



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00013-00 (35.109)
Proceso: Acción de repetición
Actor: Departamento Administrativo de Seguridad¹ -DAS-
Demandado: Jorge Aurelio Noguera Cotes

Resuelve la Sala la acción de repetición presentada contra el señor Jorge Aurelio Noguera Cotes, ex director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, para la fecha de los hechos.

I. ANTECEDENTES

El 27 de febrero de 2008, el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en ejercicio de la acción de repetición, solicitó declarar patrimonialmente responsable al señor Jorge Aurelio Noguera Cotes, por los perjuicios causados con ocasión del pago que la institución debió asumir por la condena que le fue impuesta, mediante sentencia de 26 de abril de 2007 proferida por la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró nula la resolución n.º 1952 del 19 de septiembre de 2002 mediante la cual se declaró insubsistente a la señora Edith Mazo García del cargo de

¹ El Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, fue suprimido mediante Decreto 4057 de 2011.

profesional operativa 202-18 adscrito a la Dirección Operativa -Unidad de Análisis Financiero- de la entidad.

1. La demanda

1.1. Las pretensiones

Conforme al texto de la demanda, la entidad demandante pretende que se acojan las siguientes declaraciones y condenas:

“...1.- Que se declare que el señor ex - director del DAS, doctor JORGE AURELIO NOGUERA COTES, obró con culpa grave al expedir la resolución No. 01952 del 19 de septiembre de 2002 mediante la cual se aceptó la renuncia² presentada por la funcionaria EDITH MAZO GARCÍA del cargo de profesional operativo 202 – 18 de la Planta Global Área Operativa, asignada a la Dirección General Operativa, por lo cual mediante sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” el 26 de abril de 2007, dentro del proceso No. 25000232500020021309701 declaró la nulidad de la resolución No. 01952 del 19 de septiembre de 2002.

2.- Como consecuencia de la anterior declaración se condene al doctor JORGE AURELIO NOGUERA COTES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.558.712 de Santa Marta, al pago a favor de la Nación-Departamento Administrativo de Seguridad, de la suma de DOSCIENTOS VEINTIUN MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS DIEZ Y NUEVE PESOS M/CTE (\$221.578.719.00), correspondiente al valor total que la entidad que representó canceló a la señora EDITH MAZO GARCÍA en cumplimiento de la sentencia señalada en el numeral anterior.

3.- Que se declare que la sentencia que ponga fin al proceso, sea de aquellas que reúne los requisitos exigidos en los artículos 68 del C.C.A. y 488 del C.P.C. en la que conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, a fin de que preste mérito ejecutivo.

4.- El monto de la condena que se profiera contra el doctor JORGE AURELIO NOGUERA COTES deberá actualizarse hasta el monto del pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

5.- Que se ordene al demandado a pagar intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria del fallo, conforme a lo establecido en la sentencia C-188/99 proferida por la H. Corte Constitucional, que modificó el artículo 177 del C.C.A.

6.- Que se me reconozca personería para actuar como apoderada de la entidad demandada...” (fls. 2 y 3, c.1).

² De acuerdo con el acto administrativo en cita, en realidad la desvinculación de la señora Edith Mazo García se produjo por declaratoria de insubsistencia (fl.3, cuaderno de pruebas trasladadas).

1.2 Los hechos

La entidad puso de presente los siguientes hechos:

1.2.1 Mediante resolución n.º 2060 de 17 de septiembre de 1992, la señora Edith Mazo García fue vinculada al DAS en el cargo de inspector grado 17 y fue ascendida al cargo de profesional operativo 202-18 de la planta global asignada a la dirección operativa de la entidad.

Durante su desempeño laboral, la demandante se destacó por su honestidad, honradez, eficiencia y compromiso institucional.

1.2.2 Mediante resolución n.º 1952 del 19 de septiembre de 2002, el director general de entidad declaró a la señora Mazo García insubsistente del cargo que venía ocupando, decisión que le fue comunicada el 24 de septiembre siguiente.

Dadas estas circunstancias, la interesada ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el actor de desvinculación, la que prosperó.

1.2.3 El 26 de abril de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad del acto de insubsistencia por desviación de poder y falsa motivación y condenó a la entidad demandada a su reintegro y al pago de todos sus salarios y prestaciones.

1.2.4 Para el cumplimiento de la anterior decisión, la entidad expidió la resolución n.º 739 del 3 de julio de 2007 mediante la cual se hizo efectivo el reintegro de la señora Mazo García y la resolución n.º 3193 del 14 de agosto de 2007 por medio de la cual se ordenó el pago de \$221.578.719. La obligación se canceló el 27 de agosto de 2007.

1.2.5 El 20 de febrero de 2008, el Comité de Conciliación de la entidad determinó la viabilidad de iniciar acción de repetición en contra del exservidor Noguera Cotes, en tanto su conducta comprometió la responsabilidad de la entidad a título de culpa grave (fls. 3 a 5, c.1).

2. Contestación de la demanda³

³ Mediante auto de 28 de agosto de 2008, la Corporación admitió la demanda y dispuso su notificación al demandado (fls. 87 a 89, c.1).

El señor Jorge Aurelio Noguera Cotes se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Señala que en su condición de director del DAS expidió la resolución n.º 1952 de 19 de septiembre de 2002, por medio de la cual se declaró insubsistente a la señora Edith Mazo García. Decisión que adoptó sin violar la ley, habida cuenta que su expedición se hizo al amparo de la facultad discrecional para la remoción de los empleos de libre nombramiento y remoción establecida en el Decreto 2146 de 1989.

En concreto, aduce que se acogió a lo establecido en el inciso primero del artículo 34 de dicho decreto, pues la señora Mazo García era una funcionaria vinculada mediante nombramiento ordinario, de donde le era posible prescindir de sus servicios de manera discrecional y sin sujeción al procedimiento establecido en la parte primera del Decreto 01 de 1984.

Sostiene que el fallo del tribunal fue subjetivo, ya que para tener por establecida la desviación de poder tuvo en cuenta pruebas construidas con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia de la servidora, que dan cuenta de circunstancias que supuestamente tuvo que conocer como nominador para el momento de los hechos.

Resalta las funciones de la entidad, sus responsabilidades como director y las de sus colaboradores inmediatos, en quienes se apoyó permanentemente para el desarrollo de su función y la materialización de la política de seguridad establecida por el gobierno de la época. Advierte que desde su llegada al empleo y con el fin de cumplir la misión encomendada exigió el compromiso de todos los funcionarios de la entidad lo que implicó la realización de ajustes y cambios en la planta de manera paulatina.

Manifestó que, precisamente, sus directivos para el correcto funcionamiento de sus dependencias le sugerían ajustes administrativos y operativos que unas veces implicaban, traslados entre seccionales, ascensos o en algunos casos, como el de la señora Edith Mazo García, la desvinculación. Medida esta última que se adoptó frente a los servidores que no mostraban su compromiso con la entidad o que no realizaban sus funciones con el ahínco exigido por la nueva administración. Misma que obtuvo resultados nunca antes vistos en materia de seguridad.

En concreto, explica que la desvinculación de la señora Mazo García, como de otros funcionarios de la dirección operativa, se hizo por recomendación del director de dicha dependencia, aunque este de manera mentirosa haya declarado en el proceso laboral que dicha decisión lo tomó por sorpresa, lo que seguramente es un reflejo de su resentimiento, por haber tenido que salir de la institución por su falta de compromiso y talante profesional.

Así, colige que la desvinculación de la señora Edith Mazo García no fue un acto realizado con culpa grave o dolo, pues estuvo fundamentado en la información reportada por el director operativo de la época quien puso de presente la inconveniencia de la permanencia de la servidora en el empleo y en la facultad legal para remover discrecionalmente a los empleados de libre nombramiento y remoción, la que ejercitó con el único fin de mejorar la prestación del servicio.

Finalmente, formula a título de excepciones: *i)* la falta de claridad en la formulación de las pretensiones, en tanto se habla de la aceptación de la renuncia a la señora Mazo García, cuando en realidad ella fue declarada insubsistente y *ii)* la falta de los requisitos para la procedencia de la acción de repetición, habida cuenta que no se acreditó el pago de la condena, en tanto los documentos aportados no contienen la constancia del recibo del dinero por su beneficiario, sumado a que en realidad el documento que se anexó con la demanda no es un paz y salvo, como tal, sino un oficio mediante el cual el apoderado de la actora, señaló allegar dicho documento (fls. 94 a 111, c.1).

3. Alegatos⁴

3.1. Parte demandante

Inicialmente, hace referencia al tratamiento legal de los presupuestos para la procedencia de la acción de repetición, para poner de presente su acreditación con los medios de prueba allegados al expediente.

Señala que la condena se acreditó con la copia de la sentencia que declaró la nulidad del acto de insubsistencia de la señora Edith Mazo García; la conducta dolosa o gravemente culposa del agente, con la misma providencia en la que se dejó en evidencia que el nominador desbordó los límites que la proporcionalidad, razonabilidad y el interés general imponían y el pago, no solo con los actos administrativos que ordenaron el cumplimiento

⁴ La parte demandada guardó silencio (fl. 230, c.1).

de la sentencia sino con diferentes documentales, como la certificación del coordinador de la tesorería que lo da por realizado, el paz y salvo expedido por el apoderado de la señora Mazo García y la certificación bancaria del depósito (fls. 193 a 205, c.1).

4. Intervención del Ministerio Público

El delegado del Ministerio Público ante esta Corporación solicitó que se nieguen las pretensiones, toda vez que no se acreditaron en debida forma los presupuestos de la acción de repetición.

Señala que la parte actora omitió la carga de adjuntar o solicitar que se allegara, la sentencia ejecutoriada que impuso la condena en su contra y que origina la acción con fines de reembolso, pues con la copia informal que adjunto no se puede tener por acreditada esta carga.

Igualmente, considera que el pago no puede tenerse por realizado, porque las resoluciones de cumplimiento de la decisión judicial no son suficientes para el efecto y no se sabe si las consignaciones de la Dirección del Tesoro, corresponde a la condena impuesta al DAS. Especialmente, llamada la atención de que la consignación efectuada en la cuenta del abogado Luis Arturo Victoria, no se sabe si fue su pago como apoderado de la señora Edith Mazo o deviene de alguna otra obligación.

Finalmente, aduce que no se demostró el dolo o la culpa grave del agente, pues si bien el acto de insubsistencia fue anulado por desviación de poder y falsa motivación, lo cierto es que ello no se puede tener por establecido, pues la sentencia fue aportada en copia simple, lo que le resta valor probatorio (fls. 208 a 229, c.1).

5. Pruebas en segunda instancia

5.1 La Sala, en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, solicitó a la Secretaría de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la remisión del expediente n.º 2002-13097, es decir el proceso administrativo laboral en el que resultó vencida la entidad demandante.

Allegada la información, el despacho practicó inspección judicial en la que por su relevancia se incorporaron la integridad de las pruebas practicadas en esa instancia. De ellas se corrió traslado a las partes por el término de 5 días (fls. 248 a 255, c.1).

5.2 Igualmente, solicitó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el préstamo del proceso identificado con el radicado n.º 32.000 que se adelantó en contra del señor Noguera Cotes, entre otros, por los delitos de concierto para delinquir y homicidio.

Del material probatorio que fue incorporado en inspección judicial, igualmente, se corrió traslado a las partes (fls. 484 a 490, c. ppal.).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Para la fecha de presentación de la demanda, se encontraba vigente la Ley 678 de 2001 - publicada el 4 de agosto de 2001- que reguló lo concerniente a la distribución del factor competencia en las acciones de repetición, acogiendo el criterio de conexidad. Disposición contraria a las reglas generales sobre competencia funcional en razón de la cuantía, establecidas en la Ley 446 de 1998 y, aunque la normatividad en la materia no contiene una derogatoria expresa de esta última, deberá privilegiarse aquella, tanto por ser posterior, como en razón de la especialidad.

La Ley 678 de 2001 dispone:

ARTÍCULO 7o. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. La jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de la acción de repetición.

Será competente el juez o tribunal ante el que se tramite o se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado de acuerdo con las reglas de competencia señaladas en el Código Contencioso Administrativo.

Cuando la reparación patrimonial a cargo del Estado se haya originado en una conciliación o cualquier otra forma permitida por la ley para solucionar un conflicto con el Estado, será competente el juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza jurisdicción territorial en el lugar en que se haya resuelto el conflicto.

PARÁGRAFO 1o. Cuando la acción de repetición se ejerza contra el Presidente o el Vicepresidente de la República o quien haga sus veces, Senadores y Representantes, Ministros del despacho, directores de departamentos administrativos, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Defensor del Pueblo, Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura, de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, de los Tribunales Administrativos y del Tribunal Penal Militar, conocerá privativamente y en única instancia la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Cuando la acción de repetición se ejerza contra miembros del Consejo de Estado conocerá de ella privativamente en única instancia la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena.

Igual competencia se seguirá cuando la acción se interponga en contra de estos altos funcionarios aunque se hayan desvinculado del servicio y siempre y cuando el daño que produjo la reparación a cargo del Estado se haya ocasionado por su conducta dolosa o gravemente culposa durante el tiempo en que hayan ostentado tal calidad.

