



1

1

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., quince (15) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 23001-23-31-000-2008-00303-01 (1082-2013)
Demandante : **Perla Emperatriz Dávila Martínez**
Demandado : Nación-Fiscalía General de la Nación
Tema : Insubsistencia cargo de libre nombramiento y remoción

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la sentencia de 25 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba (sala primera de decisión), que negó las pretensiones de la acción del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 Acción (ff. 1-11). La señora Perla Emperatriz Dávila Martínez, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra la Nación-Fiscalía General de la Nación para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.1.1 Pretensiones. 1) La actora aspira a que se declare la nulidad de la Resolución 5120 de 21 de agosto de 2008, del fiscal general de la nación, por la que se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de directora seccional de fiscalías de Montería.

2) Que, como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la accionada su reintegro al cargo



del que fue retirada, o a otro de igual o superior categoría, y a reconocer y pagar los sueldos, primas, prestaciones, y, en general, todos los emolumentos dejados de percibir como consecuencia del acto anulado, desde la fecha en que se hizo efectivo y hasta el cumplimiento de la sentencia.

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

4) Que las condenas sean ajustadas, en los términos del artículo 178 del CCA, hasta la ejecutoria de la sentencia, y se dé aplicación a la regla financiera que aplica el Consejo de Estado para la liquidación de perjuicios.

5) Que la entidad demandada deberá utilizar la fórmula de mes por mes, y para ello deberá tomar en cuenta los aumentos o reajustes reconocidos o decretados periódicamente, para deducir la indexación que afectan las sumas causadas, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia de 6 de agosto de 1988, sección segunda, subsección B, expediente 11268, actor: Gloria Garzón de Sarmiento, consejero ponente: Silvio Escudero).

6) Que también deberá declararse, para todos los efectos legales, no constituye doble asignación del tesoro público lo por ella percibido, desde la fecha del retiro hasta la del reintegro; y, por lo tanto, no podrá deducirse suma alguna por tal concepto (sentencia de 28 de agosto de 1996, sala plena contenciosa del Consejo de Estado, expediente S-638, actor: Gloria Marina Vanegas Castro, consejero ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora).

7) Que se reconozcan y paguen los perjuicios morales por ella sufridos en cuantía equivalente a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV); y a favor de sus dos hijas: María Alejandra Tulena Dávila y



Lissana Vargas Dávila, y su madre Soledad Martínez de Dávila, en suma equivalente a 300 SMLMV para cada una de ellas.

- 8) Que se ordene el cumplimiento de los artículos 176 y 177 del CCA.
- 9) Que se ordene el reconocimiento y pago de las costas y agencias en derecho.

1.1.2 Fundamentos fácticos (ff. 3-5). Relata la accionante, en síntesis, después de hacer una reseña de su vida académica y profesional, que ingresó a la Fiscalía General de la Nación en el cargo de directora administrativa y financiera, de la dirección seccional de Montería (Resolución 1742 de 22 de noviembre de 2001); fiscal delegada ante tribunal (Resolución 4085 de 5 de diciembre de 2005); directora seccional de fiscalías de Barranquilla (Resolución 307 de 15 de febrero de 2006), de la que fue trasladada en empleo igual, primero, a Tunja (Resolución 555 de 13 de junio de 2006) y después a Montería (Resolución 2-0352 de 20 de febrero de 2007) donde permaneció hasta la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento por medio de Resolución 5120, expedida y notificada el 21 de agosto de 2008, que es el acto acusado.

Expone que, el 5 de agosto de 2008, se publicó en los medios de comunicación hablados y escritos del orden nacional la noticia de que se le vincula con el señor Juan Felipe Sierra, representante de una empresa de seguridad de Antioquia, y a quien, a su vez, se le relaciona con la organización criminal de Daniel Rendón Herrera, alias *don Mario*.

Días después, el 11 de agosto, la secretaría general de la Fiscalía General de la Nación, por Resolución 2073, la trasladó de la dirección seccional de fiscalías



de Montería a la de Pasto, traslado que nunca se llevó a cabo. Pero, el 21 siguiente, a instancias del director nacional de fiscalías, remitió a la secretaría general, vía fax, carta de renuncia al cargo de directora seccional de fiscalías de Montería, que fue radicada en la secretaría de esta dirección, a las 12:30 p. m.

