

INSUBSISTENCIA DEL DIRECTOR DE FISCALIA DEL CAUCA - Desviación de poder. Ausencia de razones

Para la Sala sus condiciones de idoneidad y experiencia en el desempeño del cargo y con conocimientos específicos para el mismo, hacen presumir su capacitación para prestar un buen servicio. La administración, por su parte, no desvirtuó la capacidad ni las calidades de su ex funcionario ni explicó las razones por las que prescindió de una persona idónea. La desviación del poder se configura, entonces, por la falta de razones para desvincularlo. Esta falta de razones es más evidente si se tiene en cuenta que el retiro se efectuó cuando en su unidad llevaba un proceso penal en contra de un alto dignatario municipal, al que le fue variada sin justificación suficiente la competencia para remitirla a otra Seccional; circunstancias anteriores hicieron que todos sus colaboradores inmediatos y demás personas que realizaban el seguimiento del proceso causaran la impresión negativa de que existían manejos irregulares en el seno de la Fiscalía General de la Nación según dan cuenta las declaraciones recibidas. La desviación de poder, como lo ha dicho la Sala, es un cargo de naturaleza eminentemente subjetiva y pertenece al fuero interno del nominador; por tanto, para desentrañar su voluntad sería necesario involucrarse en la mente de éste para establecer cuáles son los fines o propósitos buscados con la decisión; por ello, es menester utilizar cuidadosamente la prueba indiciaria. Es lo que se valora en este caso pues, se insiste, no resulta razonable que una persona con excelente hoja de vida, buen funcionario, con experiencia en la institución y en el cargo, resulte inconveniente para la administración o que no ofrezca las garantías en la dirección de la Seccional, especialmente, para la culminar con una investigación penal, seguida contra del alto dignatario municipal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011).-

Radicación Número :190012331000199902005-02 (836-2008)

Actor : CARLOS HUGO MEDINA MEZA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 13 de mayo de 2008, por medio de la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, negó las pretensiones de la demanda incoada por CARLOS HUGO MEDINA MEZA contra La Nación, Fiscalía General de la Nación.

La demanda

CARLOS HUGO MEDINA MEZA, actuando mediante apoderado judicial, presentó ante el Tribunal Administrativo del Cauca, acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 1144 de 12 de julio de 1999, proferida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Director Seccional de Fiscalías de la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán, posición que ocupaba desde el 3 de febrero de 1998 (fls. 298-344).

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de superior categoría; que no existió solución de continuidad en el servicio; que se ordene reconocer y pagar todos los sueldos, primas, subsidios, vacaciones y demás emolumentos dejados de

percibir desde la fecha de desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro; que se le pague una indemnización de 5000 gramos oro por la aflicción que le generó, pues era un funcionario con un gran sentido de pertenencia a quien afectaron los comentarios hechos por la separación del cargo; que se ordene anotar en la hoja de vida del demandante la parte resolutive de la providencia ejecutoriada; reconocer los emolumentos cancelados por concepto de transporte y traslado de muebles y enseres de la ciudad de Popayán a la ciudad de Bogotá; que las sumas objeto de condena sean actualizadas de acuerdo al art. 178 del C.C.A. y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 y 177 del C.C.A.

Basó su *petitum* en los siguientes hechos.

El actor estuvo vinculado a la Fiscalía General de la Nación desde el 1 de julio de 1992 hasta el 15 de julio de 1999 (fl. 355), ocupando varios cargos hasta ocupar el de Director Seccional de Fiscalías de Popayán nombrado por Resolución No. 207 de 30 de enero de 1998.

Antes de entrar a la Institución desempeñó altos cargos en el Ministerio de Justicia, participando en varios proyectos (fls. 266-268). Durante los años de vinculación con las diferentes entidades del Estado y en su vida profesional, nunca tuvo un llamado de atención ni fue sancionado penalmente o disciplinariamente.

El 27 de febrero de 1998, mediante orden de trabajo No. 0082, la Sección de Servicios Administrativos del Nivel Central, aprobó la mudanza de los muebles y enseres del actor a la ciudad de Popayán.

Mediante Circular No. 53 de 5 de mayo de 1998, el Director Nacional de Fiscalías (fl. 11), impartió instrucciones a los Directores Seccionales para que enviaran un informe quincenal a su Despacho respecto de las investigaciones de connotación nacional por delitos en contra de la Administración Pública, sin perjuicio de alguna investigación especial, la cual se debía enviar antes de la fecha.

Finalizando diciembre de 1998, el actor se reunió, como usualmente lo hacía, con los Fiscales Delegados que integraban la Unidad delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, con el objeto de indagar sobre la investigación (sumario No. 1130) que se adelantaba contra el Alcalde Popayán cuando fue Gerente de la empresa Centrales Eléctricas del Cauca (CEDELCA) pues, tal investigación presentaba dilación en su trámite, al parecer, por la elevada carga laboral existente en la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Popayán que venía tramitando tal asunto (fls. 35 y 36).

En esa reunión se determinó que la Fiscal Segunda Delegada ante el Tribunal (fl. 38) era la servidora más indicada para adelantar la instrucción, pues era una preeminente servidora con una hoja de vida brillante y difícilmente igualable (fls. 189-194), por lo que el Director Seccional de Fiscalías de Popayán, en ejercicio de sus funciones, le asignó el sumario No. 1130 referido (fl. 36).

A principios de 1999, el Director Nacional de Fiscalías, impartió personalmente puntuales instrucciones verbales al demandante para que en el caso del Alcalde de Popayán no se tomaran decisiones sin que previamente estas fueran conocidas y expresamente avaladas, a través suyo, por el Fiscal General de la Nación.

Dos (2) días antes del vencimiento del término para resolver situación jurídica, la Fiscal Delegada a cargo de la investigación entregó al actor el proyecto de resolución jurídica en el que se imponían medidas de aseguramiento (sin firma) al implicado y otros, el cual fue enviado vía fax directamente por el demandante al Despacho del Director Nacional de Fiscalías.