PARÁGRAFO 2o. Si la acción se intentara en contra de varios funcionarios, será competente el juez que conocería del proceso en contra del de mayor jerarquía (negrillas y subrayado adicional).

La Sala Plena de esta Corporación analizó el tema de la competencia para conocer de las acciones de repetición, a la luz de las disposiciones que se transcriben, y concluyó que el criterio de conexidad y el factor subjetivo desplazaron la determinación de la competencia en razón de la cuantía. La Corporación precisó⁵:

*“Visto el anterior panorama, hay lugar a concluir, reafirmando el criterio de interpretación adoptado por la Sala Plena de esta Corporación en el auto antes citado en esta providencia, que el legislador, en relación con la asignación de competencias para las acciones de repetición excluyó las normas generales que en materia de **competencia en razón de la cuantía** se encuentran señaladas en el C.C.A., artículos 132 y 134B, razón por la cual, para determinar cuál es el juez llamado a conocer de las acciones de repetición cuando tengan su origen en un proceso judicial que hubiere cursado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en virtud del cual hubiere resultado comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado, deberá acudir, única y exclusivamente, al artículo 7° de la Ley 678 de 2001, cuyo contenido consagra el criterio de conexidad, ello sin perjuicio del criterio subjetivo de atribución de competencias establecido de manera especial para los dignatarios con fuero legal (parágrafo artículo 7 Ley 678 de 2001).*

“Con fundamento en esta interpretación normativa, conviene puntualizar que para determinar cuáles asuntos son susceptibles de ser tramitados en dos instancias, no resulta procedente tampoco acudir a las normas generales de competencia en razón

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 21 de abril de 2009, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02061-01(IJ), Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez.

de la cuantía, debido a las incongruencias y diferencias de tratamientos injustificados que tal aplicación comportaría.

(...)

“Pues bien, para los juicios que corresponden a las acciones de repetición, ocurre que la mencionada Ley 678 únicamente se ocupó de definir la procedencia de una sola y única instancia cuando la demanda se dirija contra aquellos altos dignatarios del Estado taxativamente señalados en el parágrafo 1° de su artículo 7°, lo cual evidencia que el legislador excluyó las sentencias que se profieran en esos específicos eventos de la posibilidad de ser apeladas; sin embargo, en relación con los demás casos que se tramiten en ejercicio de la acción de repetición nada dijo el legislador acerca de la posibilidad de tramitar, o no, una segunda instancia, lo cual obliga a destacar que, de conformidad con la regla general que establece el transcrito artículo 31 constitucional, los fallos que se profieran en el desarrollo de tales actuaciones deben ser susceptibles de apelación, independientemente de la cuantía del proceso o de que el conocimiento del mismo corresponda, en primera instancia y por virtud del señalado criterio de conexidad, al Juez o Tribunal Administrativo, según el caso.

“La Sala Plena de esta Corporación, ante un evento similar, aplicó el principio general constitucional de la doble instancia dada la ausencia de claridad acerca de la posibilidad de apelar las providencias que se profieran en relación con los procesos que se tramiten por error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o privación injusta de la libertad, contenidos en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia–Ley 270–... ”

Siendo así y en consideración a que el señor Jorge Aurelio Noguera Cotes se desempeñaba como director del suprimido Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, para el momento en que sucedieron los hechos que originaron la acción de impugnación, atendiendo al factor subjetivo contenido en el parágrafo 1.º del artículo 7.º de la Ley 678 de 2001, la acción de la referencia fue admitida y tramitada en única instancia y esta Sala deberá pronunciarse sobre las pretensiones, esto es resolver si el antes nombrado debe responder por la condena impuesta en sentencia de 26 de abril de 2007 proferida por la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala resolver si las pretensiones de repetición formuladas en contra del señor Jorge Aurelio Noguera Cotes deben prosperar y, en consecuencia, si debe reintegrar al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, las sumas efectivamente pagadas, en cumplimiento de la sentencia proferida por la la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de abril de 2007.

3. Pruebas aportadas y hechos probados

3.1. Valor probatorio de las pruebas aportadas

3.1.1 El valor probatorio de las copias simples

Las pruebas documentales incorporadas al expediente, es decir tanto aquellas que fueron requeridas por esta Corporación, como las aportadas por el demandado, en las que funda su defensa, como las allegados por la entidad pública, en cuyo archivo reposan los originales serán valoradas sin limitaciones por satisfacer los requisitos legales, inclusive aquellas que se encuentran en copia simple.

Sobre esto último, debe tenerse en cuenta que la Sala Plena de Sección Tercera, sobre el valor probatorio de las copias, ha señalado:

“...[S]e reitera aquí el criterio recientemente establecido por la Sala Plena de Sección Tercera frente al valor probatorio de las copias simples, cuando las mismas han obrado en el plenario a lo largo del proceso y han sido susceptibles de contradicción por las partes sin que éstas las tacharan de falsas, evento en el cual dichas copias son susceptibles de valoración, e idóneas para determinar la convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocerían el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo que a su vez iría en contra de las nuevas tendencias del derecho procesal. (...) el hecho de que los intervinientes del proceso hubieran conocido el contenido de los documentos allegados como prueba trasladada, permite fallar de fondo el presente asunto con base en ellos, toda vez que resultaría contrario a la lealtad procesal que las partes utilizaran unas pruebas como fundamento de sus alegaciones y que luego, al ver que su contenido puede resultar desfavorable a sus intereses, predicaran su ilegalidad, pretextando que en el traslado de los documentos no se cumplió con las formalidades establecidas en el Código de Procedimiento Civil...”⁶.

Debido a que el tema mantenía disimilitudes en las demás Secciones fue discutido por el Pleno de la Corporación, ocasión en la que se coligió:

“El moderno derecho procesal parte de bases de confianza e igualdad de armas, en las que los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza y, por tanto, impidan que el juez adopte decisiones denegatorias de pretensiones por exceso ritual manifiesto. Entonces, se debe propender por un derecho procesal dinámico, en el que las partes asuman sus responsabilidades a partir de un escenario serio en el que se defiendan los intereses subjetivos que se

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2013, expediente 20.601, C.P. Danilo Rojas Betancourth. El valor probatorio de las copias simples

debaten al interior del litigio, sin que el operador judicial promueva rigorismos formales que entorpezcan su aplicación⁷.

Ahora bien, es importante resaltar que la Corte Constitucional en reciente sentencia del 17 de abril de 2013 consideró que la exigencia de copias auténticas **deviene razonable** en los términos establecidos en el artículo 254 del C.P.C.⁸, es decir, en aquél caso la Corte encontró que la actuación del juez ordinario al desestimar el valor probatorio de las copias simples, no desconoció los derechos fundamentales del actor por cuanto estaba dentro de lo razonable jurídicamente; sin embargo, ello no significa que esa sea la única posición aceptable constitucionalmente, pues la postura expuesta en la presente providencia referida al principio de buena fe constitucional o de “autenticidad tácita” de las copias simples es aún más garantista a la luz de los principios constitucionales mencionados y no es otra cosa que su efectivización por parte del juez de lo contencioso administrativo, quien así los materializa en aras de garantizar una tutela judicial efectiva.

Finalmente, la Sala reitera que la tesis expuesta no implica que se releve a las partes del cumplimiento de las solemnidades que el legislador establece o determina para la prueba de específicos hechos o circunstancias (v.gr. la constancia de ejecutoria de una providencia judicial para su cumplimiento; el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970, para determinar el parentesco; la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble).

Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido⁹.

3.1.2 Prueba trasladada

Al proceso se trasladaron pruebas de carácter documental y testimonial provenientes del proceso administrativo laboral en que se declaró la nulidad del acto de insubsistencia de la señora Edith Mazo y del proceso penal que se siguió en contra del señor Noguera Cotes por los delitos de concierto para delinquir y homicidio.

⁷ Cita original: Ibídem.

⁸ Cita original: Corte Constitucional, sentencia SU 226 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada. En la providencia se sostuvo, entre otros apartes, lo siguiente: “Para la Sala, la exigencia de certificaciones en original, tratándose de documentos públicos en asuntos contencioso administrativos, resulta razonable, pues permite que el juez de instancia, al realizar la debida valoración del material probatorio obrante en el expediente, pueda, por medio de un análisis cuidadoso de los elementos de juicio puestos en su conocimiento, otorgarles, de ser posible, el valor probatorio que estos ameritan, para efectos de una decisión razonable, justa y equitativa, acorde con los principios y valores constitucionales.”

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera -Sala Plena- sentencia de 28 de agosto de 2013. C.P.: Enrique Gil Botero. Radicado número: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25.022).

En relación con la eficacia probatoria de la prueba trasladada la Sala debe sostener que cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla lo exigido en el artículo 185 del C.P.C., esto es, que en el proceso del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia, por cuanto se protege el derecho de contradicción y publicidad de la prueba, el cual solo se dará en la medida en que las partes tengan conocimiento de ellas y hayan podido controvertirlas.

En este sentido, el precedente de la Sala sostiene que las pruebas recaudadas podrán ser valoradas y apreciadas, pese a que se hayan practicado sin citarse o intervenir alguna de aquellas en el proceso de origen, cuando se trata de prueba documental, pues basta su puesta a disposición de la parte contra la que se aducen, para su contradicción, al margen de lo acontecido en el proceso originario; comoquiera que lo trascendente es que la defensa tenga la oportunidad en el proceso de que se trata¹⁰.

En cuanto concierne a la prueba testimonial, no habrá lugar a valorarla cuando las declaraciones no hayan sido ratificadas en el proceso al que se trasladan, salvo que la parte contra la que se aducen coadyuve la petición del traslado de la prueba o mencione dichos testimonios en la contestación de la demanda, los alegatos conclusión o cualquiera otro acto procesal.

De esta manera, en el presente, la Sala valorará los documentos que se trasladaron tanto del proceso contencioso como del penal, toda vez que los mismos fueron puestos en conocimiento de la parte contra la cual se pretendían hacer valer, sin que ésta hubiese impugnado su valor, lo cual, conforme a lo expuesto, permite que a los mismos se les otorgue valor probatorio.

Diferente ocurre con los testimonios, pues solo pueden ser valorados los que se practicaron en el proceso penal, pues estos fueron practicados en presencia del señor Jorge Aurelio Noguera Cotes, en tanto habrá que descartar los que se recibieron en el proceso laboral administrativo, pues dichos testimonios se rindieron sin su presencia y en este proceso no fueron ratificados.

3.2 Hechos probados

¹⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011, expediente 20374.

Las pruebas válidamente aportadas al proceso dan cuenta de los siguientes hechos relevantes para la solución de la controversia:

En relación al daño

3.2.1 El 26 de abril de 2007, la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró nula la resolución n.º 1952 de 19 de septiembre de 2002 expedida por el director del entonces Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Al tiempo, dispuso el reintegro de la señora Edith Mazo García al cargo de profesional operativo 202-18 o a otro de similar categoría y condenó a la entidad a pagar a la ex servidora los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir. Así:

“1.- Se declara la NULIDAD de la Resolución No. 1952 de 19 de septiembre de 2002, mediante la cual el director del departamento administrativo de seguridad declaró insubsistente el nombramiento de la señora EDITH MAZO GARCÍA, respecto del cargo de profesional operativo 202-18 del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.

2.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS procederá a reintegrar a la señora EDITH MAZO GARCÍA, identificada con la c.c. n.º 24.953.008 de Pereira al mismo cargo que desempeñaba como profesional operativo 202-18 o a otro de igual o superior jerarquía, dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A., con el consecuente reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir entre la fecha de su retiro y la del efectivo reintegro, con los ajustes posteriores de rigor.

3.- Se declara para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad entre la fecha de retiro y la de efectivo reintegro de la actora.

4.- No hay lugar a descuento alguno por concepto de lo que hubiera podido percibir la actora con ocasión de otra vinculación laboral oficial durante el tiempo de retiro del servicio, como consecuencia de la declaración de nulidad de la resolución n.º 1952 de 19 de septiembre de 2002.

5.- Las sumas a pagar por parte de la entidad demandada deberán reajustarse en los términos del artículo 178 del C.C.A., de acuerdo a la siguiente fórmula...” (fls. 45 a 47, c.1).

3.2.2 El 3 de julio de 2007, el apoderado de la señora Mazo García solicitó el pago de la condena, para el efecto allegó, entre otros documentos, la primera copia de la sentencia que presta mérito ejecutivo. En escrito separado, se solicitó que el 70% de la condena se

pagara a órdenes de la beneficiaria y el restante 30% del abogado (fls. 52 y 76, c.1 - antecedentes de la resolución n.º 3193 del 11 de agosto 2007).

3.2.3 Ese mismo día, en atención a la anterior solicitud, el director del entonces Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, profirió la resolución n.º 739, en la que dispuso i) reintegrar a la señora Edith Mazo García y ii) el pago de todos los salarios prestaciones sociales y demás emolumentos que dejó de percibir entre la fecha de su retiro y la de su reintegro efectivo (fls. 49 y 50, c.1).