Sin embargo, horas más tarde, fue declarado insubsistente su nombramiento por el fiscal general, mediante Resolución 5120, «funcionario quien ante distintos medios de comunicación hablados y escritos del país, declaró como la causa de la desvinculación de la actora, la investigación penal por mis presuntos nexos con el señor Juan Felipe Sierra, presunto miembro de la Banda de DON MARIO, utilizando inclusive el término de destituidos».

1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado las siguientes: los artículos 1, 2, 13, 25 y 29 de la Constitución Política, y 3.º de la Ley 58 de 1982.

El concepto de la violación, en resumen, además de referirse a los preceptos constitucionales antes mencionados, se circunscribe a invocar la desviación de poder como causal de anulación, puesto que destaca que de su hoja de vida se infiere que su comportamiento en la Fiscalía fue intachable, tal como lo ha expresado el Consejo de Estado: « [...] aunque la Sala ha afirmado que las cualidades laborales y personales de un funcionario, por sí solas no otorgan inamovilidad en el empleo ni coartan la facultad discrecional, en la medida en que otras razones del servicio público pueden generar la decisión de prescindir de sus servicios, también lo es que estas condiciones sumadas a otros indicios sí pueden constituir prueba de desviación de poder [...]» (Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia de 19 de julio de 2007, expediente 73001-23-31-000-2000-00024-



01(2686-04), actora: Gloria Isabel Cabrera Rodríguez, demandado: Fábrica de Licores del Tolima).

Por ello, asevera que los hechos que generaron el escándalo por sus presuntos tratos con el señor Juan Felipe Sierra, que los investiga la Fiscalía en etapa preliminar, fueron el motivo de su retiro de la entidad, no solo por su proximidad cronológica, sino por la imputación que le hizo el fiscal general en los medios de comunicación hablados y escritos, lo que demuestra el nexo de causalidad; y, por ende, el acto de su insubsistencia no se dictó para mejorar el servicio, sino con desvío de poder.

1.2 Contestación de la demanda (ff. 145-156). La entidad accionada se opone a las pretensiones de la demanda, pues la naturaleza del cargo ocupado por la accionante es de libre nombramiento y remoción; y el régimen jurídico aplicable a los servidores de la Fiscalía General de la Nación es la Constitución Política y el Decreto Ley 261 de 2000, vigente en la época de los hechos.

El Estatuto Superior, en su artículo 125, permite la existencia de empleos de libre nombramiento y remoción, y el 106, numeral 4, del Decreto 261 de 2000 dispone que el cargo de director seccional tenga esa índole, y el 107, numeral 5, *ibidem*, estatuye como causal de retiro la insubsistencia.

De tal suerte que la facultad discrecional fue consagrada por el legislador con el propósito de que la Administración pueda garantizar un buen servicio, fin este que se buscó con la insubsistencia de la demandante, que por su naturaleza lleva implícita la presunción de legalidad, lo cual conduce a que no necesita motivación alguna, tal como lo ha dicho en varios pronunciamientos el Consejo de Estado.



Y la insubsistencia, agrega, siempre ha de obedecer a una causa, no pudiendo ser resultado del capricho o de la arbitrariedad; si se llegare a probar o a demostrar en el curso de un proceso ese capricho, esa arbitrariedad, ese apartamiento del criterio que debe enmarcar el concepto del «buen servicio público», podría concluirse que hubo desviación de poder y que el acto sería ilegal en razón a su fin.

Pero la Resolución 5120 de 21 de agosto de 2008, del fiscal general de la nación, que declaró insubsistente el nombramiento de la accionante como directora seccional de fiscalías, de Montería, no presenta ninguna evidencia de motivación falsa o errónea, ni una finalidad encubierta, ni fue, ni es un simple pretexto de la Administración para tratar de dar apariencia de validez al acto administrativo.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Córdoba (sala primera de decisión), en sentencia de 25 de octubre de 2012, negó las pretensiones de la demanda, ya que considera que el escándalo protagonizado en los medios de publicación evidencian la amistad cercana de la demandante, directora de fiscalías de Montería, con el empresario Juan Felipe Sierra, investigado y tildado de ser miembro de la banda de *don Mario*, lo que constituye suficientes motivos notorios que afectan la imagen de la Fiscalía General y atentan contra la transparencia con que deben darse las actividades investigativas a su cargo, y, sobre todo, si se toma en cuenta la calidad directiva y de confianza de la actora, que justifican el ejercicio de la facultad discrecional de insubsistencia con la finalidad del buen servicio, y, por lo tanto, revestido de la presunción de legalidad (ff. 276-289).