Como quiera que pasaban los días y el Director Nacional no daba ninguna instrucción en relación con el proyecto y tampoco pasaba al teléfono y ante el inminente vencimiento de los términos legales para resolver, el demandante, al no encontrar ninguna razón válida para no expedir la decisión, autorizó y respaldó la firma de dicha providencia para que fuera proferida por la Fiscal Delegada ante el Tribunal.

Al día siguiente de la suscripción de la resolución que resolvió la situación jurídica del investigado, el Director Nacional se comunicó con el actor para manifestar su desacuerdo con la providencia y cuando se enteró de que ya había sido firmada, se alteró, dijo que informaría al Fiscal General y le cortó la comunicación.

El 18 de febrero de 1999, mediante Resolución No. 279, la Directora Nacional Administrativa y Financiera, a instancias de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación, produjo el acto administrativo que encargó al actor de la Dirección Seccional del C.T.I. de Popayán sin que lo separaran de sus funciones como Director Seccional de Fiscalías.

A la Fiscal Segunda ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán, se le realizaron estadísticas mensuales donde se concluyó que la carga

laboral, sumada a la elevada calificación profesional de la Fiscal, le permitía continuar adelantando las instrucciones (fls. 39-47, 50-58, 65-73, 77-93, 121-129, 170-178).

Los informes pedidos por el Director Nacional de Fiscalías, se le siguieron pasando de acuerdo a la instrucción (fls. 99-116).

El 22 de abril de 1999 (fl 76), la Jefe de la Oficina de Planeación dio a conocer los resultados del Primer Censo Nacional de Expedientes Activos. En tal comunicación se aprecia que la Seccional de Fiscalías de Popayán se encuentra en el sexto lugar de progreso con el calificativo *“excelente, felicitaciones”*; mientras que la Seccional de Cali, aparece en el puesto 21 con la calificación *“bien, pero podemos mejorar”*.

Con ocasión del Censo Nacional de Expedientes Activos, el Fiscal General, mediante Circular 006 de 29 de abril de 1999 (fl. 96), califica de *“excelente”* la labor de la Seccional de Fiscalías de Popayán y de *“acceptable”* la labor de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali. Es decir, calificó a las Direcciones Seccionales de Fiscalías Popayán y Cali y por ende a sus Directores. Igualmente, con ocasión de este censo, concede un día compensatorio a los funcionarios (fl. 285), previo visto bueno del jefe inmediato.

Para garantizar plenamente la transparencia e imparcialidad de la Administración de Justicia, el Director Seccional, solicitó el 13 de mayo de 1999 al Director Nacional, el cambio de segunda instancia *“en un caso de desplazamiento” (sic)*. Dicho funcionario accedió a la petición mediante la Resolución No. 243 del 27 de mayo de 1999 (fl. 111), señalando que se aceptaba *“variar la asignación de la segunda instancia de las actuaciones penales relacionadas en la resolución No. 177 de 1999, proferida por el*

Director Seccional de Fiscalías de Popayán a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali."

El 1º de junio de 1999 (fl. 284), el actor solicitó al Director Nacional la variación de la segunda instancia del proceso seguido contra el Alcalde y otros, en calidad de Gerente de Centrales Eléctrico del Cauca (CEDELCA), en razón del nivel de presión y amenazas que existían y con el objeto de rodear de las máximas garantías en el proceso, de conformidad con su experiencia y los lineamientos institucionales sobre la materia.

A propósito de la petición anterior, el Director Nacional mediante la Resolución No. 297 del 16 de junio de 1999 (fl. 119), aclaró la Resolución No 243 del 7 de mayo ya citada. En dicho acto mantiene aún el criterio de variación de la segunda instancia de los procesos que por desplazamiento conocen los Fiscales Delegados ante el Tribunal, como era este caso.

Sin embargo, el 30 de junio de 1999 (fl. 130) niega la variación de la segunda instancia del proceso seguido contra el Alcalde y otros e indicó como sustento que: *"En relación con el asunto de la referencia, por medio del cual solicita analizar la viabilidad de variar la asignación de la segunda instancia en el proceso que adelanta la doctora CARMEN ELISA SOLARTE DE BOLIVAR, por desplazamiento, contra el doctor FELIPE FABIAN OROZCO VIVAS, Alcalde Municipal de Popayán (Cauca), me permito exponerle que no es procedente, toda vez que por disposición del numeral 2º del artículo 123 del Código de Procedimiento Penal, le corresponde a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, resolver los recursos de apelación y de hecho, interpuestos contra las resoluciones interlocutorias proferidas en primera instancia por los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores y como quiera que esta Unidad es única, no puede*

variarse la asignación". Ante esta negativa, el demandante le solicita reconsideración de la posición, sin que recibiera respuesta alguna (fl. 131). Además, solicitó el día compensatorio a que tenía derecho (fl. 133).

El 7 de julio de 1999, siendo aproximadamente a las 10 a.m., la Fiscal Delegada a cargo de la investigación entregó al demandante la providencia mediante el cual se resolvía y modificaba la situación jurídica del Alcalde y otros, pero, esta vez contaba con la firma y demás formalidades propias de este tipo de actos. Personalmente, el actor envió tal decisión, vía fax, al Director Nacional del C.T.I. encargado de la Dirección Nacional de Fiscalías, toda vez que no fue factible hablar personalmente con su Jefe. Confirmó con la secretaria el recibo del mismo y le dejó el mensaje que tal resolución sería entregada en la Secretaría de la Unidad Delegada ante el Tribunal, antes de las seis (6:00) p.m. de ese día. Esto se hizo con el objeto de que el Fiscal General tuviese la oportunidad de enterarse de lo actuado de conformidad con la Resolución No. "53" (*sic*), pero, particularmente, por las instrucciones que personal y específicamente para este caso se le habían impartido al demandante el Director Nacional de Fiscalías titular.