3.2.4 El 14 de agosto de 2007, el secretario general del entonces Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- expidió la resolución n.º 3193 por medio de la cual se reconoce un gasto y se ordena el pago de una sentencia judicial. Resolvió:

“...ARTÍCULO PRIMERO. - Reconocer el gasto y ordenar el pago por la suma de DOSCIENTOS VEINTIUN MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS DIEZ Y NUEVE PESOS (\$221.578.719.00), de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO. - La suma en el artículo anterior, se cancelará por intermedio de la Subdirección Financiera, Grupo de Tesorería del DAS, rubro de sentencias y conciliaciones, de acuerdo con el certificado de disponibilidad presupuestal GPRE No 619 del 10 de agosto de 2007, así:

1. *A la señora EDITH MAZO GARCÍA, la suma de CIENTO CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRECIENTOS DOS PESOS M/CTE (\$105.573.302.00) en la cuenta de ahorros No. 056520455 de Bancafé y al Dr. LUIS ARTURO MEJÍA identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.186.979 de Bogotá la suma de SESENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS (66.473.615,.), cuenta corriente No. 492-32-447-0 del Banco de Bogotá.*
2. *La suma de DOS MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL DOSCIENTOS SIETE PESOS M/CTE (\$2.802.207), por concepto de aportes patronales de previsión en salud, “CAJANAL” (Nit. 899999010) los cuales deberán consignarse, cuenta de ahorros No. 03017855281 Bancolombia por intermedio de la Subdirección Financiera, Grupo de Tesorería del DAS.*
3. *La suma de CIENTO VEINTICINCO MIL SETECIENTOS CINCO PESOS M/CTE (\$125.705.00) por concepto de aportes patronales de previsión en salud “FISALUD-FOSYGA” los cuales deberán consignarse, por intermedio de la Subdirección Financiera, grupo de Tesorería del DAS.*
4. *La suma de OCHO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS M/CTE (\$8.832.306.00) por concepto de aportes patronales de previsión en pensiones “CAJANAL” (Nit. 899999010) cuenta corriente No. 0560004666 entidad BBVA. Los cuales deberán consignarse por intermedio de la Subdirección Financiera, Grupo de Tesorería del DAS, a la entidad correspondiente.*
5. *La suma de DOS MILLONES SESENTA Y UN MIL CIENTO OCHENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$2.061.184.00) por concepto de aportes administrativos*

- “CAJANAL” (NIT 8600066942-7) los cuales deberán consignarse, por intermedio de la Subdirección Financiera, Grupo de Tesorería del DAS.*
6. *La suma de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA y SEIS PESOS M/CTE (\$6.865.496.00), por concepto de aporte de previsión ARP la PREVISORA (NIT. 860011153-6), los cuales deberán consignarse por intermedio de la Subdirección Financiera, Grupo de Tesorería del DAS, a la entidad correspondiente.*
 7. *La suma de CUATRO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS M/CTE (\$4.789.530.00) por concepto de aportes a la Caja de Compensación Familiar “COMPENSAR” (NIT. 890700148-4) cuenta No. 224-66258-5 Bancafe, los cuales deberán consignarse por intermedio de la Subdirección Financiera, Grupo de Tesorería del DAS.*
 8. *La suma de TRES MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$3.592.148.00) por concepto de aporte al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “ICBF” (NIT. 800213322-3) cuenta No. 613-158539-65 Bancolombia, los cuales deberán consignarse por intermedio de la Subdirección Financiera, Grupo de Tesorería del DAS, a la entidad correspondiente.*
 9. *La suma de QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$598.692.00), por concepto de aporte al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA (NIT 899999034-1) cuenta No. 35802823089 Bancolombia, los cuales deberán consignarse por intermedio de la Subdirección Financiera, Grupo de Tesorería del DAS, a la entidad correspondiente.*
 10. *La suma de UN MILLON CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$1.197.383.00) por concepto de aporte a Escuelas e Institutos Técnicos, los cuales deberán consignarse por intermedio de la Subdirección Financiera, Grupo de Tesorería del DAS, a la entidad correspondiente.*
 11. *La suma de QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$598.692.00) por concepto de aporte a la Escuela Superior de Administración Pública, E.S.A.P, (NIT 89999054-7) Cuenta Banco Caja Social Convenio 195 o No. 268812047 Banco de Occidente, los cuales deberán consignarse por intermedio de la Subdirección Financiera, Grupo Tesorería del DAS, a la entidad correspondiente.*
 12. *La suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS UN MIL NOVENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$1.401.095.00), por concepto de aporte de previsión del afiliado, para salud, CAJANAL, los cuales deberán consignarse por intermedio de la Subdirección Financiera, Grupo de Tesorería del DAS, a la entidad correspondiente.*
 13. *La suma de SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$62.853.00) por concepto de aportes de previsión del afiliado para salud “FISALUD-FOSYGA, los cuales deberán consignarse por intermedio de la Subdirección Financiera, grupo de Tesorería del DAS, a la entidad correspondiente.*
 14. *La suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL SETECIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE (\$2.481.727.00) por concepto de aportes de previsión del afiliado, para salud “CAJANAL” los cuales deberán ser reintegrados a la actora en consideración a que mediante Decreto No. 2423 de 02 de agosto de 2004 el Ministerio de Protección Social, revoca la licencia de funcionamiento de salud para Cajanal.*
 15. *La suma de TRES MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y UN MIL CIENTO SESENTA Y SIETE Y SIETE PESOS M/CTE (\$3.631.167.00) por concepto de aporte de previsión “CAJANAL” del afiliado, para la pensión de vejez e invalidez, los cuales deberán consignarse por intermedio de la Subdirección Financiera, Grupo de Tesorería del DAS, al Fondo Nacional del Ahorro.*
 16. *La suma de DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS DIEZ Y SIETE PESOS M/CTE (\$10.491.617.00) por concepto de auxilio de cesantías indexado, a favor del señor EDITH MAZO GARCÍA, los cuales*

deberán consignarse por intermedio de la Subdirección Financiera, Grupo de Tesorería del DAS, al Fondo Nacional del Ahorro (...)

ARTÍCULO TERCERO.- La Subdirección Financiera, Grupo de Tesorería, del departamento Administrativo de Seguridad, verificará que el apoderado del beneficiario otorgue el paz y salvo correspondiente a la Nación-DAS y certificará el pago de manera inmediata a la Secretaría General y Oficina Asesora Jurídica del DAS, para dar cumplimiento a lo determinado en el artículo 8º de la Ley 678 del 3 de agosto de 2001 ...” (fls. 51 a 79, c.1).

3.2.3 El 27 de agosto de 2007, se depositó en el Banco de Bogotá en la cuenta corriente n.º 492324470 a nombre del abogado Luis Arturo Victoria la suma de \$66.473.615.00¹¹ y en el Banco Davivienda la suma de \$105.573.302,00 en la cuenta de ahorros n.º 056-520455 a nombre de la señora Edith Mazo García (fls. 148 a 156, c.1 - certificaciones bancarias).

3.2.4 El 19 de septiembre, el abogado Luis Arturo Victoria, actuando a nombre de la señora Edith Mazo García presentó ante la pagaduría del entonces Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, ofició mediante el cual manifestó adjuntar paz y salvo de los dineros liquidados mediante resolución n.º 3193 del 14 de agosto de 2007 (fl. 82, c.1).

En relación a la imputación

3.2.5 El 17 de septiembre de 1992, la señora Edith Mazo García ingresó al entonces Departamento Administrativo de Seguridad. Durante su permanencia en la institución se desempeñó como: i) inspector grado 17, hasta el día 7 de julio de 1993; ii) profesional operativo 202-17 hasta el día 13 de febrero de 2001 y iii) profesional operativo 202-18 hasta su desvinculación. En total sirvió a la institución por 10 años y 8 días.

Durante su estancia en la institución no fue objeto de sanciones y por el contrario en su hoja de vida se anotaron las siguientes felicitaciones:

“...Por su decidida participación en el cumplimiento de las misiones encomendadas, demostrando alto sentido de profesionalismo y gran acierto.

Oficio sin número de 15 de marzo de 1996.

¹¹ El 16 de Agosto de 2007, la entidad emitió la orden de pago n.º 3685 a favor del abogado Luis Arturo Victoria, abogado de la señora Edith Mazo García, por valor de \$66.473.615. Se anotó que el deposito debía hacerse en la cuenta corriente # 492324470 del Banco de Bogotá. Además, se dejó constancia de que la misma se efectuó el 27 de agosto de agosto siguiente a través de una transferencia SIIF-DTN (fl. 80, c.1).

Por su brillante participación en la comisión de servicios que cumplió en representación del D.A.S. ante el gobierno de Panamá, en donde a través de su intervención sobre lucha contra el lavado de activos, logró dejar muy alto el nombre y prestigio del departamento. Agosto de 1997.

Por los excelentes resultados en la operación Don Efra. Julio 24/98.

Por los excelentes resultados obtenidos en el desarrollo de un operativo relacionado con la extinción del dominio. Mayo 29/98.

Por su brillante participación en la excelente investigación que culminó con la operación Canario, la cual consistió en la ocupación de bienes de propiedad de un presunto narcotraficante. Mayo de 1998.

Por la labor desarrollada durante la realización de la operación Esmeralda. Oficio de la Dirección del Departamento. Agosto de 1998.

Mención al mérito por cumplir diez años en la Institución. Resolución 1806 del 30 de agosto /02.

Por su mística institucional, excelente concurso y oportuna gestión, demostrada en el eficiente desempeño de sus funciones, reflejado en las investigaciones que dejan en alto la imagen y prestigio de la institución y ratifica la idoneidad de los funcionarios que la integran. Oficio de la Dirección del departamento. Mayo de 1998... ” (fls. 5 a 7 - cuaderno de pruebas trasladadas).

Además, el director general de inteligencia, certificó, a 1.º de octubre de 2002, la inexistencia de informes de inteligencia o contrainteligencia en su contra (fl. 8, cuaderno de pruebas trasladadas). Lo propio hizo, la secretaria Común de la Oficina de Control Interno Disciplinario en lo que respecta a actuaciones disciplinarias en su contra (fl. 9, cuaderno de pruebas trasladadas).

3.2.6 El 19 de septiembre de 2002, el señor Jorge Aurelio Noguera Cotes, en su calidad de director del entonces Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, expidió la resolución n.º 1952 mediante la cual declaró insubsistente a la señora Edith Mazo García del cargo de profesional operativo 202-18. Así, resolvió:

*“...EL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD
En uso de sus facultades legales y en especial de las que confiere el artículo 1º del
decreto 1679 de 1991,*

R E S U E L V E

ARTÍCULO PRIMERO: *Declarar insubsistente a partir de la fecha el nombramiento de EDITH MAZO GARCÍA, identificada con la C.C. No. 24.953.008 de Pereira, del cargo de profesional operativa asignada a la dirección general operativa.*

ARTICULO SEGUNDO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición...” (fl.3, cuaderno de pruebas trasladadas).

En esa misma fecha declaró insubsistentes a Cesar David Suarez Castellanos, Sonia María Tellez Morea, Gloria Inés Quintero Ramírez, Jehovany Arley Villada Pérez, William Rodríguez Méndez, Gustavo Bohórquez Velasco, Guillermo Salgado Rodríguez, Betty Constanza Rodríguez Ramírez, Pedro Domingo Hernández Vargas funcionarios de la Área de Investigaciones Financieras de la entidad (fls. 119 y ss., c. pruebas trasladadas).

El 12 de noviembre siguiente se declaró insubsistentes de esta misma unidad a los funcionarios Víctor Raúl Castillo Jiménez y se aceptó la renuncia del señor Iván Gil Echeverry. Finalmente, el 3 de junio de 2003, se declaró insubsistente al señor Pedro José Camacho Buitrago

3.2.7 El acto de insubsistencia fue sometido al control de esta jurisdicción. La Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de abril de 2007 procedió a su anulación, al encontrar que dicho acto fue expedido con desviación de poder y falsa motivación. Así, razonó:

“...la Sala destaca la responsabilidad que ha sido radicada en cabeza del Departamento Administrativo de Seguridad para apoyar las funciones propias de la seguridad del Estado. Aunado a lo anterior, se tiene que el DAS ha dispuesto del conocimiento de algunas investigaciones especiales en cabeza de personas idóneas previamente seleccionadas, en quienes deposita la difícil tarea de investigar los delitos de gran trascendencia que ha marcado durante décadas la lucha del Estado contra flagelos como el narcotráfico.