III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La accionante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia en que aduce, en esencia, que con su insubsistencia no se busca el buen servicio de la Administración, sino retirarla porque supuestamente ella incurrió en una conducta disciplinaria, lo que configura la desviación de poder como causal de nulidad del acto acusado; es decir, que determinada atribución de que está investida una autoridad se ejerce, no para obtener el fin que la ley persigue y quiere, sino otro distinto.

La finalidad con la cual fue utilizada la facultad discrecional de remoción no corresponde a la prevista en la ley, la sanción debe ser el resultado de un proceso disciplinario en el cual se establezca la responsabilidad del empleado en los hechos que le fueran imputados.

En reiteradas ocasiones, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido las diferencias entre el ámbito que comprende la facultad discrecional y el que regula la potestad disciplinaria: en la primera, se advierte que la Administración cuenta con la libertad de escoger, en virtud del atributo de la conveniencia, lo mejor para el servicio, y, en la segunda, el objeto es sancionar las actuaciones de los funcionarios que incumplan los deberes, que abusen o extralimiten los derechos y funciones e infrinjan las prohibiciones.

Con las anteriores premisas, se señala que «en el fondo, el incurrir en faltas disciplinarias, trae consigo la lesión al principio de la moralidad administrativa, por lo cual la falta disciplinaria incide en el prestigio e imagen de las instituciones; de modo que **no es dable hacer uso de la facultad discrecional para pretender "depurar" el ente estatal**, dado que si la situación que ha originado el deterioro de la imagen se subsume en el



ámbito de las faltas disciplinarias y **no se afecta el servicio**, mal podría utilizarse dicho mecanismo» (ff. 291-302).

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la accionante fue concedido, por medio de auto de 28 de noviembre de 2012, ante esta Corporación (ff. 304), y se admitió por proveído de 18 de abril de 2013 (f. 308); y, después, en providencia de 28 de junio siguiente, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 310), oportunidad aprovechada solo por la accionada.

La accionada (ff. 322-328) repite los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y estima que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, ya que la demandante cuando se le declaró insubsistente su nombramiento como directora de la seccional de fiscalías, de Montería, no ostentaba la calidad de servidora de carrera, ni era funcionaria de período, ni estaba amparada por algún fuero que le diera estabilidad relativa en el cargo, era de libre nombramiento y remoción.

Y según el numeral 2 del artículo 251 de la Constitución Política, son funciones del fiscal general de la nación «nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia»; y, por ello, «la única finalidad que guio al nominador al expedir el acto administrativo mediante el cual se declaró la insubsistencia del cargo a la actora, no es ajena o contraria al servicio público, sino, todo lo contrario, es un acto administrativo cuyo nacimiento estuvo fundado exclusivamente en razones de interés general y no



particular y/o con Desviación de Poder y/o Falsa e Indebida Motivación, como lo pretende hacer ver la parte actora en el libelo demandatorio».

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

5.2 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si la decisión del fiscal general de la nación de declarar insubsistente el nombramiento realizado a la demandante en el cargo de directora seccional de fiscalías de Montería, fue ajustada a derecho. Y, en particular, si se configura la desviación de poder.

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

a) Fotocopias de actas de grado de la accionante en especializaciones de derecho administrativo (17 de agosto de 2001), constitucional (10 de octubre de 2001), y penal y criminología (26 de octubre de 2006), de la Universidad del Sinú, y distintas menciones y exaltaciones por el ejercicio de las funciones en distintos cargos (ff. 13-28).

b) Resolución 1742 de 22 de noviembre de 2001, del fiscal general de la nación, a través de la cual se le nombra a la actora como director seccional



administrativo y financiero, de la dirección seccional de Montería (f. 29), cuya posesión se efectuó el 30 de noviembre siguiente (f. 107).