La decisión, aparte de revocarle el beneficio de la libertad provisional al Alcalde y otro, compulsaba copias para ante la Corte Suprema de Justicia al Senador de la República Aurelio Iragorri Hormaza, para que se le investigara como determinador de las conductas punibles investigadas.

Ese mismo día 7 de julio, el demandante enteró al Asesor de la Dirección Nacional de Fiscalías de Bogotá, con responsabilidad sobre la Seccional de Popayán, de la decisión adoptada y del hecho que ya se encontraba una copia en el Despacho del Director Nacional del C.T.I. Dicho funcionario, algo disgustado manifestó que porque se había obviado su canal, para informar al

Director Nacional, a lo que el actor le respondió que en este caso existían especiales instrucciones de informar directamente al Despacho del Director Nacional, a lo que el Asesor manifestó que, en todo caso, incluiría la información en el memorando que rutinariamente elaboraba sobre novedades judiciales en las Seccionales de Fiscalías bajo su supervisión.

El 7 de julio de 1999, se le concedió el día compensatorio a que tenía derecho para el próximo viernes 9 de junio (fl. 134). Ese mismo día, tras un requerimiento de la Dirección Nacional de Fiscalías, se envió un resumen (fl. 135) de la actuación que se llevaba contra el Alcalde, así: El radicado 01130, tuvo su apertura de instrucción el 11 de noviembre de 1998; a partir del mes de enero cuando se le asignó la investigación a la Fiscal Segunda, se indagaron a cinco procesados por los delitos de Peculado por Apropiación en Favor de Terceros (Modalidad Extensión), Falsedad en Documento Privado y Peculado Culposo; se les resolvió su situación jurídica, se celebró sentencia anticipada con uno de ellos; se les amplió indagatoria a unos de ellos.

Con respecto a este proceso, el mismo 7 de julio, la Fiscal del caso ordenó que a través de la Dirección se enviara copia de la providencia para que fuera objeto de consideración dentro de unos beneficios por colaboración eficaz que había invocado uno de los procesados.

El 9 de julio de 1999, mediante Resolución 382 (fl. 138), el Director Nacional de Fiscalías varió la asignación de la investigación que adelantaba la Fiscal Segunda Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en contra de Felipe Fabián Orozco Vivas y otros, a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali al indicar que: *"por motivos de eficacia investigativa, es conveniente para los fines de la Administración de Justicia, que la investigación penal en mención se prosiga en la Dirección Seccional de*

Fiscalías de Cali.” De este traslado no hubo queja alguna por parte de los sujetos procesales.

La Dirección Seccional Administrativa y Financiera, mediante oficio No. DAYF-1217 (fl. 146), informó al actor que no era posible acceder al suministro de pasajes aéreos, ni sufragar los gastos de traslado de sus enseres a la ciudad de Bogotá, por cuanto el acto administrativo que se la había notificado era de insubsistencia y no de traslado a otra sede. Igual respuesta recibió de la Secretaría General (fl. 165 y 183) por lo tanto, el actor canceló por su mudanza a la ciudad de Bogotá, la suma de \$1.280.000.

El 13 de septiembre de 1999, mediante Resolución No. 0-1554 (fl. 187), el Fiscal General de la Nación nombró a Benjamín Irigorri Hormaza, Fiscal Delegado ante los Jueces de Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, funcionario que no tuvo que cumplir con estudio de seguridad, ni revisión de su perfil o experiencia para acceder a tan delicada posición.

Durante los días subsiguientes a su desvinculación, recibió innumerables notas de reconocimiento y agradecimiento por su labor.

La investigación contra Felipe Fabián Orozco Vivas (Alcalde de Popayán) y otros, fue asignada al Fiscal 90 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Cali, quien tenía una carga laboral considerable. Desconoce si se compulsaron las copias ordenadas contra el Senador Aurelio Irigorri Hormaza y que impulso ha tenido la actuación.

A folio 352, el actor corrigió la demanda en cuanto a la designación de las partes y sus representantes y a folio 365, aclaró los demanda en cuanto a los hechos señalando que el demandante fue una persona de excelentes

calificaciones que lo hizo merecedor de exaltaciones por parte de la Universidad; fue uno de los “servidores fundadores” (sic) de la Fiscalía General e hizo parte de ella en todas sus administraciones debido a su alto rendimiento laboral y experiencia específica en el área penal; fue un funcionario de alto perfil, sentido de pertenencia y excelente e intachable hoja de vida que hacía impensable una declaratoria de insubsistencia de su nombramiento por un funcionario calificado por el mismo Fiscal General como “*acceptable*” lo que convirtió el hecho en afrentoso para el nombre, familia, amistades y autoestima del actor.

Fue un funcionario recto y cumplidor de las normas por las que se debía regir a pesar de las presiones que tenía desde la cúpula de la Fiscalía para atender intereses subalternos o extraños a la justicia y por ende contrarios a la Ley, especialmente en el caso de Felipe Fabián Orozco Vivas y otros, en ese momento Alcalde de Popayán, con respecto a su desempeño como Gerente de CEDELCA.

Fue por esto que en ejercicio de sus funciones y ante la forma ineficiente que se llevaba este proceso, delegó a una funcionaria con excelente capacidad laboral e incomparable hoja de vida para que siguiera con el sumario, desarrollando un ejemplar “*dibujo de ejecución*” de la instrucción (sic), lo cual permitió el éxito de la investigación, tanto fue así que, uno de los implicados solicitó a la entonces Fiscal Instructora sentencia anticipada la cual fue dictada por la Juez 3ª Penal del Circuito de Popayán, sentencia condenatoria por los delitos de peculado a favor de terceros en su Modalidad de Extensión y Falsedad en Documento Privado.

