonios, experticias, informes técnicos o exámenes médicos especializados, o cuando ésta es producida u obtenida de manera posterior a la sentencia que se revisa.

Ahora, es de resaltar que a partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011 la referida causal incluyó el verbo «encontrar», cuya acepción está referida a «dar con alguien o algo que se busca o dar con alguien o algo sin buscarlo». En cualquier caso, es preciso destacar que la prueba que se aduce como encontrada o recobrada debe ser decisiva y el recurrente tiene la carga de acreditar las razones por las que le fue imposible aportarla al proceso, que deben estar sustentadas en fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria.

Entonces, para que se estructure la causal 1.^a de revisión se requiere que el documento que se aduce como prueba recobrada o encontrada cumpla los siguientes requerimientos:

- (i) Que se trate de una prueba documental. No se admiten medios probatorios distintos tales como testimonios o inspecciones judiciales, entre otros. Es importante recordar que, en los términos del artículo 243 del Código General del Proceso, son de naturaleza documental los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos,

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 8 de noviembre de 2005, expediente 1999-00218.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de diciembre de 2000. Expediente núm. 7269



fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todos los objetos muebles que tengan carácter representativo o declarativo. También se consideran documentos, para efectos probatorios, las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

- (ii) El documento debe ser encontrado o recobrado. Al respecto, es preciso tener en cuenta que «encontrar» hace referencia a «dar con alguien o algo que se busca o dar con alguien o algo sin buscarlo»³¹. Por su parte, el verbo «recobrar» se entiende como «[...] volver a tomar o adquirir lo que antes se poseía o se tenía [...]»³², es decir, que existiera en la época en la que se tramitó el proceso pero que hubiera estado refundido o extraviado.
- (iii) Que no hubieran podido ser aportados oportunamente por circunstancias ajenas a la voluntad del recurrente, es decir, por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria, eventos que deben encontrarse debidamente sustentados y probados.
- (iv) Que el documento o documentos que se afirman decisivos, en efecto, hubieran podido conducir a una decisión diferente.

- **Caso concreto**

Con el recurso extraordinario de revisión, el demandante allegó como documento recobrado la información estadística de la gestión realizada por todas las Fiscalías que integraban la Unidad Nacional de Justicia y Paz con corte a febrero de 2011³³. La Sala examinará si esta reúne los requisitos para ser considerarse como tal.

En relación con la naturaleza de la prueba, se advierte que, efectivamente, la información aportada por el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo es un documento en los términos del artículo 243 del CGP.

Sobre la exigencia de que el documento sea recobrado o encontrado, la parte demandante afirmó que la información que hoy aporta en archivo electrónico estaba contenida en un CD que fue allegado al expediente del proceso ordinario, sin embargo, «infortunadamente desapareció, en circunstancias ajenas al impugnante, pero que ahora es recobrado».

Esta Sala Especial de Decisión considera que no le asiste razón al recurrente sobre el carácter recobrado del documento. En primer lugar, nótese que la hipótesis que plantea excluiría *per se* la posibilidad de que la información que hoy se aporta

³¹ <https://dle.rae.es/encontrar>

³² <http://dle.rae.es/?id=VShJp3R>.

³³ Índice 10, expediente electrónico del recurso extraordinario de revisión.



pueda ser tenida como tal porque, aunque es cierto que la prueba recobrada se refiere a un documento extraviado o refundido que luego es recuperado, también es cierto que ello debe ocurrir en un escenario ajeno al proceso judicial pues, de ser este el caso, las normas procesales prevén las herramientas para la reconstrucción del expediente. De allí que otro de los requisitos para que se configure la causal primera de revisión del artículo 250 del CPACA consiste en que el documento no hubiera podido ser aportado oportunamente al proceso.

En tales condiciones, si en gracia de discusión se tratara del supuesto que propone el demandante, habría que concluir que debió haberse aplicado al artículo 126 del Código General del Proceso, que indica que, en caso de pérdida total o parcial de un expediente, se puede llevar a cabo un trámite de reconstrucción a solicitud de las partes o de oficio.