c) Resolución 4085 de 5 de diciembre de 2005, del fiscal general de la nación, por la que se le nombra a la demandante, en provisionalidad, como fiscal ante tribunal de distrito de la dirección seccional de Montería (f.31).

d) Resolución 307 de 15 de febrero de 2006, del fiscal general de la nación, por medio de cual la se nombra a la accionante como directora seccional de fiscalías de Barranquilla (f. 33).

e) Resolución 555 de 13 de junio de 2006, de la directora nacional administrativa y financiera, de la Fiscalía General de la Nación, por la que se traslada a la actora, por necesidades del servicio, de director seccional de fiscalías de la dirección de fiscalías de Barranquilla a la dirección seccional de fiscalías de Tunja (ff. 35-36).

f) Resolución 2-0352 de 20 de febrero de 2007, de la secretaria general de la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual, por necesidades del servicio, se traslada a la demandante de la dirección seccional de fiscalías de Tunja a la de Montería (ff. 37-39).

g) Resolución 2-2073 de 20 de 11 de agosto de 2008, de la secretaria general, de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual, por necesidades del servicio, se traslada a la actora de la dirección seccional de fiscalías de la dirección de fiscalías de Montería a la de Pasto (ff. 45-46).

h) Resolución 5120 de 21 de agosto de 2008, del fiscal general de la nación, por la que se declara insubsistente el nombramiento de la demandante en el



cargo de director seccional de fiscalía de la dirección seccional de fiscalías de Montería (f.12).

i) Discos de video (DVD) de *Noticias Caracol* y de *CMI* en que comunican que dos fiscales y un general serían investigados por su presunta participación en hechos que lo relacionan con miembros de la organización criminal de Daniel Herrera Rendón, alias *don Mario*, y, entre ellos, la demandante, durante el 5 y 22 de agosto de 2008 (ff. 179 y 190).

j) Fotocopias de artículos de *Semana.com* sobre los hechos antes relacionados (ff. 183-187).

k) Testimonios de los señores Leslie Rosa Burgos Álvarez, Jorge Ricardo Usta de León y Mario Justo Anaya Muñoz, rendidos el 14 de abril de 2010 (ff. 193-202

l) Ejemplares de *El Espectador* en que se registran las noticias sobre los sucesos antes mencionados entre el 5 y 22 de agosto de 2008 (anexo 1).

De las pruebas que obran en el expediente, se infiere que la accionante ingresó a la Fiscalía General de la Nación como directora seccional administrativa y financiera de la dirección seccional de Montería, cargo al que fue nombrada por Resolución 1742 de 22 de noviembre de 2001, del fiscal general de la nación, y del que tomó posesión el 30 del mes y año en curso; luego, por Resolución 4085 de 5 de diciembre de 2005, del fiscal general de la nación, se le designa, en provisionalidad, como fiscal ante tribunal de distrito de la dirección seccional de Montería; y, meses después, mediante Resolución 307 de 15 de febrero de 2006, del fiscal general de la nación, se le nombra como directora seccional de fiscalías de Barranquilla.



De esta ciudad fue trasladada, por necesidades del servicio, a desempeñar el mismo cargo en Tunja, conforme a la Resolución 555 de 13 de junio de 2006, de la directora nacional administrativa y financiera, de la Fiscalía General de la Nación, y de allí fue removida, en el mismo empleo, a Montería, según Resolución 2-0352 de 20 de febrero de 2007, de la secretaria general de la Fiscalía General de la Nación.

En este último cargo, de libre nombramiento y remoción, la actora fue declarada insubsistente por Resolución 5120 de 21 de agosto de 2008, del fiscal general de la nación, en uso de sus facultades constitucionales y legales, y, en especial, las del artículo 251 de la Constitución Política,¹ el numeral 20 del artículo 11 de la Ley 938 de 2004² y el artículo 164 de la Resolución 1501 de 19 de abril de 2005,³ de la Fiscalía General de la Nación, «Por la cual se reglamentan las situaciones administrativas y se dictan otras disposiciones para la administración de personal en la Fiscalía General de la Nación».

Al respecto, se debe recordar que el artículo 125 de la Constitución Política dispone que «Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley».

¹ Constitución Política, artículo 251. Modificado por el artículo 3, Acto Legislativo 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: «Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

[...]