En resumen, alegó que se declaró insubsistente a un eximio Director Seccional de Fiscalías, para castigarle su desobediencia a las órdenes

arbitrarias del Fiscal General y de su línea jerárquica, que querían un manejo impropio de los procesos en que tenía un especialísimo interés pues el Fiscal General tenía vínculos estrechos con el Cauca y, premiar al aceptable Director Seccional de Fiscalías de Cali, y, de paso, nombrar como Director Seccional a su paisano, quien carecía de experiencia y actualidad en la Justicia Ordinaria Penal.

Como hecho indiciario de como se incide en el trámite de los procesos penales en el Cauca, existe el Oficio DSF 1030 del 3 de mayo de 2000, por medio del cual el sucesor en el cargo del actor, cuestiona la labor de un Fiscal de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública de Popayán *"atendiendo solicitud del doctor JAIME CORDOBA TRIVIÑO, Vicefiscal General de la Nación"* ; tras esta comunicación el Director Seccional mediante Resolución No. 195 de 4 de mayo de 2000 (fl. 582) reasignó la investigación.

Ante esta situación, el Fiscal despojado del proceso dirigió Oficio al Fiscal General de la Nación en donde expresó que no podía estar de acuerdo con las motivaciones de la mencionada Resolución, pues esta hacía alusión a que se hacía para optimizar el principio de imparcialidad y evitar el eventual cuestionamiento al trámite actual, siendo injurioso, abiertamente ilegal y constitutivo de un presunto delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, por cuanto el señor Director debió explicar en su Resolución, así fuese someramente, porque el sumario aludido no tiene garantía de imparcialidad y por que se optimiza esa imparcialidad estando bajo la responsabilidad de otro funcionario de la misma categoría.

No era posible que se declarara la insubsistencia del Director Seccional de Fiscalías de Popayán (la mejor área en desempeño), cuando en el Cuerpo

Técnico de Investigación existía una interinidad, contrariando claras disposiciones acerca del término del encargo y, de otro lado, se dejara a la Directora del área Administrativa y Financiera, a quien sus propios homólogos la tenían como una funcionaria mediocre, con cuestionamientos penales y fallos disciplinarios que la afectaban.

Además, el hoy Fiscal General de la Nación, tiene vínculos estrechos con el Cauca, es correligionario y político de larga data compañero en el Congreso de la República con el Senador respecto de quien se compulsaron copias para ante la Corte Suprema de Justicia, donde, además de probar aspectos bien importantes de lo alegado como hechos, pondrán de manifiesto a cuál funcionario judicial se le debe reconocer el mérito del éxito de la instrucción y quien fue mas acucioso en el impulso y desarrollo de la misma.

Un hecho relevante lo constituye la prueba que se obtendrá cuando se solicite a Centrales Eléctricas del Cauca el contrato suscrito con Juan Manuel Charry Urueña, quien fue Procurador Auxiliar durante el ejercicio como Procurador General del doctor Alfonso Gómez y, de contera, cónyuge de la actual Secretaria General de la Fiscalía (Clara Cecilia Mosquera Paz). Esto por cuanto, fue en esta empresa de servicios públicos, donde se generaron las conductas que se investigaban y que CEDELCA era “coto” político del Senador Aurelio Iragorri Hormaza y, en consecuencia, sus Gerentes apenas sus apéndices instrumentales.

En cada hecho y en cada actividad de la Administración del Dr. Gómez se vio que la insubsistencia del demandante se utilizó desviadamente para sancionarlo por desobedecer sus soberbias y desbordadas órdenes pues no existía investigación penal o disciplinaria alguna en su contra y, además, colocar este hecho como escarnio para los Fiscales del País y especialmente

del Cauca, para que no se sintieran autónomos e indiferentes ante sus designios.

En una entrevista dada por el entonces abogado litigante Alfonso Gómez en agosto de 1995, a la revista Panóptica, en la que se le preguntó si el sistema actual le quita autonomía a los jueces para administrar justicia, consideró que si le quita autonomía porque es un sistema jerarquizado y es así como un fiscal que tiene un caso determinado, tiene que cumplir las instrucciones que le dan sus superiores jerárquicos y desde ese punto de vista se vulnera su autonomía y uno de los principios universales del derecho.

Estos personales conceptos fueron los presupuestos de la presión que desarrollaría el Fiscal en torno al proceso que afectaba a un sector importante de la clase política del Cauca.

Concluyó que la Secretaria General de la Fiscalía (Clara Cecilia Mosquera Paz), quien igualmente había sido la Secretaria General del Procurador Alfonso Gómez, oriunda de una familia dedicada a la política en el Cauca, nombró recomendados en cargos que no estaban vacantes como la Técnica Judicial II, que antes de este cargo había sido nombrada Secretaria Judicial I, posición que no estaba vacante en la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán y que además, era recomendada por su madre como se puede leer en su hoja de vida.

Otro hecho indicador del desvío del poder lo constituye que el recién trasladado Director Seccional de Fiscalías de Popayán, quien cuatro (4) meses después de trasladarlo, le pidió la renuncia.

Concluyó que el 13 de abril de 2000, el Juzgado 3º Penal del Circuito (fls. 413-445) dictó sentencia condenatoria en el proceso adelantado contra Felipe Fabián Orozco Vivas (Alcalde de Popayán en ese entonces), por razón de la sentencia anticipada solicitada por los otros procesados.

Las normas violadas

Fundamentó como disposiciones violadas las siguientes:

De la Constitución Nacional, los artículos 1, 2, 3, 6, 17, 20, 25, 26, 53, 54, 90, 95, 251 y 228; 20-4, 22-1, 38 y 66 del Decreto 2699 de 1991; 5, 7 y 152 de la Ley 270 de 1996; 13-2 y 65 del Decreto 1155 de 1999¹, expedido al amparo de la Ley 489 de 1998.

La Contestación de la Demanda

- La Nación, Rama Judicial, por intermedio de apoderada se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto el demandante era un funcionario de libre nombramiento y remoción, que no gozaba de fuero alguno de relativa estabilidad laboral, por lo que podía el nominador disponer del cargo, como así lo estableció el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General quien taxativamente lo enumeraba como tal.