Ahora, como se estableció en precedencia, para la Sala no existe prueba que soporte que el mencionado disco compacto se aportó efectivamente al proceso ordinario. Sin embargo, bajo esta última premisa tampoco se evidencia que se trate de una prueba recobrada pues lo cierto es que la información que se echó de menos en el proceso primigenio y que hoy se aporta con tal carácter, pudo haberse conseguido haciendo uso de las oportunidades procesales de instancia, lo que excluye la idea de que se tratara de un documento refundido o extraviado.

Tan es así que en el acápite de anexos de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se incluyó una solicitud probatoria para que se oficiara a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que aportara la estadística de los despachos que integraban la Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia y Paz, sin embargo esta prueba jamás fue practicada.

Es posible que ello hubiera obedecido a que la orden que el Tribunal Administrativo del Meta le dio a Secretaría en el auto que abrió a pruebas el proceso fue la de expedir los oficios respecto de las solicitudes realizadas en el acápite de pruebas de la demanda y en su adición. Independientemente del motivo, lo cierto es que el proceso ordinario era el escenario para que la parte hiciera uso de su derecho a solicitar pruebas y para que, de no estar conforme con su decreto o práctica, ejerciera el derecho de contradicción, sin embargo, el demandante no formuló oposición alguna ni contra el auto que abrió a pruebas el proceso ni contra aquel que clausuró dicha etapa procesal y ordenó poner las pruebas a disposición de las partes. En tales condiciones, es preciso reiterar que el recurso extraordinario de revisión no representa una oportunidad adicional para corregir los yerros probatorios que cometieron las partes ni para subsanar las situaciones que pudieron evitarse durante la gestión del proceso primigenio.

El anterior razonamiento es suficiente para descartar que las circunstancias expuestas por la parte recurrente se enmarcan en el concepto de la prueba recobrada.



6.8. Segundo problema jurídico. Desarrollo y solución.

¿La sentencia del 4 de febrero de 2021, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, está viciada de nulidad porque, al incurrir en presuntas irregularidades de índole probatorio, desconoció los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del señor Javier Orlando Tamayo Perdomo?

- **Causal quinta de revisión del artículo 250 del CPACA**

El numeral 5 del artículo 250 del CPACA dispone que es causal de revisión el hecho de que exista «[...] nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación [...]». De acuerdo con ello, se ha dicho que los presupuestos para que se estructure son los siguientes.

En primer lugar, es importante que exista una sentencia que ponga fin al proceso, entendiendo por estas las ejecutoriadas, bien sea que resuelvan o no el litigio de fondo. Además, contra esta decisión no puede proceder recurso de apelación, pues de ser así este sería el medio idóneo para poner de presente cualquier vicio en que hubiera incurrido la providencia.

De otro lado, es preciso que la nulidad se desprenda de la sentencia objeto del recurso extraordinario, es decir, que el vicio debe estructurarse en el momento procesal en que se profiere la decisión judicial pues, de generarse por una situación ocurrida con anterioridad que no fue oportunamente alegada, la regla general sería su saneamiento. No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación ha aceptado como nulidad originada en la sentencia la que, a pesar de presentarse en un momento previo a la emisión del fallo, no pudo ser advertida por el afectado, quien en todo caso tiene la carga procesal de demostrar esta circunstancia³⁴.

Finalmente, el requisito que constituye la esencia del numeral 5 del artículo 250 del CPACA es que se configure una causal de nulidad. Sobre el alcance que debe otorgársele a esta exigencia, la posición actual³⁵ del Consejo de Estado señala que la nulidad predicable de la sentencia de instancia se estructura por (i) el acaecimiento de alguna de las hipótesis que regula taxativamente el artículo 133³⁶

³⁴ Al respecto pueden consultarse las sentencias proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 3 de diciembre de 2019 (Sala Tercera Especial de Decisión; radicación 11001-03-15-000-2018-01235-00) y el 3 de diciembre de 2019 (Sala Séptima Especial de Decisión; radicación: 11001-03-15-000-2012-00643-00).