2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia.

[...].».

² Ley 938 de 2004, artículo 11. Funciones. «El Fiscal General de la Nación tiene la representación de la entidad y además de las funciones especiales otorgadas por la Constitución Política, tiene las siguientes funciones generales:

[...]

20. Nombrar y remover a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación.

[...].».

³ Resolución 1501 de 19 de abril de 2005, artículo 164. Insubsistencia discrecional. «Es la decisión que se produce en ejercicio de la facultad discrecional del nominador para remover a un servidor de la Fiscalía General de la Nación que ocupe cargos de libre nombramiento y remoción y no se encuentre inscrito en carrera.

Contra la resolución que declara la insubsistencia del nombramiento, no procede recurso alguno, de lo cual se deberá dejar constancia en el acto administrativo que la decreta».



Entre estos empleos se encuentran los de libre nombramiento y remoción que son cubiertos por medio de nombramiento ordinario; y, en la Fiscalía General de la Nación, en la época de los hechos, ya eran regulados por la Ley 938 de 2004 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación), que, en su artículo 59, estatuye:

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

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

Son de libre nombramiento y remoción:

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

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

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

Como se aprecia, el empleo de director seccional es de libre nombramiento y remoción, por disposición legal, y, además, porque, conforme al artículo 28



ibidem,⁴ sus funciones corresponden a la dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio constituye la adopción de políticas o directrices, y muestra de especial confianza.

Por ello, ha de precisarse que la vinculación de personal que ocupe empleos de libre nombramiento y remoción se efectúa en uso de la facultad discrecional del nominador de escoger a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar las funciones del cargo, y el retiro, a su vez, puesto que no confiere fuero de inamovilidad alguno, debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general, sin que con ello se quiera decir que el acto mediante el cual se declara la insubsistencia deba contener una motivación expresa.

En efecto, sobre el mejoramiento del servicio oficial, esta Corporación (sección segunda, subsección A), en sentencia de 23 de febrero de 2006, expediente 25000-23-25-000-2002-01649-01 (7195-05), con ponencia del doctor Jaime Moreno García, discurrió así:

[...]

Ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad profesional para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por si solos a su titular

⁴ Ley 938 de 2004, artículo 28. Dirección Seccional de Fiscalías. «La Dirección Seccional de Fiscalías tiene las siguientes funciones:

1. Consolidar, analizar y reportar a la Dirección Nacional, la información pertinente para establecer la política del Estado en materia criminal, en forma periódica.
2. Dirigir, coordinar y controlar las actividades de investigación adelantadas por las Unidades de Fiscalías adscritas.
3. Consolidar y analizar la información acerca de las investigaciones y acusaciones adelantadas por las unidades adscritas y remitirlas a la Dirección Nacional de Fiscalías.
4. Dirigir y controlar el funcionamiento de las dependencias que conforman la Dirección Seccional de Fiscalías.
5. Desarrollar acciones tendientes a mejorar la gestión de los despachos de fiscalía.
6. Implementar los programas y proyectos formulados por la Dirección Nacional de Fiscalías.
7. Elaborar, ejecutar y efectuar el seguimiento de los planes operativos anuales, en coordinación con los directores seccionales del cuerpo técnico de investigación y administrativo y financiero.
8. Coordinar con las Direcciones Seccionales del Cuerpo Técnico de Investigación y Administrativa y Financiera, las acciones tendientes al desarrollo efectivo de la investigación.
9. Las demás funciones que les sean asignadas por el Fiscal General o el Director Nacional de Fiscalías y que guarden relación con la naturaleza de la dependencia».



prerrogativa de permanencia en el mismo.

Si bien obran diversos elementos probatorios que señalan la destacada eficiencia en el desempeño del cargo por parte de la demandante, el cumplimiento de los deberes inherentes al mismo y el tiempo de vinculación laboral, estos hechos no constituyen límites a la facultad del nominador para remover a un empleado ajeno a la carrera administrativa, puesto que bien pueden existir otros motivos de servicio.

Por otra parte, la demandante pretende concluir, del cotejo de su hoja de vida con la de la funcionaria que la reemplazó, que el móvil del acto acusado no fue el buen servicio, pero es que no se trata de que las calidades del reemplazo sean inferiores o superiores a las suyas, sino que se reúnan los requisitos exigidos para el cargo desempeñado, condición que cumple la persona designada.