¹ Como la Resolución de insubsistencia invocó el artículo 100 del Decreto 1155 de 29 de junio de 1999 “Por el cual se modifica la estructura Orgánica de la Fiscalía general de la Nación y se dictan otras disposiciones”, norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, incluyó esta norma como infringida.

A la decisión de declaratoria de insubsistencia en el nombramiento, ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad. Esta causal es de libre apreciación y está amparada por la presunción de legalidad instituida en la ley (fls 601-613).

Citó sentencias de esta Corporación, en cuanto a los reiterados pronunciamientos de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, que no gozan de fueron de relativa estabilidad laboral y, sobre el desvío de poder señalando que este, debía probarse por quien lo alega.

Consideró que al contrario de lo expuesto por el actor, los cambios permiten nueva actividad, nueva forma de orientar y manejar el servicio. La buena prestación de un servicio no supone que otra persona no pueda prestar otro mejor servicio.

- La Fiscalía General de la Nación (fls. 615-619), a través de apoderada, se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que el acto administrativo acusado, fue expedido dentro de los parámetros legales y Constitucionales y en aras del mejoramiento del servicio.

Reiteró los mismos planteamientos expuestos por la Rama Judicial en la contestación de la demanda.

A folio 630, la apoderada de la Rama Judicial contestó la adición de la demanda reiterando que el nominador estaba facultado retirar del servicio al actor y que esta decisión se expidió para mejorar el servicio.

La sentencia de primera instancia

El Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, mediante sentencia de 13 de mayo de 2008, negó las súplicas de la demanda, con los siguientes argumentos (Fls. 794 a 804):

Después de hacer un listado de los hechos probados en el proceso, consideró que los argumentos esbozados por el demandante distan de tener la entidad suficiente para llevar a la conclusión propuesta en la demanda en el sentido de haberse adoptado decisiones en procura de beneficiar al entonces Alcalde de Popayán.

Los hechos narrados pueden tomarse como indicadores de esa circunstancia en tanto existe una conexión de cercanía temporal entre la decisión impugnada a través de la presente acción y aquellas actuaciones que dan cuenta de la variación de la asignación para evacuar la segunda instancia de la investigación adelantada en contra del entonces Alcalde de Popayán.

Es decir, puede existir alguna relación entre la decisión adoptada en la resolución demandada y el cambio de asignación de la investigación a la Seccional de Cali pero, por sí misma, esta decisión no es demostrativa de una intención reprochable en cabeza del Fiscal General, vale decir, favorecer la investigado y perjudicar al ahora demandante; aún cuando hubiere concluido el fallo en favor del procesado Orozco Vivas, tampoco esta circunstancia prueba un ejercicio prohibido de la facultad de remoción que tenía el Fiscal pues, hasta tanto no se estableciera que esta decisión era ajena a la legalidad, aparecería como posible aceptar que las decisiones aludidas y entre ellas la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor, pudieron adoptarse para garantizar la imparcialidad de la investigación.

Resaltó que el demandante tenía una excelente formación y capacidad, y que la valoración que le dio el Fiscal General de excelente en la Circular 006 (Censo Nacional de Expedientes) por la labor cumplida en la Dirección Seccional era importante; sin embargo, para el Tribunal, esta Circular tenía dos características especiales: i) Era común a otras Seccionales pues, incluía varias ciudades y, ii) Se refería a una específica labor, el ceso de expedientes, actividad que no guardaba ninguna relación con la investigación adelantada al Alcalde y que constituye el fundamento fáctico de la demanda.

La demostración documental de la capacitación del actor, los actos protocolarios anexados que denotan la percepción que tenía la gestión desplegada por él (fls. 20, 55 y 21 del cuaderno principal), su experiencia en diversos cargos de responsabilidad, todo ellos ejercidos con éxito y sin ninguna tacha disciplinaria que le hubiere merecido, hacen entender que se trataba de un muy buen funcionario a cargo de una delicada y compleja misión que, a pesar de ello, fue separado del servicio.

En modo alguno puede entenderse del conjunto de pruebas y testimonios aportados que ellos resulten demostrativos de la causal de desviación de poder alegada pues, la jurisprudencia ha reiterado que la bondad del funcionario y su adecuado desempeño, no son, por sí mismos, razón suficiente para enervar el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, esto es, que el Fiscal hubiera torcido su competencia para servir a otros intereses.

Concluyó que tampoco se evidenciaba una diferencia negativa en cuanto al desempeño o capacidades del funcionario que lo reemplazó pues, aunque se calificó el desempeño de la Seccional Cali como buena y la del actor como

excelente, esta circunstancia no permite concluir que se hubiese presentado un detrimento en la prestación del servicio integral a cargo del Director Seccional entrante, ni tampoco se demostró las diferencias que pudo encontrar el funcionario entrante con los empleados de ASONAL ni mucho menos los hechos que le endilgaron.

El recurso de apelación

El actor, por intermedio de apoderada, sustentó el recurso de alzada indicando que el *a quo* violó la garantía al debido proceso por no haber examinado integralmente los argumentos esgrimidos y las pruebas allegadas que satisfacían las exigencias que la nulidad del acto por desviación de poder exige, particularmente de las alegaciones presentadas en esa instancia (fls. 815-851).

Si el Tribunal hubiera examinado la integridad del proceso 01130 obrante en este expediente en ocho (8) cuadernos, hubiera constatado las múltiples afirmaciones procesales de que es allí donde están los hechos indicadores del porqué se retiró del servicio al actor, pues en ese proceso penal reposan las piezas restantes que arman el rompecabezas del desvío de poder articulado.