Se destaca lo anterior, dado que en el sub exámine se censura la decisión del director del Departamento Administrativo de Seguridad, mediante la cual declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en su calidad de profesional operativo 202-18, por lo que llaman la atención de la Sala las siguientes particularidades:

- *La decisión de declarar insubsistente el nombramiento de la demandante como profesional operativo 202-18 se produjo el 19 de septiembre de 2002 (fl. 3); es decir, en momentos en que el recién nombrado director del DAS no contaba con la información idónea para calificar de deficiente el desempeño de la actora.*
- *Para la época de la desvinculación de la demandante, el director del DAS desintegró la Unidad de Investigaciones Financieras, dependencia que adelantaba delicadas investigaciones relacionadas con narcotráfico, de suerte que la calidad del trabajo en dicha unidad se vio seriamente afectada (fls. 119 a 125).*
- *La historia laboral de la señora EDITH MAZO GARCÍA entrañaba una carrera de más de 10 años en la entidad, lo que le permitió desempeñar diferentes cargos con un alto grado de responsabilidad, hasta el punto de reemplazar a su superior inmediato en sus ausencias temporales.*

- *Prueba de las excelentes calidades profesionales de la actora, son los distintos estudios patrocinados por el DAS, incluidas las comisiones al exterior por concepto de capacitación y representación del organismo (fls. 166 a 188 y 210).*

Pues bien, según se vio en líneas anteriores el cargo que desempeñaba la actora al momento de su retiro -profesional operativo 202-18- estaba sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, dada la especial exigencia y alto grado de confianza que exige el mismo. Sin embargo, es necesario aclarar que, aunque por su naturaleza el acto de insubsistencia no requiere que la Administración surta previamente un determinado procedimiento para el ejercicio de la facultada discrecional, el mismo debe obedecer a los fines propios del buen servicio y a la satisfacción del los interés del Estado, sin que ello autorice el desconocimiento de los derechos de las personas.

(...)

Como bien se aprecia, la facultad para remover del cargo a un empleado no es absoluta, antes bien, ella tiene unos límites constitucionales y legales que el nominador no puede soslayar. Por tanto, cuando el director del DAS ejerce la facultad discrecional para retirar del servicio a un profesional operativo debe perseguir, por lo menos, el mejoramiento del servicio.

En este sentido debe destacarse que al proceso se allegó la hoja de vida de la demandante (fls. 143 a 322), la cual registra un tiempo de servicio de más de 10 años, término dentro del cual no le figuran sanciones de ninguna índole ni antecedentes disciplinarios (fls. 8 y 9); en cambio sí aparecen múltiples felicitaciones por los servicios prestados a la Institución (fls. 264 a 272).

Así pues, de una parte, no encuentra la Sala el menor indicio del que se pueda deducir que la permanencia de la actora era inconveniente para la institución, y de otra, en el curso del proceso la entidad pública demandada no se preocupó por justificar la expedición del acto de insubsistencia, es decir, no le indicó al Contencioso Administrativo en qué consistieron las razones de derecho que motivaron el acto censurado...

(...)

Consecuentemente, con la prueba documental que reposa en la hoja de vida de la demandante demostró ser una excelente servidora, por contraste, la demandada no adelantó ninguna actividad tendiente a demostrar en qué pudo consistir el mejoramiento del servicio que justificara el ejercicio de la facultad discrecional. Por ende, para la Sala es evidente que en esta oportunidad la Administración desbordó los límites que la normativa rectora le impone para el ejercicio de la potestad nominadora.

(...)

Acorde con lo enseñado por la jurisprudencia y atendiendo el soporte fáctico del sub exámine, se infiere que no existieron razones objetivas que en aras del mejoramiento del servicio motivaran válidamente a la Administración para tomar esta decisión en contra de la actora, razón por la cual la Sala accederá a las súplicas de la demanda, pues, si bien es cierto que la actora era una empleada de libre nombramiento y remoción, también los es que su separación del cargo no obedeció a las razones expuestas por la entidad demandada, esto es, de buen servicio; hecho que se subsume dentro de las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del C.C.A.

Por consiguiente, el acto censurado se encuentra viciado por desviación de poder y falsa motivación en su expedición, circunstancia que al tenor del inciso 2º artículo 84 del C.C.A. desvirtúa la presunción de legalidad. En efecto, en el sub lite se configuran los elementos de la desviación de poder, tal como lo ha definido la Corte Constitucional al expresar:

El vicio de desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia¹²

En conclusión, resulta evidente que la decisión de declarar insubsistente el nombramiento de la actora del cargo de profesional operativo 202-18 del DAS desbordó los límites que la proporcionalidad y razonabilidad le imponían, al propio tiempo que se apartó del interés general que debe gobernar las actuaciones de las autoridades administrativas” (fls. 442 a 472 – cuaderno pruebas trasladadas).

3.2.8 El 14 de septiembre de 2011, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia encontró al señor Jorge Aurelio Noguera Cotes responsable, de entre otros, del delito de concierto para delinquir agravado, descrito en el inciso 2º del artículo 340 del Código Penal. La Corporación encontró demostrado que el antes nombrado puso la institución al servicio del Bloque Norte de las Autodefensas, protegiendo a sus integrantes de las acciones que funcionarios de la entidad adelantada en su contra, nombrando personas afines a su política y removiendo servidores que no lo estaban, comportamiento con el cual ayudó a promover y ocultar sus operaciones delincuenciales.

En relación a la utilización del poder discrecional por parte del señor Noguera Cotes, en su condición de director general de la entidad, para trasladar o remover funcionarios, en orden a favorecer las actividades delictuales de las Autodefensas, la Corporación destacó:

“...1.2. Desde la anterior perspectiva, el análisis de los diversos y numerosos elementos de juicio acopiados durante la fase instructiva y etapa del juicio, permiten afirmar en grado de certeza que JORGE AURELIO NOGUERA COTES en su condición de Director del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, aprovechó el poder que el cargo le confería y las facultades propias de la entidad, para promocionar y facilitar las actividades delictivas del "Bloque Norte de las Autodefensas" del cual hacía parte el "Frente Resistencia Tayrona", favoreciendo los intereses de sus dos cabecillas: Rodrigo Tovar Pupo, alias "Jorge 40" y Hernán Giraldo Serna, alias "el viejo"¹³.

¹² Cita original: Corte Constitucional, sentencia C - 456 de 1998, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

¹³ Nota original: Rodrigo Tovar Pupo, alias “Jorge 40” asumió en el año 2002 la comandancia del Bloque Norte de las Autodefensas que operaban en la Costa Atlántica.

A través de su poder discrecional NOGUERA ayudó al Bloque Norte de las Autodefensas, haciéndoles llegar información que el organismo recolectaba en virtud de las funciones que cumplía; nombrando personas allegadas a la organización y, trasladando o declarando insubsistentes a los servidores que dirigían su labor contra ellos, sin importarle la experiencia y años de servicio que llevarán en la institución.

Las dependencias más afectadas con la toma de este tipo de determinaciones fueron el Área Especializada de Investigaciones Financieras y las Direcciones Seccionales de la costa norte, las cuales ejercían funciones de policía judicial en coordinación con la Fiscalía General de la Nación y las demás autoridades judiciales.

(...)

1.3. Esta operación, llamada inicialmente al interior del DAS "Rodadero" y que terminó denominándose "Ciclón" por el "caos" o las "tempestades" originadas por el Director del DAS durante su ejecución, según lo relataron Juan Carlos Sánchez Candía y Juan Carlos Garzón, detectives que participaron en ella, tuvo origen en un informe remitido por el Grupo de Inteligencia del Ejército -RIME- a la Fiscalía General de la Nación a finales del año 2002, el cual daba cuenta sobre la historia delincriminal del narcotraficante y paramilitar Hernán Giraldo Serna, la influencia que ejercía en la ciudad de Santa Marta y las propiedades que poseía en fachada y a nombre de terceros en esa ciudad¹⁴

En virtud de este documento el Fiscal 21 de la Unidad Nacional de Fiscales para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos, dispuso en el radicado 1669 promover la fase inicial de la acción de extinción del derecho de dominio sobre los bienes de Hernán Giraldo Serna -resolución de 23 de enero de 2003¹⁵.

Para tal fin el funcionario solicitó a la Dirección General Operativa del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, la conformación de un grupo de trabajo con la finalidad de establecer los antecedentes penales de Giraldo Serna, y verificar las propiedades que aparecían a nombre de terceros, de acuerdo con el informe de inteligencia del Ejército¹⁶.

El Área Especializada de Investigaciones Financieras de la Dirección General Operativa del DAS, a través de oficio de 19 de marzo de 2003 informó al Fiscal que los detectives Juan Carlos Sánchez Candía, Juan Carlos Garzón y Sigifredo Puentes Ibáñez en calidad de Coordinador del grupo, atenderían la comisión¹⁷

En ese momento las autodefensas campesinas de la Sierra Nevada de Santa Marta lideradas por Hernán Giraldo Serna pasaron a formar parte de aquél bajo el nombre de Frente Resistencia Tayrona. El primero ejercía como comandante militar y el segundo como comandante político y subordinado de "Jorge 40". Cfr. Declaraciones de Hernán Giraldo Serna del 24 de enero de 2007. Fol 31 y ss del c.o. 5 y 28 de marzo de 2007. Fol. 92 del c.a. 67. Rodrigo Tovar Pupo. Fol. 16 y ss del c.o. 4, todos de la Fiscalía.

¹⁴ Nota original: Fol. 4 a 30 del c.a. 76 Fiscalía.

¹⁵ Nota original: Fol. 35 del c.a. 76 de la Fiscalía.

¹⁶ Nota original: Oficio del 29 de enero de 2003. Fol. 38 del c.a. 76.

¹⁷ Nota original: Fol. 41 del c.a. 76 Fiscalía.

Mediante informes del 8 de mayo¹⁸, 17 de julio¹⁹, 8²⁰ y 15²¹ de agosto de 2003, los detectives comisionados presentaron a la Fiscalía los resultados de las indagaciones, sintetizadas en los datos biográficos y antecedentes de las personas vinculadas con dicho grupo, junto con una relación extensa de los bienes que aparecían a sus nombres, y actas de inspecciones practicadas en despachos judiciales donde recolectaron prueba valiosa para la acción de extinción.

Todas estas labores venían realizándose de manera pacífica y eficaz, hasta el momento en que NOGUERA se enteró que Sigifredo Puentes se encontraba en Santa Marta apoyando a la Fiscalía para materializar la acción de extinción de dominio contra los bienes de la organización criminal liderada por Hernán Giraldo Serna.

Es un hecho verídico que NOGUERA tuvo noticia de las actividades que realizaba el Área Especializada de Investigaciones Financieras, cuando el entonces Jefe de la Oficina de Protección Rodolfo Enrique Benítez Quintana, llamó a la Directora del DAS en el Magdalena Gloria Bornacelly, para decirle que los escoltas se encontraban imposibilitados para participar en el operativo que Sigifredo Puentes iba a adelantar contra esa banda criminal, por carecer ellos de funciones de policía judicial, tema respecto del cual se enteró en virtud de una consulta telefónica efectuada con anterioridad por un escolta de la seccional del Magdalena.

Cuenta Benítez que ese mismo día NOGUERA lo llamó para "**preguntarme que qué era lo que pasaba, que quién iba a realizar un operativo contra Hernán Giraldo, yo le conté que la información que yo tenía era que el detective Sigifredo Puentes iba a realizar unos operativos, allanamientos contra Hernán Giraldo..**", relato que finalizó con un juicio valorativo consistente en que: "**el doctor NOGUERA se molestó mucho**"²² por el hecho que adelantara un operativo contra este sujeto.

En oposición a este testimonio obra la versión de NOGUERA quien insistentemente ha señalado que su conocimiento en torno a este procedimiento derivó del informe verbal presentado por el Director General Operativo Carlos Arturo Riaño, a quien incluso dio su visto bueno para que el Área Especializada de Investigaciones Financieras realizara la misión impartida por la fiscalía²³.

Esta narración la vigoriza con las aseveraciones de Sigifredo Puentes, relativas a que informó a sus superiores Carlos Riaño y Alberto Alzate, ex Directores Generales Operativos, sobre la operación "Rodadero" o "Ciclón", pues "era de especial delicadeza el operativo porque en Santa Marta vive la familia del Director y debíamos comunicarle por si el consideraba que debía poner seguridad especial a su familia", funcionarios que a su vez, supuestamente le comunicaron haber hecho lo mismo con el Director.

Sin embargo, Riaño contradice estas manifestaciones cuando al preguntarle la Fiscalía si conocía el informe del 8 de mayo de 2003 que daba cuenta sobre labores realizadas por los investigadores, enfáticamente contestó: "No, puesto que no hay ningún aval por parte del Subdirector de Investigaciones Estratégicas ni por la Dirección General Operativa, por lo cual el documento físico que me presentan nunca

¹⁸ Nota original: Fol. 46 del c.a. 76.

¹⁹ Nota original: Fol. 2 del c.a. 80.

²⁰ Nota original: Fol. 1 y ss. del c.a. 82.

²¹ Nota original: Fol 1 y ss. del c.a. 83.

²² Nota original: Cfr. Fol. 93 del c.o. 1 Fiscalía.

²³ Nota original: Indagatoria de agosto 22 de 2008.

paso por estas oficinas y por ende **no se lo pude haber presentado al Director General doctor NOGUERA**²⁴." (destaca la Sala).

En idéntico sentido en declaración rendida el 15 de abril de 2008, a la pregunta acerca de si recordaba que Sigifredo Puentes hubiera adelantado algún tipo de operación relevante durante la época en que fungió como Director Operativo, respondió: "No, no recuerdo..."²⁵.

De cara a estos relatos el ex director General Operativo Luis Carlos Barragán Samper, aseguró que en esos días estaba recibiendo la Dirección General Operativa por orden del doctor NOGUERA, funcionario que de manera vehemente le expresó que "estaba molesto con el detective Sigifredo Puentes, porque a decir del doctor NOGUERA, se había desplazado a la ciudad de Santa Marta de manera inconsulta a realizar unos operativos bajo la coordinación de la Fiscalía General de la Nación"²⁶.