Tampoco se demostró que el servicio público encomendado a la entidad hubiera sufrido mengua a raíz de la desvinculación de la actora, por haber sido sustituida por una persona que no demostró las mismas condiciones académicas y experiencia laboral que poseía la actora, lo cual era menester en orden a determinar si su remoción se produjo por fines contrarios al buen servicio público, por el contrario, se acreditó que la persona que ocupó su cargo, también tiene una gran trayectoria en la Procuraduría y con experiencia en el área para la cual se le designó.

Cuando al nominador se le ha conferido la facultad discrecional para remover libremente a sus empleados, goza de un cierto margen de libertad para decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración los fines que se le han encomendado, y con mayor razón tratándose de funcionarios que ocupan cargos como el que desempeñaba la demandante, que son de absoluta confianza y manejo en estos casos la facultad discrecional que (sic) le asiste al nominador es más amplia que la que se puede ejercer respecto de empleados de menor nivel, pues el jefe de la entidad, que es el responsable del servicio, puede decidir en forma libre y prudencial con cuales funcionarios adelantará su tarea; este acto discrecional debe entenderse con el sano propósito de acertar en la dirección de la entidad (subrayado de la Sala).

[...]

Por lo anterior, frente a los empleados de libre nombramiento y remoción, el nominador goza de facultad discrecional para disponer su vinculación y retiro; potestad que se presume ejercida con el fin de lograr el mejoramiento del servicio oficial.

No obstante, la recurrente alega que la insubsistencia del nombramiento del cargo que ella ocupaba (directora seccional de fiscalía de Montería), en



extracto, se debió no a la búsqueda del buen servicio, sino porque se cree que ella incurrió en una conducta disciplinaria, según las publicaciones de los distintos medios de comunicación que a continuación se hará alusión, lo que configura la desviación de poder como causal de nulidad del acto acusado.

En los medios de comunicación, tanto televisivos como escritos, se divulgó la noticia en el sentido de que un fiscal de la unidad antinarcóticos de la Fiscalía General de la Nación solicitó de la delegada de dicha entidad ante la Corte Suprema de Justicia que se investigue a dos directores seccionales de fiscalías y a un general de la Policía por presuntos vínculos con la organización criminal de Daniel Herrera Rendón, alias *don Mario*; y entre los salpicados se encuentran Guillermo León Valencia Cossio, director seccional de fiscalías de Medellín, y Perla Emperatriz Dávila Martínez, directora seccional de fiscalías de Montería.

En la investigación fueron capturados John Fredy Manco Torres, alias *el Indio*, Camilo Torres Martínez, alias *Fritanga*, y Juan Felipe Sierra Fernández, gerente de la empresa de seguridad Control Total, que, según la Fiscalía, sería el enlace con los funcionarios de Antioquia y Córdoba. La investigación se inició a raíz de la captura en Alemania, en el 2005, del señor Juan Carlos Naranjo Trujillo, hermano del actual director de la Policía Nacional, y a quien le fue encontrada información sobre esos integrantes de la organización, que se dedica al tráfico de drogas hacia Panamá, Estados Unidos y Europa.

De la demandante, señora Perla Emperatriz Dávila Martínez, se informó que existe una conversación grabada con el señor Juan Felipe Sierra Fernández, en que ella le pide \$5.000.000 para una liposucción como contraprestación de los favores que le ha hecho (discos de video [DVD] de *Noticias Caracol* y de *CMI* entre el 5 y 22 de agosto de 2008) [ff. 179 y 190].



En alguno de los apartes de la mencionada noticia, respecto de la accionante, en el diario *El Espectador*, de 24 de agosto de 2008, número 34.388, páginas 6-7, que obra en el anexo 1, se dice:

[...]