Específicamente si recurrió alguna providencia, y qué pasó cuando se produjo la modificación de la medida de aseguramiento en contra de Felipe Fabián Orozco Vivas (fls. 1749 a 1775 Cdno. 4 penal) y se ordenó compulsar copias a la Corte Suprema de Justicia para que por fuero se investigara al Senador Irigorri (fls. 1749 a 1775 Cdno. 4 penal); también se podrá constatar que hizo y en cuanto tiempo, el Fiscal 90 Delegado de la Dirección

Seccional de Fiscalías de Cali, a quien le fue reasignado el expediente (fl. 1824 Cdo. 5 penal); interesa saber que dice el acta de Audiencia Pública de juzgamiento, en la que al Fiscal Delegado le correspondió defender lo hecho por el Fiscal de la Seccional de Cali antes mencionado. Todo ello demuestra más que el desvío de poder, un espantoso hecho de corrupción entre procesados y la Alta Dirección de la Fiscalía General de la Nación de entonces.

No es cierto que el actor haya solicitado la reasignación a la Seccional de Cali del proceso 01130 como lo afirmó el *a quo*, pues cuando el Director Seccional solicitó al Director Nacional de Fiscalías la variación de la segunda instancia del proceso 01130, fue con el objeto de rodear dicha actuación del máximo de garantías, pues la funcionaria que conducía dicha investigación ante una eventual apelación a quien correspondería conocer sería a la Unidad de Fiscalía a la que se encontraba adscrita dicha funcionaria judicial; es decir, la Resolución No. 382 de 9 julio de 1999 (fl. 1811 Cdo. 4 penal), fue expedida oficiosamente y es uno de los hechos indicadores del desvío de poder, pues con esta dicho funcionario le quitó el expediente a la Fiscal Segunda Delegada ante el Tribunal de Popayán, y se lo remitió a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali para que le asignaran un Fiscal Seccional.

Que no es de recibo que se retire a un servidor sin tacha académica ni de responsabilidad y calificado semanas antes por el nominador como excelente y se traslade a quien, en las mismas circunstancias fue calificado como aceptable.

Igual situación se presenta del testimonio del Fiscal Delegado Especial, doctor Navia Manguillo (designado por la Fiscalía General para sostener la

acusación hecha por el Fiscal 90 Seccional de Cali, al ex Alcalde) de quien el Tribunal sólo extractó y validó los elementos que soportaban lo atinente al excelente perfil del demandante sin cotejar que en el proceso penal 01130, reposan en autos las puntuales afirmaciones que el declarante reiteradamente remitió para la constatación de sus dichos (fls 644-653).

Concluyó el *a quo* que en modo alguno las pruebas son demostrativas del desvío de poder, cuando sólo realizó una lectura parcial de ellas desconociendo la abundante prueba que indica lo contrario y, además, señala la íntima conexión que entre la misma existe para demostrar lo arbitrario del acto.

En la declaración jurada de la Fiscal Segunda Delegada ante el Tribunal de Popayán, funcionaria que entre otras gozaba de 23 años de experiencia, laureada académicamente por la universidad; master en criminología, ciencias penales y penitenciaria, ganadora de la medalla "*Enrique Low mutra*", galardón reservado para los servidores que han cumplido su función mas allá de su deber; realizó afirmaciones que constituyen serios indicios precedentes y concurrentes a los hechos determinantes del desvío de poder alegado. Dijo la declarante en relación con su trayectoria académica y profesional, aspecto insoslayable dentro del análisis del asunto, si se tiene en cuenta que el Director Nacional de Fiscalías, señalaría su gestión como instructora del sumario 01130 como ineficaz.

Lo declarado por la Fiscal y el resumen que ella presentó del proceso penal cuando, desde el nivel central fue reasignado a la Seccional de Cali muestran que estaba ajustada al postulado de la pronta y debida justicia, que la misma contaba con un dibujo de ejecución planeado por una de las

mejores fiscales y que tres (3) de los procesados abrumados por la prueba de cargo habían solicitado sentencia anticipada.

La única consecuencia de la reasignación del expediente 01130 ordenada de oficio por el Director Nacional de Fiscalías a través de la Resolución 382 de 1999, fue facilitar la desafortunada y errática calificación del sumario por el Fiscal 90 Delegado Seccional de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, que garantizaría la impunidad de los autores intelectuales de un hecho punible contra la Administración Pública.

De la declaración del entonces Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Popayán, doctor Álvaro Augusto Navia Manguillo se demuestra el desvío de poder en que se incurrió para favorecer a un procesado pues, su trascendencia no sólo gravita en el conocimiento previo y concurrente de los hechos que rodearon la expedición por parte del Fiscal General de la Resolución No. 0-1144 del 12 de julio de 1999, sino que fue designado como el Fiscal Delegado Especial que debió sustentar la insostenible e inmodificable Resolución de acusación proferida por el propicio Fiscal 90 Seccional de Cali, que calificó el mérito del proceso como sólo servía al procesado, es decir con yerros en la adecuación típica de la conducta para luego al doctor Navia Manguillo, al sustentar la acusación, por preclusión de la oportunidad, no le fuera posible readecuar la tipicidad, y por ello, se dio la sentencia absolutoria.

Para la época, el Director Seccional de Fiscalías de Cali designado, no exhibía en su hoja de vida (fl. 13) mayor experiencia en la Fiscalía General, pues, según consta en las declaraciones aportadas y, únicamente, luego de su traslado a Popayán inició estudios de postgrado en materia penal, función básica de la Fiscalía General de la Nación. Citó sentencia de 18 de

mayo de 2000, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado en relación con la trascendencia de la hoja de vida en la función pública.

Que la única motivación de la Resolución 382 de 1999, por la cual se reasignó el sumario 01130 adelantado por la Fiscal Segunda Delegada ante el Tribunal de Popayán, al Fiscal Seccional de Cali, es falsa, pues la dinámica procesal imprimida por la Funcionaria se había realizado respetando los derechos y garantías de los múltiples sujetos pasibles de la acción penal y dentro de la oportunidad y términos procesales, y que el funcionario que, durante los dos (2) años que tuvo a su cargo el expediente, en lo sustancial se limitó a malograr tal investigación.