Cuenta igualmente Barragán Samper que en la entidad "había instrucciones precisas, me consta porque me lo dijeron a mí, en el sentido de que cualquier actividad operativa a realizarse en la Costa Atlántica y principalmente en el Departamento del Magdalena, tenía que ser conocida completamente y previamente por el doctor NOGUERA y el doctor Giancarlo"²⁷.

Sobre esta instrucción Juan Carlos Sánchez Candía refirió que en la oficina existía la orden de presentar continuamente informes en los cuales se relacionaran las personas y los bienes que estaban siendo objeto de cualquier tipo de averiguación, especialmente aquellos relacionados con el narcotráfico y el paramilitarismo.

Por manera que, consecuente con esta directriz, en el presente caso quien debía enterar al Director de la operación Rodadero era el Director General Operativo que en esa época era Carlos Arturo Riaño, el cual según sus propias palabras, no brindó esta información a su jefe inmediato por cuanto Puentes nunca le hizo saber que la estaba adelantando.

Fue tan evidente el disgusto que le causó a NOGUERA saber que Sigifredo Puentes se encontraba en Santa Marta colaborándole a la Fiscalía, que el propio Rafael García relató:

".. cuando el señor Auque regresó, me dijo que Sigifredo Puentes quien dirigía el área de investigaciones financieras, se había ido sin autorización para Santa Marta a participar en el operativo Giancarlo y yo nos dirigimos a la oficina del Dr. NOGUERA, Giancarlo le informó de la situación que se estaba presentando, el doctor NOGUERA mostró su disgusto le pidió a Auque que ordenara el regreso inmediato del detective Sigifredo Puentes |44|"

Esta narración coincide con lo expuesto por el Secretario General Giancarlo Auque de Silvestre:

"Él -NOGUERA- se molestó mucho en ese momento, dijo que se separara de la investigación que estaba haciendo, yo se que hubo una orden a Santa Marta y le confieso que no se si yo la retransmití en el sentido de que Sigifredo Puentes se

²⁴ Nota original: Declaración del 13 de julio de 2007. Fol. 13 del c.o. 10.

²⁵ Nota original: Fol. 268 del c.o. 16.

²⁶ Nota original: Fol. 176 del c.a. 21 Fiscalía.

²⁷ Nota original: Fol. 177 del c.a. 21 de la Fiscalía.

comunicara con el nivel central o se regresara al nivel central, y sí lo vi molesto con el asunto |45|"

Consecuente con esta dicción, la Directora del DAS en el Magdalena Gloria Bornacelli refirió que recibió una llamada "del nivel central en el cual se me solicitaba que ubicara en la regional de inteligencia militar al señor Sigifredo y le informara que debía trasladarse a la ciudad de Bogotá y que en el aeropuerto estaban situados los tiquetes |46|".

Y ciertamente en momentos en que Sigifredo Puentes se encontraba en las instalaciones del RIME -Regional de Inteligencia Militar- de Santa Marta apoyando al Fiscal 21 de la Unidad Especializada contra el Lavado de Activos y Acción de Extinción del Derecho de Dominio, para adelantar algunas diligencias sobre el operativo de incautación y ocupación de dichos bienes, la Directora Seccional del Magdalena Gloria Bornacelli le notificó la resolución 1390 de 12 de agosto de 2003, en virtud de la cual el Director NOGUERA COTES disponía su traslado a la ciudad de Arauca²⁸.

Era tal la premura de NOGUERA porque el detective Puentes no continuara colaborándole a la fiscalía, que a través de la citada funcionaria le hizo saber que su decisión era perentoria.

En palabras de Sigifredo Puentes, dicho traslado "debía hacerse en forma inmediata, para lo cual, la Directora me entregó la resolución firmada por el doctor NOGUERA, junto con unos nuevos pasajes aéreos con destino a Bogotá. De allí debía reclamar a la ciudad de Arauca y reintegrarme a la fila, como detective en la población de Saravena²⁹"

De lo expuesto puede inferirse que la decisión de traslado de Sigifredo Puentes no obedeció, como dijo NOGUERA y lo ratificó su Secretario General Giancarlo Auque, al conocimiento que tuvo éste por parte del investigador sobre el plan operativo, lo cual consideró un acto de filtración que ponía en peligro la misión, sino a su participación en la misma, cuestión que no le interesaba en la medida que atentaba contra sus propios intereses, que no eran otros que proteger las actividades del grupo delincuencia.

De hecho, observa la Sala que para el 12 de agosto de 2003, día del traslado, el plan operativo no existía:

Según lo relató Jesús Rafael Pérez Acosta³⁰, la elaboración de este documento se produjo como consecuencia de la orden que con carácter de urgencia impartieron el Director -NOGUERA- y el Secretario General -Auque- para su presentación³¹, hecho que sucedió con posterioridad al traslado de Puentes, como puede colegirse de la fecha de su expedición, 19 de agosto de 2003³², esto es, días después de la expedición de la resolución de traslado.

²⁸ Nota original: Cfr. Declaración del 27 de octubre de 2005. Fol. 126 y s.s. del c.o. 4 Fiscalía.

²⁹ Nota original: Ver declaración del 27 de octubre de 2005 rendida ante la Procuraduría General de la Nación. Fol. 127 del c.o. 4 Fiscalía.

³⁰ Nota original: Funcionario que quedó a cargo del Área Especializada de Investigaciones Financieras por ausencia del titular Guillermo de la Hoz Carbono, servidor designado por NOGUERA para reemplazar a Sigifredo Puentes.

³¹ Nota original: Cfr. Declaración del 16 de marzo de 2009 ante la Fiscalía. Obra en CD.

³² Cfr. Declaración del 16 de marzo de 2009 ante la Fiscalía. Obra en CD.

Obsérvese en esta exposición que es el Secretario General Giancarlo Auque quien solicitó a Jesús Rafael Pérez la entrega de ese documento, luego mal puede aceptarse que Sigifredo Puentes hizo entrega del plan operativo al Secretario General y de paso, que fue la revelación de su contenido la causa del traslado.

Adicional a lo anterior, se observa que la decisión de inicio formal del trámite de extinción del derecho de dominio fue adoptada por el Fiscal 21 Especializado solo el 20 de agosto de 2003³³, luego es indudable que para el 12 de agosto del citado año se desconocían cuáles propiedades y establecimientos iban a ser objeto de las medidas de embargo y secuestro.

Este análisis permite calificar como falaces las explicaciones rendidas por NOGUERA y el Secretario General en cuanto a la causa del traslado de Sigifredo Puentes, de hecho, puede asegurarse que desde el punto de vista laboral no existía motivo alguno para que NOGUERA relevara a Puentes de la comisión, pues él junto con los detectives Sánchez Candía y Garzón Garzón, venía realizando una tarea eficaz y contundente dentro del proceso de acción de extinción, tal y como puede colegirse de los informes presentados a la Fiscalía 21 de la Unidad Especializada, el 8 de mayo³⁴, 17 de julio³⁵ y 8 de agosto³⁶ de 2003.

En oposición, lo que sí se observa desde la perspectiva de la política institucional impulsada por el ex Director, es que la realización de este operativo afectaba los intereses de los grupos de autodefensa, como lo aseguraron Rafael García y los demás deponentes cuando manifestaron que NOGUERA no mostraba disposición alguna por atacar estos grupos al margen de la ley.

(...)

Véase además que la administración de JORGE AURELIO NOGUERA COTES se caracterizó por trasladar o desvincular a todo servidor que en cumplimiento de sus funciones atacara con tesón a las autodefensas.

Además del caso de Sigifredo Puentes, pueden citarse los siguientes:

El ex Director del DAS en el departamento del Cesar, Jaime de Jesús Gañan López, declaró que su salida de la institución el 18 de octubre de 2002 obedeció a su "posición radical y vertical frente al actuar de los grupos de autodefensa de la zona y en especial el que ejercía influencia sobre Valledupar, al mando del sujeto David Hernández Rojas alias "39", quien era la mano derecha en la región del también sujeto RODRIGO TOVAR PUPO, alias "Jorge 40"³⁷.

Del mismo modo, otro ex Director del DAS en el Cesar, Audberto Flabio Dorado, quien llevaba 23 años con la institución³⁸, manifestó que a los pocos días de entregar

³³ Cfr. Folios 81 a 91 del c.a. 39 de la Fiscalía.

³⁴ Nota original: Cfr, Resolución. Fol. 66 a 94 del c.a. 76.

³⁵ Nota original: Fol. 46 del c.a. 76.

³⁶ Nota original: Fol. 1 y ss del c.a. 82.

³⁷ Nota original: Declaración de 27 de agosto de 2007. Fol. 122 del c.o. 11

³⁸ Nota original: Fue director de las seccionales de Tolima, Atlántica, Valle del Cauca, Casanare y Cundinamarca.

un informe de inteligencia sobre las AUC en el Despacho de JORGE NOGUERA, le fue solicitada la renuncia por el Jefe de Personal de la entidad³⁹.

Asimismo, la funcionaria Sonia Rodríguez Briceño indicó que a los quince días de haber presentado un informe al Subdirector del DAS José Miguel Narváez, haciéndole saber que existían datos de inteligencia relacionados con "la creación de una sala técnica al servicio de los grupos armados AUC" fue trasladada sorpresivamente por el Director NOGUERA a la Seccional del DAS en Riohacha⁴⁰.

Si bien este episodio fue confirmado por el propio Narváez, agregando haberle dado a conocer esta información a su superior quien inmediatamente en su presencia ordenó a la oficina de control interno adelantar la correspondiente investigación, extrañamente ante una solicitud elevada por la fiscalía al DAS para conocer el estado de la misma, la oficina de control disciplinario interno respondió que allí no existía registro alguno que indicara apertura de investigación disciplinaria en razón de esta denuncia⁴¹.

Estos casos, son palpable ejemplo de la manera como procedía el ex Director cuando se presentaban situaciones de peligro contra los miembros del grupo de autodefensa que protegía. A través de su poder discrecional trasladaba o declaraba insubsistente a quien en desarrollo de sus funciones dirigía su accionar contra ellas, sin importarle la experiencia o los años de servicio que llevaran en la institución.

Con esta dinámica, JORGE AURELIO NOGUERA COTES impidió a los funcionarios que dependían de la Dirección General Operativa y a los Directores Seccionales, cumplir libremente sus funciones especiales de policía judicial consagradas para esa época en el artículo 37 del Decreto 218 de 2000..." (fl. 1 y s.s., c. prueba trasladada proceso penal).

Entre las declaraciones que tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia para adoptar su decisión resulta relevante resaltar la del señor Sigifredo López, quien, en sus diferentes versiones en el proceso penal, señaló que estando en la ciudad de Santa Marta, con el fin de participar en una operación de extinción de dominio contra el grupo paramilitar Frente Resistencia Tayrona, fue notificado por la directora de dicha seccional de su traslado inmediato a la ciudad de Arauca, para el cual se ordenó su retorno inmediato a la ciudad de Bogotá. No obstante, dado que participó el mes anterior en un operativo contra la guerrilla en esa zona del país lo que le valió varias amenazas contra su vida, solicitó al director general la reconsideración de la decisión y ante la negativa decidió renunciar antes que exponerse al riesgo (fls. 241 y ss, c. pruebas trasladada).

También, resultó fundamental la declaración del señor Jaime de Jesús Gañan López, quien manifestó que su desvinculación como director seccional se debió a su posición radical contra las autodefensa. Señaló:

³⁹ Nota original: Declaración del 4 de septiembre de 2007. Fol. 250 y ss del c.o. 11 Fiscalía.

⁴⁰ Nota original: Cfr. Fol. 225 y ss del c.o. 2 Corte.

⁴¹ Nota original: Declaración del 20 de mayo de 2010 -obra en audio- y oficio de enero 7 de 2010 aportado por José Miguel Narváez -fol. 57 del c.a. 1/3 de la Corte.