³⁵ Al respecto pueden consultarse las siguientes decisiones dictadas por esta Corporación: sentencia del 8 de mayo de 2018, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicación 11001-03-15-000-1998-00153-01, actor: Julio César Mancipe Estupiñán; sentencia del 7 de octubre de 2019, Sección Tercera, Subsección B, radicación 11001-33-31-035-2008-00180-01(52615); actor: Ferney Darío Lis Fula y otros; sentencia del 24 de octubre de 2019, Sección Segunda, Subsección A, radicación 11001-03-25-000-2014-00325-00(0997-14), actor: Carlos January Montero Pérez.

³⁶ «Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:
1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.
2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso



del CGP o bien por (ii) la existencia de irregularidades insaneables que afecten sustancialmente el derecho al debido proceso de manera tal que, de no haber incurrido en ellas, la decisión hubiese sido distinta.

De acuerdo con ello, por fuera de los supuestos que consagra el artículo 133 *ibidem* no cualquier anomalía que se predique respecto de la sentencia podrá desvirtuar sus efectos de cosa juzgada. A modo enunciativo, la jurisprudencia ha precisado que ello ocurre en los casos en que el fallo objeto de revisión (i) es inhibitorio; (ii) se profiere sin motivación alguna; (iii) transgrede el principio de la *no reformatio in pejus*; (iv) condena a un tercero que no ha sido vinculado como parte al proceso; (v) se pronuncia sobre aspectos que no le corresponden, esto es, sin competencia o jurisdicción, según el caso; (vi) se profiere en un proceso que había terminado por desistimiento, transacción o perención; (v) no cuenta con el número de votos requerido para su aprobación y (vi) desconoce el principio de congruencia bien sea por una condena *extra, ultra o infra petita*³⁷.

Admitir que la nulidad de la sentencia pueda originarse tanto en las causales del artículo 133 del CGP como en casos insaneables de violación del derecho al debido proceso, satisface la finalidad a la que responde el recurso extraordinario de revisión al permitir que decisiones manifiestamente injustas sean examinadas, pero también garantiza el principio de seguridad jurídica al limitar la procedencia de la causal a situaciones excepcionales en las que la anomalía sea de tal relevancia constitucional que, sin ella, el fallo se hubiera proferido en otro sentido³⁸.

- **Caso concreto.**

legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia. 3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida. 4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder. 5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria. 6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado. 7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación. 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado. Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código. PARÁGRAFO. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece.»

³⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 7 de septiembre de 2018, radicación REV 2014-00440-00.

³⁸ En este mismo sentido se puede consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n.º 19, sentencia del 18 de agosto de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2017-02369-00, demandante: Pedro José Vaca López.



En el presente caso procede el estudio de la causal invocada porque es claro que la sentencia recurrida se dictó en segunda instancia y, con ello, puso fin al proceso. Pese a lo anterior, es posible descartar tempranamente su configuración pues la Sala ya desvirtuó la premisa fáctica invocada en sustento de esta causal.

Según el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo, la nulidad de la sentencia del 4 de febrero de 2021 se generaría debido a que, en lugar de analizar la totalidad del acervo probatorio allegado con la demanda, el fallo optó por justificar la negativa de las pretensiones en la pérdida o sustracción del CD que había sido aportado al expediente, contentivo de la estadística de la Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia y Paz.

No obstante, en líneas anteriores, esta Sala Especial de Decisión concluyó que no existe evidencia que permita sostener de manera razonable que el CD con la información estadística de los despachos que integraban aquella Unidad fue aportado con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho o en cualquier otra oportunidad del proceso primigenio, para extraviarse posteriormente. Esta consideración, por sí misma, resulta suficiente para dejar sin piso los argumentos que ofreció el demandante al respecto, sin que haga falta entrar en disquisiciones de índole jurídico sobre el alcance que podría tener la irregularidad enrostrada.