Lo probado permite afirmar que la Resolución demandada se expidió porque el actor era un obstáculo para la impunidad con que se arrojarían a promitentes miembros de la sociedad caucana, y que en ningún momento correspondió a un deseo de mejorar la prestación del servicio, sino a una cobarde retaliación contra un hombre que enalteció a la Rama Judicial.

Consideraciones de la Sala

El problema jurídico a resolver

Consiste en determinar si se encuentra ajustada a derecho la Resolución No. 1144 de 12 de julio de 1999, proferida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Director Seccional de Fiscalías de la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán.

Lo probado en el proceso.

Sea lo primero indicar que al momento de resumir los hechos de la demanda, se citó el folio que contiene cada documento que lo prueba y las demás pruebas relevantes, a continuación se relacionaran:

El 30 de enero de 1998, mediante Resolución No. 0-0207 (fl. 4), el Fiscal General de la Nación nombró al actor como Director Seccional de Fiscalías de la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán.

Copia de la Resolución No. 1144 de 12 de julio de 1999, proferida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Director Seccional de Fiscalías de la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán (fl. 354).

A folio 145, el Analista de Desarrollo Humano de la Fiscalía General de la Nación certificó que el actor ingresó a la entidad el 1 de julio de 1992 y que fue nombrado Director Seccional de Fiscalías de Popayán desde el 3 de febrero de 1998 hasta el 15 de julio de 1999.

El 12 de julio de 1999, mediante Resolución No. 1144, fue declarado insubsistente su nombramiento por el Fiscal General de la Nación; esa misma fecha, mediante Resolución No. 2-0657 (fl. 141), la Secretaría General de la Fiscalía encargó de la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán, al Dr. Silvio Castrillón Paz, Fiscal Delegado ante el Tribunal de Popayán y, en esa misma fecha y mediante Resolución No. 2-0658 (fl. 142) se aclaró dicho acto administrativo; la decisión de retiro le fue comunicada el 14 de julio de 1999.

De folios 238 a 272 y 397 a 412, obra la hoja de vida del actor donde se destaca en lo que respecta a la academia que es Abogado egresado de la Universidad Gran Colombia, especializado en Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y tiene una Maestría en Derecho Penal de esta última, además de los cursos los cursos y seminarios a los que asistió.

El Contralor Departamental del Cauca (folio 282), envía al demandante felicitaciones por la labor realizada por el como Director Seccional de Fiscalías; a folio 20 y 155, el Gobernador del Departamento hace lo mismo; la Delegada del Registrador Nacional, a folio 21, lo felicita por el desempeño en el proceso electoral de 1998; al igual que el Director Ejecutivo Seccional de la Rama Judicial (fl. 148) y el Presidente del Tribunal Superior de Popayán (fl. 149). De folios 150 a 153, obra carta dirigida al Fiscal en que varios ciudadanos de Popayán apoyan le gestión del actor, lo mismo que a folio 154; compañeros de trabajo, a folio 156, hacen lo mismo, al igual que empleados de ASONAL (fls. 157-159)

En el cuaderno de pruebas 1 y 2, obra copia de la hoja de vida del demandante junto con documentos anexos en los cuadernos principales.

Aparece aportado como prueba el libro “El Narcofiscal”, escrito por el periodista Manuel Vicente Peña en el que, en 610 páginas denuncia actos presuntamente irregulares cometidos por el entonces Fiscal General de la Nación.

En cuanto a la prueba testimonial esta se resumirá y analizará a continuación, pues la Sala la considera relevante para definir el asunto.

Análisis del caso

El Decreto 2699 de 1991, por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, en su artículo 66, disponía:

“Artículo 66. Los empleados de la Fiscalía se clasifican, según su naturaleza y forma como deben ser provistos; en de libre nombramiento, y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción, las personas que desempeñan los empleos de:

Vice-Fiscal General de la Nación.

- 1. Secretario General.*
- 2. Jefes de Oficina de la Fiscalía General.*
- 3. Directores Nacionales y Jefes de División de la Fiscalía General.*
- 4. Director de Escuela.*
- 5. Directores Regionales y Seccionales.***
- 6. Los empleados del despacho del Fiscal General, del Vice-Fiscal y de la Secretaría General.*

Los Directores Regionales y Seccionales ingresarán por concurso y sólo podrán ser removidos, previa autorización del Consejo Nacional de Policía Judicial.

Los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos. (...).” (Destacado por la Sala).

El artículo anterior fue modificado por la Ley 116 de 1994, quedando así:

“Artículo 66. Los empleos de la fiscalía se clasifican, según su naturaleza y forma como deben ser provistos; en de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción, las personas que desempeñan los empleos de:

- 1. Vice-fiscal General de la Nación.*
- 2. Secretario General.*
- 3. Jefes de Oficina de la Fiscalía General.*
- 4. Directores Nacionales y jefes de División de la Fiscalía General.*

5. *Director de escuela.*
 6. **Directores regionales y seccionales.**
 7. *Los empleados del despacho del fiscal general, del Vicefiscal y de la Secretaría General.*
 8. *Los fiscales y funcionarios de las fiscalías regionales.*
 9. *Los empleados del Cuerpo Técnico de Investigación a nivel nacional, regional y seccional.*
- Los demás cargos serán de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos." (Destacado por la Sala).

La Corte Constitucional, en sentencia C-053 de 1997², resolvió la demanda de inexecutable promovida contra el artículo 66 del Decreto 2699 de 1991, modificado por el artículo 1° de la Ley 116 de 1994 anteriormente transcritos y se declaró inhibida para conocer el fondo de la cuestión arguyendo que la misma había sido resuelta por la sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996³, es decir, dejó incólume la clasificación de libre remoción del cargo de Director Seccional.

Así las cosas, el cargo de Director Seccional, que ocupaba el demandante, es de libre nombramiento y remoción, cuestión que, además, no se discute en el proceso.