“...PREGUNTADO: Cuanto tiempo duró usted como director seccional del Cesar, precisando la fecha de su inició hasta la terminación en ese cargo, si lo recuerda, y diga si fue traslado a otra seccional o fue retirado de la institución. CONTESTÓ: Fui vinculado al DAS el 21 de diciembre de 1999 y destinado a la seccional del DAS, Cesar, llegando a Valledupar el 2 de enero de 2000, permaneciendo desde esta fecha hasta el 18 de octubre de 2002, cuando por segunda vez de la oficina de Talento Humano del DAS el señor coronal MOYA que era el jefe me llamó por teléfono y me solicitó que debido a que se iban a hacer unos movimientos en la entidad pesara nuevamente mi renuncia protocolaria, como ya lo había hecho anteriormente, renuncia que me fue aceptada a partir del 18 de octubre de 2002...En la Seccional Cesar se adelantaron unas diligencias preliminares con relación a lo que, en el momento se consideró que podía ser un presunto delito de lavado de activos y contrabando técnico contra el señor JESUALDO GNECCO OÑATE, conocido en el Cesar y Guajira como “el Moncho Gnecco”...ya al momento de posesionarse en el mes de agosto el DR. JORGE NOGUERA COTES, en la segunda visita que éste hizo a Valledupar, le entregué personalmente el oficio 06142 del 17 de septiembre de 2002 en el cual estaban consignados todos los antecedentes del caso que he narrado anteriormente, y solicitándole a la vez que nos colaborara desde Bogotá con un fiscal especial para la investigación de este caso, como pasaron los días y no se obtenía ninguna respuesta desde Bogotá hablé personalmente con el Dr. EMIRO ROJAS, quien para la fecha había sido nombrado subdirector del DAS y le comenté el caso, le manifesté que le había entregado personalmente al Dr. JORGE NOGUERA un oficio en el que consignábamos las diligencias que habíamos adelantado y que solo esperábamos que nos colaboraran con la designación de un fiscal especial para entrar a judicializar el citado caso, el Dr. EMIRO me manifestó que le enviara una copia del citado documento y fue así como mediante oficio No. 06515 de 1 de octubre de 2002, emanado de la dirección seccional DAS, Cesar, se le envió al Dr. EMIRO ROJAS nuevamente una solicitud de apoyo de un fiscal especial para el citado caso, anexando además copia del oficio que ya le había entregado al Dr. JORGE NOGUERA. Pasaron los días y en razón a que ya la situación mía como director de la seccional Cesar era incómoda para muchas personas de la región y considero que para el mismo Dr. JORGE NOGUERA, por mi posición radical y vertical frente al actuar de los grupos de autodefensa de la zona y en especial el que ejercía influencia sobre Valledupar, al mando del sujeto DAVID HERNÁNDEZ ROJAS alias “39”, quien era la mano derecha en la región del también sujeto RODRIGO TOVAR PUPO alias JORGE 40 y fue así como el 18 de octubre me fue aceptada mi renuncia con el antecedente que ya mencioné al inicio de la diligencia...” (fls. 119 y ss c. prueba trasladada).

Y, la del señor Audsberto Flavio Dorado Daza, quien también se desempeñaba como director seccional y fue desvinculado de la entidad al parecer por entregar un informe de inteligencia contra las autodefensas. Sostuvo:

“...PREGUNTADO: usted dice que estuvo en el Cesar hasta el 23 de abril de 2003, sírvase precisar si fue trasladado a otro cargo u otra ciudad. CONTESTÓ: No, me fue pedida la renuncia por el Dr. NOGUERA A TRAVÉS DEL JEFE DE PERSONAL, CORONEL MOYA, de manera inmediata. PREGUNTADO: Cuál fue la razón o motivo, para que le solicitaran la renuncia, en esas condiciones. CONTESTÓ: Pues fue extraño para mí, puesto que llevaba escasos 23 años al frente de la institución, ocupando altos cargos directivos del orden nacional, labor reconocida por los 5

últimos directores nacionales, en las ejecutorias como director seccional del departamento de Tolima, Atlántico, Casanare, Valle del Cauca, jefe de policía judicial nacional, director general de investigaciones encargado varias veces, delegado del director nacional ante el consejo nacional antisequestro, inspector general y director del DAS, Cundinamarca, como ya lo indiqué. Debí entender la facultad discrecional que le asiste al director nacional y que seguramente no estuvo conforme con mi desempeño en el Cesar, no obstante haber adelantado significativas operaciones contra grupos subnacionales, propiciadores de terrorismo en esa región del país, que merecieron el reconocimiento de la misma Presidencia de la República, a través de la dirección de orden público del Ministerio del Interior...PREGUNTADO: Manifiesta usted que, con ocasión de la solicitud de retiro que se le hiciera, posiblemente el director NOGUERA no estuvo conforme con las operaciones por las cuales usted fue felicitado incluso por el ejecutivo nacional, sírvase especificar por qué razón considera usted que pasó esto. CONTESTÓ: Antes de responder esta pregunta, reitero la íntima convicción sobre la facultad discrecional que tienen los nominadores sobre los cargos de orden nacional, sin embargo y ante la recurrencia de la pregunta, el apoyar la subjetividad de la respuesta recuerdo que el director de inteligencia de entonces, mayor del Ejército de quien no recuerdo el nombre, cuando aludía a los informes de inteligencias alimentados por las autodefensas, me dijo alguna vez que al director nacional no le gustaban estos informes, posteriormente y ante un apoyo fracasado de la dirección operativa del DAS (que estrenaba director) para una operación que personalmente dirigía en la Sierra Nevada de Santa Marta, relacionada con una masacre ocurrida en Pueblo Bello, que contaba con el apoyo irrestricto de la dirección de Fiscalías, pero que no se pudo materializar por cuanto el Batallón de la Popa desarrollaba operaciones militares en la región, el recién nombrado director operativo del DAS. GABRIEL SANDOVAL PAVAJEAU, quien se desplazó en avión hércules con 60 operativos del DAS de manera inexperta quiso presionar al Ejército para que se desarrollara esa operación, situación incómoda para mí pues esta operación la habíamos acordado llevarla con el coronel González cuando se despejara la Sierra Nevada, ante su fracaso el joven director va a mi oficina y descubre un informe de inteligencia clasificado relacionado con las AUC que pretendo hacer llegar a la dirección de inteligencia, de manera no convencional quiere hacerse de este documento y yo le contesté que ese documento lo voy a llevar personalmente a Bogotá, una vez en Bogotá en el despacho del director nacional del DAS y en la antesala GABRIEL SANDOVAL sale del despacho y me exige que saque de mi maletín el informe de inteligencia, yo le insistí que ese informe va a la dirección de inteligencia y no al director del DAS, ante su insistencia y exhortación que dijera el mimos director del DAS le hago entrega de este informe, el director nacional Dr. NOGUERA decide no recibirme y me manda a decir que me regrese a Cesar, al poco tiempo me pide la renuncia a través del jefe de personal, como ya lo indiqué, estas son las razones que me llevan a hacer la suposición que obviamente no puede tener asidero legal... ” (fls. 250 y ss, c. prueba trasladada del proceso penal).

Finalmente, se debe señalar que en el proceso penal obra el testimonio del señor Gustavo Bohórquez Velasco, quien se refirió puntualmente a los hechos en los que se produjo la desvinculación de la señora Edith Mazo García y de otros integrantes de la Unidad de Investigaciones Financieras de la entidad. Manifestó:

“...Esta unidad se encargaba de realizar investigaciones sobre lavado de activos, enriquecimiento ilícito, extinción de dominio y prestaba apoyo a la Fiscalía en estos delitos, la Unidad dependía de la Dirección General Operativa al frente del doctor PABLO ALBERTO GONZALEZ. Esta Unidad estaba conformada por los grupos de análisis financiero que tenía como jefe a la doctora EDITH MAZO, un grupo de apoyo a la fiscalía en los temas de lavado de activos y extinción de dominio la cual era jefe la doctora GLORIA INÉS QUINTERO, un grupo denominado de lucha contra las finanzas de la subversión, no recuerdo bien el nombre de quien estaba como jefe, otro grupo denominado apoyo a UNAIM, no recuerdo el jefe y otro grupo denominado Unidad Penal, el cual estaba como jefe GERMÁN BARRETO que prestaba apoyo a todas las investigaciones penales...PREGUNTADO: Se afirma en estas diligencias que la oficina de investigaciones financieras del DAS desapareció y a sus empleados los habían votado (sic) porque habían recopilado información sobre vínculos del director del DAS o de su familia con el narcotráfico. Que tiene usted que decir sobre esto. CONTESTÓ: No sé si la oficina desapareció o no, lo que si se es que el día 19 de septiembre del año 2002 fuimos declarados insubsistentes aproximadamente 13 funcionarios y otros trasladados a diferentes partes del país. El grupo en esas delegada ante la Unidad de Extinción de Dominio y Lavado de activos en ese momento apoyaba una investigación contra la familia DAVILA ARMENTA. En los primeros días de septiembre el funcionario GIOVANNY ARLEY VILLADA PÉREZ, quien estaba apoyando esta investigación me informó que dentro de la misma aparecían algunos miembros del recién nombrado director del DAS. De esto informé al doctor PABLO ALBERTO GONZÁLEZ quien me pidió hacer un informe de inteligencia en el cual se detallara lo relacionado con este tema...PREGUNTADO: Usted habla de algunos miembros de la familia del director, quienes eran y de qué los sindicaban. CONTESTÓ: Los nombres de las personas no los recuerdo con exactitud, pero era la mamá y alguno otro miembro, los cuales aparecían en algunas de las sociedades investigadas al señor DAVILA ARMENTA. PREGUNTADO: Ustedes al ser declarados insubsistentes en la cantidad que dice y siendo la misma unidad, no les pareció extraña la desvinculación. CONTESTÓ. En ese momento uno no tiene la capacidad mental de determinar los motivos por los cuales fui declarado insubsistente y creo igualmente le haya sucedido a los demás funcionarios que corrieron la misma suerte mía. Pero después al analizar con cabeza fría y analizado lo sucedido entre a creer que el haber entregado el informe de inteligencia nos ocasionó que fuéramos declarados insubsistentes, ya que la mayoría de personas habíamos participado de una u otra manera en la investigación y en la ocupación de los bienes, ordenada por la Fiscalía...” (fls. 149 yss. cuaderno prueba trasladada proceso penal).

4. Legislación aplicable

Dado el tránsito legislativo en la materia, resulta pertinente detenerse en el marco normativo que rige la acción instaurada por el entonces Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en contra de su ex director general Jorge Aurelio Noguera Cotes el 27 de febrero de 2008, por un acto administrativo proferido el 19 de septiembre de 2002, es decir con posterioridad a que se expidiera la Ley 678 de 2001, publicada el 4 de agosto de 2001.

Como el restablecimiento del derecho declarado en contra de la entidad tiene que ver con la sentencia proferida por la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de abril 2007, por hechos que tuvieron lugar el vigencia de la Ley 678 de 2001, en tanto, como se ha dicho, el acto administrativo de insubsistencia se profirió el 19 de septiembre de 2002, vale la pena traer a colación lo dicho por la Corporación en relación con el tránsito normativo⁴²:

“De acuerdo con lo anterior, cabe efectuar las siguientes precisiones:

a) Si los hechos o actos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, son posteriores a la vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter “civil” que se le imprime a la acción en el artículo 2 de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política).

b) Si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la fuente de su responsabilidad civil frente al Estado.

En síntesis, en armonía con el derecho constitucional al debido proceso la culpa grave o dolo en la conducta del agente público se debe estudiar conforme con las normas vigentes a la fecha o época en que se presentaron las acciones u omisiones que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra el Estado o produjeron la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño.

De otra parte, en cuanto a los aspectos procesales, es claro, que por tratarse de normas de orden público rigen hacía el futuro y con efecto general e inmediato, en aplicación de lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las situaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

Es decir, las nuevas disposiciones instrumentales de la Ley 678 de 2001 se aplican a los procesos iniciados con posterioridad a su vigencia y a los procesos en trámite tan pronto cobraron vigencia, sin perjuicio de que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal culminen de conformidad con la ley procesal antigua. (...)”.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, exp.24.953.

Bajo esta realidad, es claro que para poder determinar si el exdirector del DAS, Jorge Eurelio Noguera Cotes, debe ser condenado a responder en repetición, su proceder debe ser analizado a la luz de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001.

5. Oportunidad de la demanda

Para la fecha de presentación de la demanda se encontraba vigente la Ley 678 de 2001 por lo que, para efectos de computar la caducidad se habrá de aplicar el artículo 11 de la citada disposición⁴³.

Así, cabe concluir que el entonces Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, al presentar la demanda el día 27 de febrero de 2008 lo hizo en tiempo, pues contaba con dos años para formularla, contados desde el 27 de agosto de 2007, fecha del pago del crédito judicial a la beneficiaria y su apoderado.

Esto es así, dado que en la demanda la entidad manifestó que canceló la condena a sus beneficiarios en esa fecha. Afirmación, no controvertida y que por el contrario encuentra respaldo, entre otros documentos, en las certificaciones emitidas por los bancos Davivienda y Bogotá, quienes dieron cuenta que, en esa fecha, desde la Dirección del Tesoro, se hicieron abonos a las cuentas bancarias de la señora Edith Mazo García y su apoderado el señor Luis Arturo Victoria por lo valores liquidados por la entidad a su favor. A ello se suma que, obra en el plenario la resolución n.º 739 del 3 de julio de 2007 mediante la cual la entidad ordenó dichos pagos, como también los correspondientes a las contribuciones de la protección social.

6. Presupuestos para la prosperidad de la acción de repetición

⁴³ El enunciado en cita dispone: *“La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública.*

Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas. El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-394 de 2002, bajo el entendido que la expresión *“Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago”* contenida en él, se somete al mismo condicionamiento establecido en la Sentencia C-832 de 2001, es decir, que el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a mas tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo.

Analizados como quedaron los aspectos atinentes a las normas aplicables, al igual que la competencia de esta Corporación y la oportunidad, resta examinar los presupuestos sustanciales para la prosperidad de la acción de repetición, es decir los elementos que deben concurrir para establecer la responsabilidad de ex servidor público, a la luz de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, vigentes para la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen a la condena en contra de la entidad demandante.