Sierra era socio del Club Campestre de Medellín, tenía un lujoso apartamento en Cartagena y una finca en el Urabá, era dueño de una prestancia social tan conocida en su natal Medellín que entraba como Pedro por su casa a consejos de seguridad y consejos comunales que realizó el Presidente en su departamento. Íntimo amigo de Guillermo León Valencia y de la destituida directora de fiscalías de Córdoba, **Perla Dávila, a quien incluso le giró dinero para una cirugía estética.** Según se desprende de las grabaciones reveladas por Cambio, Sierra le pidió a su amigo Valencia que borrara todo rastro de *El Indio* del organigrama de *Don Mario* y así se hizo (negrillas fuera de texto).

[...]

En *Semana.com*, de 21 de agosto de 2008, «Despedidos los fiscales Valencia Cossio y Dávila Martínez» (f. 185), también se lee, en relación con la actora:

[...]

En las conversaciones también se revela que los fiscales Valencia y Perla Dávila hablan de montar un operativo con el general Marco Antonio Pedreros, entonces Comandante de la Policía de Antioquia, para justificar un viaje al nudo del Paramillo. En otra, **Dávila le agradece a Sierra la invitación a una fiesta y le pide dinero para una cirugía, que al parecer le fue consignado por una empleada de Sierra, en una cuenta que le dio la fiscal** (texto sin negrillas).

[...]

Ahora bien, como lo ha expresado esta Corporación, la idoneidad profesional para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones no otorgan por sí a su titular prerrogativa de permanencia en él, puesto que deben también apreciarse motivos distintos que pueden incidir en la no prestación de un buen servicio y que afectan el desarrollo de la función pública en lo tocante, entre otros, a la moralidad, eficiencia, imparcialidad, responsabilidad y



transparencia.

Por ello, el examen para establecer si hubo desviación de poder no puede restringirse a los títulos académicos que ostenta la accionante y las felicitaciones de eficiente servidora de que fue objeto (ff. 13-28), ya que no basta afirmar que sé es buena funcionaria y que la desvinculación se produjo como consecuencia de la arbitrariedad del nominador porque le corresponde probar la motivación oculta del acto de retiro del servicio para lograr demostrar el motivo de anulación y el consecuente restablecimiento del derecho, con arreglo al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil:

ARTÍCULO 177. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba

La causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con propósitos distintos a los previstos por la norma. En este sentido, la doctrina ha predicado lo siguiente:

[...] Usualmente la desviación de fin es oculta, por cuanto se queda en la mente de quienes intervinieron en la expedición del acto, y resulta velada por la indicación expresa del fin que jurídicamente corresponde al acto, o por la presunción de este cuando no se exterioriza, de allí que para establecerla deba auscultarse en las intimidades del acto, lo cual dificulta su verificación, sobre todo cuando la desviación es hacia intereses espurios, innobles o mezquinos, caso en el cual solo los autores del acto son los que saben de sus propias intenciones, lo que además de un problema de legalidad, entraña también un problema ético y puede llegar incluso al campo penal o disciplinario [...] (negrillas fuera de texto).⁵

Sin embargo, la demandante circunscribe la desviación de poder a que los hechos publicados en los medios de comunicación debieron ser primero objeto de investigación disciplinaria antes de haberse ejercido la facultad discrecional

⁵ Luis Enrique Berrocal Guerrero. *Manual del acto administrativo*. Bogotá: Profesional, 2005. p.346



que declaró la insubsistencia del cargo que desempeñaba; pero, al respecto, esta Sala, desde tiempo atrás, ha sostenido que:⁶

[...]

[...] la facultad discrecional es diferente de la potestad disciplinaria pues aquella no implica el ejercicio de poderes punitivos sino de conveniencia o utilidad y, por ende, no está ligada a procedimiento contradictorio alguno por lo que no puede aducirse que sea violatoria del derecho al debido proceso ni del derecho de defensa, aunque el acto discrecional sí puede resultar afectado por las demás causales de nulidad de los actos administrativos, a saber, la incompetencia, la expedición irregular, la violación de norma superior, la desviación de poder y la falsa motivación.

[...]