Ahora, el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo esgrimió una serie de razones complementarias como fundamento de la configuración de la causal 5ª del artículo 250 del CPACA. Estas se dirigen a reprochar que el fallo objeto de revisión hubiese considerado que la Fiscalía General de la Nación sí realizó un observatorio a la gestión de los fiscales y levantó un verdadero informe al respecto, información que a juicio del demandante sería falsa. También calificó como desacertado que el fallo indicara que existió un Plan Operativo Anual -POA- específicamente para la Fiscalía 59 de Justicia y Paz mientras estuvo a su cargo. Como soporte de sus señalamientos, se refirió a las pruebas que obraban en el expediente del proceso ordinario y a otras documentales que consiguió los años 2021 y 2022, allegadas con el recurso extraordinario de revisión.

Al respecto, resulta pertinente señalar que, las simples inconformidades respecto de las conclusiones que expuso el juez al efectuar el correspondiente análisis probatorio no configuran por sí mismas una vulneración al debido proceso. Igualmente, es oportuno recordar que el recurso extraordinario de revisión no es una oportunidad adicional para controvertir las motivaciones jurídicas y probatorias que soportaron la decisión de la providencia que se revisa, insistiendo en los argumentos que fueron esbozados dentro del proceso inicial, como si se tratara de una tercera instancia.

De allí que no compete a esta Sala Especial de Decisión, como pretende el recurrente, revisar el análisis jurídico y la valoración probatoria que realizó la sentencia del 4 de febrero de 2021 para establecer si hubo o no un observatorio a la gestión de los fiscales, su alcance o el que le confirió el fallo recurrido al Plan



Operativo Anual de la entidad demandada. De acuerdo con ello, se desestimará esta censura pues sugiere un problema jurídico cuya solución correspondía única y exclusivamente a los jueces de instancia, luego su estudio resulta ajeno al juez de la revisión en sede extraordinaria.

En conclusión, no se configura la causal establecida en el ordinal 5.º del artículo 250 del CPACA, pues no está demostrado que la sentencia del 4 de febrero de 2021 se dictó pese a haberse advertido que una de las pruebas determinantes para dirimir el litigio se había extraviado. Frente a los argumentos secundarios en los que el demandante sustentó esta causal, se observa que son inconformidades frente a la valoración probatoria que realizó el *ad quem*, extrañas al objeto del presente recurso extraordinario de revisión.

6.9. Decisión

Al no haberse demostrado la configuración de las causales invocadas por la parte demandante, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n.º 19, declarará infundado el recurso extraordinario de revisión.

6.10. Condena en costas

Toda vez que el recurso extraordinario de revisión se presentó en vigencia de la Ley 2080 de 2021³⁹, en este asunto resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 70 *ibidem*, que modificó el 255 del CPACA para disponer que «si se declara infundado el recurso, se condenará en costas y perjuicios al recurrente».

Es importante señalar que la modificación que introdujo la Ley 2080 en este sentido no implicó un cambio en el criterio «objetivo valorativo» que consagra el CPACA en materia de condena en costas. Es objetivo porque basta con que se declare infundado el recurso extraordinario de revisión para que proceda condenar en costas y perjuicios al recurrente, sin necesidad de estudiar si existió o no temeridad, mala fe o cualquier otro factor de orden subjetivo en las partes. No obstante, ese criterio objetivo continúa siendo valorativo pues se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y la medida de su causación, como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso⁴⁰.

Visto lo anterior, dado que el presente recurso no tiene vocación de prosperidad, se condenará al demandante al pago de las costas en favor de la parte demandada, en la medida en que se acredite su causación.

³⁹ «Por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción».

⁴⁰ Al respecto ver las sentencias de 7 de abril de 2016, expedientes: 4492-2013, actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, actor: José Francisco Guerrero Bardi.



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n.º 19, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. Declárase infundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor Javier Orlando Tamayo Perdomo en contra de la Fiscalía General de la Nación, con motivo de la sentencia de 4 de febrero de 2021, proferida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 50001233100020110073201 (2135-2018).

Segundo: Condenar en costas al demandante en favor de la parte demandada, en la medida en que se encuentre acreditada su causación.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, regrésese el expediente al despacho del magistrado sustanciador para la fijación de agencias en derecho, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

**STELLA JEANNETTE CARVAJAL
BASTO
(Salvamento parcial de voto)**

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO
VALDÉS**

PEDRO PABLO VANEGAS GIL

NICOLÁS YEPES CORRALES

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