Conforme la Ley 678 de 2001 los agentes estatales responden por las condenas proferidas en contra del Estado cuando dieron lugar a ello, por dolo o culpa grave, en ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, descentralizadas o privadas que cumplen funciones públicas, por los daños antijurídicos que les sean imputables.

Entonces, para la prosperidad de la acción de repetición se requiere: *i)* una condena contra el Estado por daños imputables a la acción y omisión del agente estatal; *ii)* que la entidad pública condenada haya cumplido con la sentencia y *iii)* que al servidor o particular comprometidos, se les endilgue y pruebe que actuaron con dolo o culpa grave.

En este panorama corresponde analizar si aparecen estructurados todos los requisitos que comprometen la responsabilidad personal del demandado, presupuestos necesarios para la prosperidad de la acción de repetición.

6.1 La condena impuesta contra la entidad pública

Se encuentra establecido que, mediante sentencia de 26 de abril de 2007, la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró nula la resolución n.º 1952 de 19 de septiembre de 2002, expedida por el director del Departamento Administrativo de Seguridad DAS por falsa motivación y desviación de poder y, en consecuencia, dispuso el reintegro de la señora Edith Mazo García y el pago de los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir. La sentencia quedó ejecutoriada el día 5 de junio de 2007 (fls. 442 a 472, c. pruebas trasladadas).

6.2 El pago

6.2.1 Sea lo primero señalar que para acreditar este presupuesto, la Sala, en orden hacer efectiva la acción de repetición y consiente que la Constitución Política garantiza el acceso a la justicia⁴⁴ y la facultad de probar⁴⁵ como derechos fundamentales orientados a asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes, viene aceptando cualquier medio de prueba que permite tener certeza que la entidad pagó con cargo a su presupuesto el crédito judicial⁴⁶.

Lo anterior, en tanto se entiende que el acceso a la justicia no puede entenderse simplemente como la posibilidad formal de que quienes acudan ante la jurisdicción en pos de cualquier decisión que ponga fin a sus controversias, sino que exige al juez trascender al ámbito material de la eficacia de los derechos, libertades y demás intereses jurídicamente protegidos. Imperativo por cuya virtud le corresponde al juzgador acudir a las distintas fuentes de información que le permitan la convicción sobre la verdad de los hechos en procura de una decisión justa; por contera, que una justicia sin verdad resulta tan arbitraria como un sistema sin garantías sustanciales ni procesales.

Bajo esta línea, se considera que las normas procesales deben ser aplicadas con criterios racionales y flexibles de cara a la utilización de cualquier medio probatorio, en tanto encaminadas a la verdad de los hechos, en que deben fundarse las decisiones y la eficacia material de los derechos, sin restricciones más allá de las que expresamente prevé el ordenamiento, con fundamento en las garantías del debido proceso, la defensa y la buena fe de las partes.

6.2.2 Bajo esta línea, la Sala considera que se puede tener por establecido el pago, en tanto en el expediente obra la resolución n.º 3193 de 14 de agosto de 2007 por medio de la cual se reconoce un gasto y se ordena el pago de una sentencia judicial por valor de \$221.578.719.00. Acto administrativo en el que se discriminó uno a uno los valores correspondientes a salarios, prestaciones y contribuciones parafiscales, al tiempo que se estableció los beneficiarios de dichas erogaciones. Acto administrativo que goza de

⁴⁴Conforme el artículo 229 constitucional *“se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlos sin la representación de abogado”*.

⁴⁵ El artículo 29 Constitucional garantiza a toda persona el derecho *“...a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”*.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2016, expediente 45544, C.P. Ramiro Pazos Guerrero y sentencia del 2 de mayo de 2017, expediente 35.405, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

presunción de legalidad no desvirtuada, además de su carácter ejecutorio que obligaba a la entidad a su cumplimiento⁴⁷.

Además, obran otros documentos, que demuestran que la entidad adelantó las gestiones administrativas para su ejecución, como órdenes de pago, constancias de los bancos Davivienda y de Bogotá sobre los depósitos realizados en favor de la señora Mazo García por la suma de \$105.573.302 y de a su apoderado por valor de \$ 66.473.615. Depósitos sobre los que el apoderado dirigió un oficio paz y salvo a la entidad dando cuenta de su recibo a satisfacción, que si bien como señala la parte demandada no es como tal la declaración de satisfacción de la obligación, dada la extensión de su contenido permite tenerlo por establecido.

Eso sí no se desconoce que no existe prueba directa de las consignaciones a las diferentes administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral. No obstante, no se puede perder de vista que estos pagos por mandato legal son conexos a la liquidación y pago de la nómina, de donde liquidados y ordenado su pago en la resolución n.º 3193 del 14 de agosto de 2007, no pueden sino tenerse por acreditados, más si se tiene en cuenta que la parte demanda ni controvertió estos pagos ni aportó ninguna prueba que desvirtué este hecho.

6.3 Que la condena haya sido impuesta como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo del ex servidor

6.3.1 La culpa grave o el dolo exigen una manifestación de reproche sobre la conducta del sujeto, en tanto dejan al descubierto un comportamiento no solo ajeno al derecho, sino dirigido a causar daño o cuando menos producto de una negligencia que excluye toda justificación. Se trata de un juicio particular de la conducta que más que descuido denota negligencia en el manejo de los asuntos ajenos que no admite comparación, ni siquiera con la que emplean las personas de poca prudencia en los asuntos propios. Se concluye

⁴⁷ La ejecutoriedad de los actos administrativos es explicada por el tratadista Juan Carlos Cassagne: "Como un principio consubstancial al ejercicio de la función administrativa se halla la ejecutoriedad del acto administrativo, que consiste en la facultad de los órganos estatales que ejercen dicha función administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico". Cassagne, Juan Carlos, El Acto administrativo, Pág. 331. Por su parte Marienhoff dice: "La ejecutoriedad del acto administrativo significa que, por principio, la Administración misma y con sus propios medios lo hace efectivo, poniéndole en práctica". Marienhoff Miguel, Tratado de derecho administrativo, T. II, Pág. 374.

entonces que no cualquier conducta, así fuere errada, compromete en repetición la responsabilidad de los servidores públicos.

Señala respecto de la culpa y el dolo el Código Civil:

“...ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

La doctrina sobre el particular ha sostenido⁴⁸:

“El concepto de culpa hace referencia a un estándar genérico y flexible de la persona prudente y diligente. La determinación de la regla de conducta que habría observado esa persona en las circunstancias del caso es una tarea judicial por excelencia. Sin embargo, esos deberes pueden estar también tipificados por la ley (como característicamente ocurre con el tráfico vehicular) o pueden estar establecidos convencionalmente por reglas sociales, formales o informales. A falta de la ley o de usos normativos, el juez no tiene otro camino que discernir como se habría comportado una persona prudente en las mismas circunstancias.

(...)

Valor de los usos normativos como criterios de diligencia: a) Si se concibe el derecho como una realidad social de carácter normativo, que excede el ámbito de la ley, naturalmente se tenderá a concebir los deberes de conducta como una expresión de usos normativos, de expectativas recíprocas que señalan lo que asumimos se puede exigir de los demás⁴⁹. A falta de una norma legal que defina el ilícito, se podrá decir que la culpa consiste en infringir una regla establecida por la costumbre⁵⁰. El criterio empírico de “lo normal” se puede justificar por razones de seguridad jurídica, que remiten a lo que según la costumbre se puede esperar de los demás y,

⁴⁸ Enrique Barros Bourie. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile 2009.

⁴⁹ Carbonnier 2000.

⁵⁰ Carbonnier 2000.

en consecuencia, cautelan que el derecho de la responsabilidad civil asegura la protección de la confianza⁵¹. Sin embargo, siempre permanece latente que el juicio relativo a la culpa supone adoptar las perspectivas normativas de justicia (o de la eficiencia), en cuya virtud es necesario juzgar la razonabilidad de los usos normativos, antes de darlos por aceptados. b) Cualquiera sea la doctrina jurídica que asuman los jueces, ocurre que los usos normativos, especialmente en una sociedad tan diferenciada como la actual, son en general imprecisos y difíciles de probar. Por ello, lo usual será que el juez, a falta de reglas legales que definan el ilícito, se vea obligado a construir prudencialmente el deber de cuidado. En esta tarea, sin embargo, no se debiera olvidar que una función importante del derecho privado es dar forma al tráfico espontáneo al interior de la sociedad, de modo que difícilmente se puede prescindir de aquello que con naturalidad esperamos de los demás como conducta debida.”

Siendo así, en aras de resolver si prospera la repetición, se debe analizar si el servidor que dio lugar a la condena en contra del Estado tuvo la intención de dañar o si actuó con falta de diligencia extrema, equivalente, acorde con las circunstancias del caso, a la señalada intención. Es decir, al margen de la legalidad o ilegalidad del acto e incluso de la falta de pericia que de suyo excluye el estándar deseable de corrección⁵², la repetición habrá de ordenarse una vez establecido un nivel de desidia, indolencia o negligencia que no se esperaría ni siquiera del manejo que las personas menos avezadas emplean en el respeto y cuidado de lo suyo. Esto es, una falta grave, que no admite ninguna justificación.

Aunque la Ley 678 de 2001 estableció una serie de presunciones en materia de dolo y culpa grave, en los términos de los artículos 5^{o53} y 6^{o54}, no puede pasarse por alto que, a la luz de

⁵¹ Bydlinski 1996.

⁵² JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. *El principio de la Buena Fe*. Bosch, Casa Editorial Barcelona. 965 Pg. 57 “Por eso la hemos calificado en contraposición a la buena fe objetiva, de buena fe sub-legítimamente. Refiriéndose a la conducta del sujeto, en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que se deriva su derecho, según los casos. En el primer supuesto, consiste en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, lo que se manifiesta en las relaciones no solo de los derechos reales, sino también en las más diversas (...)”.

⁵³ El enunciado en comento señala: “Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado. Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas: //1. Obrar con desviación de poder.//2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.//3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.//4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.//5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial”.

⁵⁴ Entre tanto el artículo 6 preceptúa: “Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.//Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes

los principios de libertad probatoria y sana crítica, las mentadas presunciones amén de que deben estar debidamente sustentadas podrán destruirse conforme las pruebas obrantes en el plenario. En rigor, se trata de presunciones legales que como tal pueden desvirtuarse, con elementos probatorios que generen suficiente certeza en el juzgador de su ausencia.

Lo anterior encuentra sustento en la sentencia C-374 de 14 de mayo de 2002⁵⁵, pues aunque en dicha oportunidad se declaró la exequibilidad de los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001 que contienen presunciones legales de dolo y culpa grave, en los eventos en que el juez de la anulación hubiese encontrado probada una u otra, no puede pasarse por alto que allí se precisó que las mentadas presunciones no son un juicio anticipado de responsabilidad personal, pues ello comportaría desconocimiento de la presunción de inocencia. Aunado a que, en todo caso y sin perjuicio de la condena, la fuerza de la presunción de que tratan los artículo 5º y 6º de la misma normatividad, dependerá del convencimiento que infunda en la Sala el hecho conocido, pues solo así podrá atribuirse la consecuencia. En ese orden la Corte Constitucional sostuvo:

“...En términos generales las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia, toda vez que se trata de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad.

La presunción resulta de lo que regular y ordinariamente sucede -praesumptio simitur ex eo quod plerumque fit-. Es decir, que en la presunción siempre hay una consecuencia que establece la ley, o en su caso, el juez, a partir de la observación de lo que comúnmente sucede y que permite prever unas mismas consecuencias de unos mismos hechos o actitudes semejantes de iguales situaciones. De ahí que se afirme -con razón- que la fuerza de la presunción dependa de la certeza del hecho conocido y de su relación con el desconocido.

Por ello, la presunción constituye un medio indirecto y crítico para alcanzar la verdad, ya que se trata de un criterio que la ley o el juez se forma sobre la certeza de un hecho por su lógica conexión con otro hecho diferente y conocido como cierto.

causas://1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.// 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable. // 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.//4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal”.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia de 14 de mayo de 2002. M.P. Clara Inés Vargas.

6.3.2 En el presente caso, el suprimido Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, llama al señor Jorge Aurelio Noguera Cotes en repetición, porque, en su criterio, su conducta dolosa o gravemente culposa, determinó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anulara el acto mediante el cual declaró insubsistente a la señora Edith Mazo García. Esto, en tanto se estableció que su decisión no obedeció a los fines de la norma, sino a una falsa motivación y desviación de poder, lo que encasilla su conducta dentro de los supuestos de la Ley 678 de 2001.

Por su parte, el exfuncionario señala que su conducta estuvo amparada en la facultad discrecional establecida en el artículo 34 del Decreto 2146 de 1989 que permitía desvincular a los empleados de libre nombramiento y remoción de la entidad sin motivación y procedimiento previo. Aduce, que su conducta no puede ser considerada dolosa o gravemente culposa, en tanto desde su posesión y con la asesoría de sus directivos, tuvo que hacer ajustes y cambios en la planta de personal de manera paulatina, lo que implicó traslados, ascensos y en algunos casos la desvinculación, cuando los servidores no mostraban su compromiso con la entidad o no realizaban sus funciones con el ahínco exigido.