Al examinar las grabaciones y los escritos a los que atrás se ha hecho referencia (y que la demandante no los controvierte), la Sala estima que, desde el punto de vista objetivo —sin deducir responsabilidad de ninguna naturaleza—, la actora se encontraba en una situación difícil, delicada y comprometedora ante la dirección de la Fiscalía General de la Nación, pues se percata una buena relación de amistad con el empresario Juan Felipe Sierra Fernández, involucrado en la organización criminal de Daniel Herrera Rendón, alias *don Mario*, ya que el empleo que desempeñaba era de los de dirección y confianza del nominador, y, por supuesto, empaña la imagen de la institución. Por tal razón, el *a quo* considera lo siguiente:

D.2.2. Ahora, del análisis del contenido y alcance de tales conversaciones, sin hesitación de ninguna especie, surge la convicción de certeza, que el escándalo protagonizado en los medios de publicación con tales conversaciones grabadas, que evidencian la amistad cercana de la Directora de Fiscalías de Montería, con el empresario Juan Felipe Sierra, investigado y, tildado de ser miembro de la banda de "Don Mario"; se constituye en motivos suficientemente notorio, que afectan la imagen de la Fiscalía General y atentan contra la transparencia con que deben darse las actividades investigativas a su cargo; y mucho más si se toma en cuenta la calidad directiva y de confianza de la empleada involucrada en las conductas

⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 11 de agosto de 2006, radicación 47001-23-31-000-2001-00871-01(0048-04), consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, actor: Yonis Manuel Ruiz Martínez, demandado: Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional.



cuestionadas (f. 286).

Y aunado a lo anterior, el testimonio rendido, el 14 de abril de 2010, por la señora Leslie Rosa Burgos Álvarez, ex fiscal delegada ante jueces del circuito de Montería, que, desde el punto de vista objetivo —se repite—, coincide con la versión de los medios de comunicación de que existe una conversación grabada con el señor Juan Felipe Sierra Fernández, en que la demandante le pide \$5.000.000 para una liposucción como contraprestación de los favores recibidos, y lo cual cuestiona y censura el comportamiento de la actora y afecta la prestación del buen servicio de la Fiscalía General de la Nación. Dice la declarante:

[...] fuimos declaradas insubsistentes el 21 de agosto de 2008, a raíz de que la doctora unos días antes me solicitó porque a pesar de que era mi jefa inmediata en ese momento, éramos amigas personales, que le prestara mi número de cuenta para que le consignaran la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000), puesto que ese día que presuntamente se consignaban, y ella se intervenía quirúrgicamente y su hija mayor Lissana Vargas, que en ese momento podía hacerle ese favor, salía del país con su hermana menor, a raíz de eso me pide el favor que acepte que le consignen la plata, se la retire y se la haga llegar a su casa porque estaba en estado de convalecencia, yo Leslie Burgos, observando que conozco a Perla Dávila, desde el 2001, que fue mi jefa inmediata en la dirección administrativa de la fiscalía, conociéndola desde ahí como una persona responsable, honesta, nunca le observé actos delincuenciales, de andar con personas delincuenciales, no vi por qué no hacerle el favor [...] (ff. 193-195).

En fin, como lo ha dicho esta Sala en varias oportunidades, el buen desempeño del servidor en sus labores, que es su compromiso con la Administración, no enerva el ejercicio de la facultad discrecional, puesto que se pueden presentar otros motivos, como los denunciados por los medios de comunicación, que, a juicio del nominador, no son garantía para la eficiente prestación del servicio.



En este orden, concluye la Sala que no fue desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado objeto del recurso de apelación (Resolución 5120 de 21 de agosto de 2008, del fiscal general de la nación), razón por la cual se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia.

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

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

FALLA:

1.º Confirmase la sentencia proferida el 25 de octubre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Córdoba (sala primera de decisión), que negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Perla Emperatriz Dávila Martínez contra la Nación-Fiscalía General de la Nación, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

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

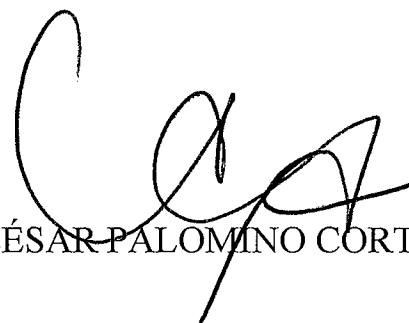
Notifíquese y cúmplase,



Rad. 23001-23-31-000-2008-00303-01 (1082-2013)
Actor: Perla Emperatriz Dávila Martínez

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


CARMELO PERDOMO CUÉTER

 
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ CÉSAR PALOMINO CORTÉS