Advierte que la desvinculación de la señora Mazo García se hizo por recomendación de su superior, el director operativo de la época, con el único fin de mejorar la prestación del servicio. Así, este haya aseverado en su declaración en el proceso laboral, que el hecho lo tomó por sorpresa, afirmación que explica en el resentimiento del funcionario, desvinculado por su falta de compromiso y profesionalismo⁵⁶.

6.3.3 Para la Sala, la actuación del ex servidor Jorge Aurelio Noguera Cotes puede considerarse dolosa, no solo porque el acto mediante el cual declaró insubsistente a la señora Edith Mazo García fue declarado nulo por la configuración de la causal de desviación de poder⁵⁷, lo que permite la calificación de su conducta por la vía de la presunción, como lo señaló la entidad demandante, sino porque las pruebas que obran en el

⁵⁶ Sobre la persuasión de este testimonio, la Sala no hará ningún pronunciamiento, habida cuenta que fue excluido del debate probatorio por tratarse de una prueba sobre la que el señor Jorge Aurelio Noguera Cotes no pudo ejercer su derecho de contradicción (ver numeral 3.1.2).

⁵⁷ Sobre el particular, la Sala debe precisar que si bien para la anulación del acto en el proceso laboral se invocaron, tanto la desviación de poder como la falsa motivación, en lo que respecta a la aplicación de las presunciones establecidas en la Ley 678 de 2001, se tendrá en cuenta, únicamente, esta última, pues se considera que fue la que, en realidad, quedó demostrada si se tiene en cuenta que el funcionario no actuó con el fin de mejorar el servicio.

plenario no lo desvirtúan y por el contrario permiten concluir que actuó movido por intereses ajenos al interés público.

6.3.3.1 Es cierto, que según lo establecido en el artículo 1.º del Decreto 1679 de 1991, el director del entonces Departamento Administrativo de Seguridad DAS, era el competente para la provisión y remoción de los empleos de libre nombramiento y remoción de la entidad; facultad que ejercía en los términos establecidos en el artículo 34 del Decreto 2146⁵⁸, es decir sin procedimiento previo y motivación, en tanto facultad discrecional; no obstante, de ello no se puede derivar su ejercicio descuidado y, especialmente, separado del interés general a los que apunta la norma.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido constante en señalar que es el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, en tanto la selección de este tipo de personal supone, en principio, la escogencia de quien va a ocupar el cargo, por motivos estrictamente personales o de confianza. Sin embargo, de ello no se sigue que el nominador pueda ejercer esta facultad en desmedro de los intereses estatales, de donde la necesidad estatal concreta es la que, deberá determinar la adopción de la decisión⁵⁹.

6.3.3.2. Ahora bien, a partir de las aseveraciones con las cuales pretende el demandado demostrar su apego al ordenamiento jurídico y desvirtuar las presunciones de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, se infiere que no fueron razones de confianza las que motivaron el ejercicio de la potestad, pues según el mismo lo asegura se preocupó por mejorar la prestación del servicio en la Unidad de Investigaciones Financieras de la Dirección Operativa de la entidad. Para lo cual, aduce, actuó diligentemente, pues antes de tomar cualquier determinación buscó asesoramiento en los funcionarios del nivel directivo

⁵⁸ El artículo 34 señala: ***“La autoridad nominadora podrá en cualquier momento, en virtud de la facultad discrecional, declarar insubsistente el nombramiento ordinario de un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad sin motivar la providencia.***

Igualmente habrá lugar a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, sin motivar la providencia, en los siguientes casos:

a) Cuando exista informe reservado de inteligencia relativo a funcionarios inscritos en el régimen ordinario de carrera;
b) Cuando por razones del servicio los funcionarios del régimen especial de carrera deban ser retirados a juicio del Jefe del Departamento, y
c) Durante el período de prueba de los funcionarios del régimen especial de carrera.
En los casos mencionados se procederá con arreglo a las disposiciones especiales sobre la materia.” (negrillas adicionales).

⁵⁹ Así lo expresó la Sección Segunda, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, expediente 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

quienes conocían las necesidades de cada área.

En otros términos, al exservidor no lo motivaba rodearse de personal de confianza, sino de grandes capacidades para poder lograr, de la mejor medida posible, los objetivos institucionales. Y, fue, con este propósito que, desvinculó a la señora Edith Mazo García, quien señala era uno de las personas que no tenía el compromiso institucional necesario, de acuerdo con la información que obtuvo de su superior, el director operativo.

Para demostrarlo, el exfuncionario allegó y solicitó pruebas. Trató de dejar en evidencia que durante su administración mejoraron los resultados en la lucha contra el delito, especialmente en lo que tiene que ver con las investigaciones financieras, contra organizaciones criminales. En efecto, aportó el boletín de cifras de violencia para el primer trimestre del año 2003 elaborado por el Departamento Nacional de Planeación, en el que se analiza el periodo 1996 a 2002, principalmente las tasas de crecimiento de muertes violentas, secuestros, masacres, desplazamientos, ataques a la población, terrorismo en general y los departamentos más afectados. Además, adjuntó unas estadísticas del cuatrienio 2002 a 2006, cuyo indicador son las organizaciones criminales judicializadas dedicadas a la corrupción, extorción, secuestro, terrorismo, tráfico de personas y armas, en las que se denota un cumplimiento significativo, frente a las metas proyectadas por el gobierno de la época (fls. 112 a 133, c.1).

Eso sí no se cuenta con la información que solicitó el exfuncionario respecto al número de investigaciones y capturas, así como los montos de dineros y bienes incautados a criminales, como resultado de investigaciones financieras adelantadas durante su administración, debido a que la entidad manifestó que solo viene registrando estadísticas oficiales a partir del año 2005⁶⁰ (fl 189, c.1).

⁶⁰Igualmente, debe tenerse presente que los testimonios solicitados por el demandado para demostrar su motivación al resolver como director las distintas situaciones administrativas de la entidad fueron negados. Así como también las copias del auto inhibitorio que dictó la Fiscalía que adelantó en su contra por presuntamente haber desmantelado la Unidad de Investigaciones Financieras (fls. 135 a 142, c.1). Sobre esto último, se pone de presente que como se evidenció en los hechos probados de este proceso, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia condenó al exfuncionario, entre otros delitos por el de concierto para delinquir en las modalidades de fomentar y promover a que alude el inciso 2 del artículo 340 de la Ley 599 de 2000. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de septiembre de 2011, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

6.3.3.3 Para la Sala, estas documentales, no permiten justificar la conducta del exservidor porque contienen información general sobre la entidad que a lo sumo permite tener por establecido que esta tuvo un buen porcentaje de cumplimiento en la meta establecida para el cuatrienio, frente al indicador de judicialización de organizaciones criminales, pero ningún elemento de juicio aportan para analizar la desvinculación en concreto de la señora Mazo García, en particular, para entender cómo el exdirector pretendía mejorar la gestión de la entidad con su remoción.

Por el contrario, las pruebas restantes dan cuenta que la señora Mazo García era una servidora con excelente desempeño, lo que le valió diferentes reconocimientos en la entidad, entre las que se debe destacar la mención al mérito, otorgada en una época cercana a su desvinculación, de donde no se entiende que la remoción, como lo señala el demandado, haya tenido que ver con su mal desempeño, mismo que era de difícil conocimiento para el recién llegado director. Además, ninguna prueba aportó para demostrar que la decisión la apoyó en la recomendación del director operativo de la época.

Sumado a lo anterior debe tenerse presente que esta no fue una decisión aislada, pues ese mismo día removi6 a los señores Cesar David Suarez Castellanos, Sonia María Téllez Morea, Gloria Inés Quintero Ramírez, Jehovany Arley Villada Pérez, William Rodríguez Méndez, Gustavo Bohórquez Velasco, Guillermo Salgado Rodríguez, Betty Constanza Rodríguez Ramírez, Pedro Domingo Hernández Vargas, funcionarios de la Área de Investigaciones Financieras de la entidad, lo que pone en evidencia que la decisión en realidad tenía que ver con renovar integralmente la unidad, sin que se conozca de medidas para preservar las investigaciones que se adelantaban.

Conclusión que se reafirma con el indicio aportado por la declaración en el proceso penal del señor Gustavo Bohórquez, quien respecto de la causa que generó la desvinculación de la señora Mazo García y otros funcionarios de la Unidad de Investigaciones Financieras manifestó que *“...el haber entregado el informe de inteligencia [en el que se mencionaba algunos de los miembros de la familia del director general] nos ocasionó que fuéramos declarados insubsistentes, ya que la mayoría de personas habíamos participado de una u otra manera en la investigación y en la ocupación de los bienes, ordenada por la Fiscalía...”*. Aseveración que permite inferir que el demandado con sus actuaciones no solo logró afectar las investigaciones que se adelantaban por la mencionada dependencia sino que actuó con interés de hacerlo.

Adicionalmente, no se puede pasar por alto que los testimonios trasladados del proceso penal denotan que el señor Noguera Cotes durante su administración, también, utilizó su poder discrecional para realizar traslados, nombramientos y remociones con fines ajenos a los de la organización estatal, esto es privilegiando intereses personales y, más grave aún, la de grupos al margen de la ley, pues se constató que nombró gente afín a las Autodefensas Unidas de Colombia y removió o traslado funcionarios que adelantaban investigaciones en contra de la organización.

Bajo este contexto, la Sala recuerda que los servidores públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución realizando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2, obligación de la que se apartó el señor Jorge Aurelio Noguera Cotes a quien se le confió la dirección del entonces DAS que manejaba labores sensibles de inteligencia, con hondas repercusiones en la seguridad nacional, razón por la que será condenado en repetición.

7. La condena

Estructurados como se encuentra los presupuestos legales para la prosperidad de la acción de repetición y especialmente demostrado que el director de la entidad al ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción actuó con dolo deberá responder por la condena ya satisfecha por la entidad demandante.

En ese orden, la condena pagada por la entidad será actualizada y ese será el valor por el que deberá responder el señor Jorge Aurelio Noguera Cotes, el que pagará a la entidad beneficiaria de los créditos del suprimido Departamento de Seguridad DAS a plazos tal como lo dispone el artículo 15 de la Ley 678 de 2001⁶¹. Para el efecto, sin perjuicio de la

⁶¹*El enunciado en cita señala: “Ejecución en caso de condenas o conciliaciones judiciales en acción de repetición. En la sentencia de condena en materia de acción de repetición la autoridad respectiva de oficio o a solicitud de parte, deberá establecer un plazo para el cumplimiento de la obligación. Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-484 de 2002](#) “Que para el pago de una obligación impuesta en una condena se conceda un plazo por el juez, no quebranta la Constitución pues ella no establece en ninguna de sus normas que las obligaciones de suyo deban ser siempre puras y simples, y exigibles de manera inmediata. Al contrario, en ese punto es clara la libertad de configuración por parte del legislador que bien puede disponer que las*

facultad conferida en la misma disposición para fijarlo, se insta a quien sea legalmente la entidad beneficiaria para que lo convenga con el exfuncionario en audiencia de conciliación citada para el efecto. De no ser posible convenirlo directamente, cualquiera fuere la causa, el pago a plazos, se hará la primera cuota dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia y el saldo final no podrá superar el plazo de los dos años desde la ejecutoria.

El valor de la condena se actualizará desde la fecha en que se verificó el pago a la exservidora, como sigue:

$$VP = 221.578.719.00 \times \frac{138,04}{91,89}$$

$$VP = \$ 332.862.404,73$$

En consecuencia, el señor Jorge Aurelio Noguera Cotes pagará a favor del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o de quien actualmente represente sus derechos o sea el beneficiario de sus créditos la suma de treientos treinta y dos millones ochocientos sesenta y dos mil cuatrocientos cuatro pesos con setenta y tres centavos (\$332.862.404,73 m/cte).

8. Costas

No se condenará en costas a la parte vencida, por cuanto la conducta procesal no se enmarca dentro de las previsiones contenidas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

obligaciones se encuentren sujetas a modalidades, una de las cuales es el plazo, con el objeto, en este caso concreto, de obtener el reembolso de lo pagado inicialmente por el Estado, dándole la oportunidad al servidor público de cancelar la obligación toda, íntegra, aunque no sea en un instante único, lo que, como se ve no vulnera el precepto constitucional del artículo 90 de la Carta, sino que sencillamente es una manera autorizada por el legislador para que la obligación se extinga, lo que es distinto a condonarla. Así las cosas, el inciso primero del artículo 15 lejos de lesionar la Constitución se aviene a ella”.

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

F A L L A:

PRIMERO: DECLÁRASE patrimonialmente responsable al señor Jorge Aurelio Noguera Cotes a título de **dolo**, en cuanto su conducta dio lugar a la condena impuesta al entonces Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S. mediante sentencia proferida el 26 de abril de 2007 por la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: CONDÉNASE al señor Jorge Aurelio Noguera Cotes a reintegrar a favor del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o del beneficiario de sus créditos la suma de trescientos treinta y dos millones ochocientos sesenta y dos mil cuatrocientos cuatro pesos con setenta y tres centavos (\$332.862.404,73 m/cte).

El pago de la condena impuesta se realizará por el exservidor de acuerdo a los parámetros establecidos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DAR cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CUARTO: SIN CONDENA en costas por no aparecer causadas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO	DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrada	Magistrado