Considera el actor que el nominador con la expedición de la resolución demandada incurrió en falsa motivación y desviación de poder. Señaló, además que con su retiro no se pretendió el mejoramiento del servicio; que

² Corte Constitucional, sentencia C-053 de 6 de febrero de 1997, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo, Referencia: Expediente D-1401, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 66 del Decreto Ley 2699 de 1991, modificado por el artículo 1° de la Ley 116 de 1994, Actor: José Antonio Galán Gómez.

³ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Ref.: P.E.-008, Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 del Senado de la República y 264/95 de la Cámara de Representantes, "Estatutaria de la Administración de Justicia".

su retiro se produjo como una sanción por no acatar las directrices ajenas al servicio en la conducción de un proceso penal, y que su reemplazo no gozaba de las calidades intelectuales necesarias para desempeñar el cargo.

El cargo de Director Seccional que desempeñaba el actor es de libre nombramiento y remoción, en consideración a la estricta confianza que demanda su desempeño, lo que permite a la Administración disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular por fuera de la regulación propia del sistema de carrera de la fiscalía, para permitir un ejercicio eficiente de las labores de manejo y dirección de la entidad.

La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el demandante, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad.

No obstante lo anterior, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla. Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y *“opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia”*⁴.

Por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación el demandante tiene la carga

⁴ DROMI, ROBERTO, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1995, página 98.

probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 84 y 85 del C.C.A, en concordancia con los artículos 176 y 177 del C.P.C., aplicables al asunto por remisión de los artículos 168 y 267 del C.C.A.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado, respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción, en los que se exige una especial confianza¹:

*“Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en manifestar que las facultades discrecionales no son omnímodas, sino que tienen que estar encaminadas a la buena prestación del servicio público, por lo cual cabe estudiar el vicio de ilegalidad del acto demandado frente al cargo del uso indebido que hace el nominador de tal potestad. Así mismo, **ha insistido la jurisprudencia que cuando se trate de cargos que implican una especial responsabilidad y dignidad, como era el caso de la demandante, las exigencias para ejercer la potestad discrecional se tornan más amplias.***

*(...) Por ello resulta como una medida acorde con el buen servicio el retiro de la funcionaria que se encuentre en tales circunstancias. **Y el anterior razonamiento se hace más exigente para los funcionarios que ocupan cargos de alta jerarquía en una institución, pues es sabido que la alta dignidad de un empleo implica compromisos mayores y riesgos de los cuales no pueden sustraerse dichos servidores estatales, debido, precisamente, a que su desempeño se torna de conocimiento público y que cualquier actuación puede dar lugar a situaciones incómodas para el organismo y para el nominador, en este caso el Alcalde, a quien no se le puede pedir una conducta distinta que actuar en aras del interés general.***

¹ Sentencia de 7 de julio de 2005, Radicación 2263-04, Accionante Lilia Elvira Sierra Reyes, Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero

Detentar la investidura de un alto cargo impone al funcionario ceder su interés particular ante cualquier situación en que se vea comprometido el interés público, ya que la pulcritud en el desempeño de estos empleos debe ser mayor que la que deben acusar los demás funcionarios, como se dijo anteriormente.”. (negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo expuesto, la situación en que se encuentran los empleados que gozan de fuero de relativa estabilidad laboral no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción pues respecto de estos se predica un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente es razonable pues consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo.

Sin embargo, lo antes dicho no implica que el retiro de un empleado de libre remoción, se haga mediante una actuación arbitraria y sin fundamento; o mejor, que el acto administrativo que ejerce una facultad discrecional no pueda estar incurso en las causales de anulación previstas en el artículo 84 del C.C.A.

El demandante acreditó la prestación de sus servicios a la entidad desde su nacimiento en el año de 1992, por más de 6 años, con eficiente desempeño en los distintos cargos ocupados, en especial en el último puesto de Director Seccional de Fiscalías del Cauca y, en el proceso obran declaraciones contestes en afirmar su idoneidad para el cargo que desempeñaba, así:

A folio 662, obra testimonio de la señora Juana Alexandra Tovar Manzano, abogada y contadora, quien señaló que el demandante fue su jefe inmediato en 1998, que siempre se caracterizó por su sentido de pertenencia e

imparcialidad, que desconocía los motivos del retiro del actor pero que siempre se rumoró que había sido por una decisión tomada en el proceso del Alcalde de Popayán, por la cercanía de las fechas. Indicó que ella había colaborado en dicho proceso como Técnico Judicial y que en su trámite siempre se reportó al Nivel Central por ser catalogado de connotación nacional; y que, supo que, luego, de declarada la resolución de acusación, en la etapa de juicio fue absuelto el Alcalde.

La señora Lucía Janette Montilla Sandoval, Ingeniera de Sistemas, indicó que (fl. 668) trabajó con el actor quien era una persona exigente con el grupo de trabajo de la Dirección; que desconocía el motivo de la insubsistencia del nombramiento pero que se dijo que era por una decisión en el proceso del Fabián Vivas y que el actor siempre estuvo pendiente de que ella enviara la información solicitada en este caso especial, pues de manera constante y continua llamaba un señor Barreto para averiguar cómo estaba la investigación.

El Fiscal 010 Delegado ante los Juzgados Penales Municipales de Popayán, señor Carlos Julio Ñañez Martínez declaró (fl. 673) que tuvo funciones de Secretario en la Dirección, que el demandante fue una persona respetuosa, con gran vocación de servicio; que recordaba ese caso pues el investigado era el Alcalde actual de Popayán y que los motivos para la reasignación del sumario no podían ser la “eficacia administrativa” porque era más posible obtenerla con la Fiscal que lo llevaba ya que era una persona intachable, con una mayor experiencia a la cual le faltaba muy poco acervo probatorio por recaudar y que consideraba que el fin de la reasignación era “enfriar” el trámite sumatorio, como efectivamente ocurrió; que si se hubiera buscado mejorar el servicio, se debió nombrar un funcionario con igual o mejores

aptitudes y calidades que el actor y no una persona calificada de aceptable en su gestión.

El Director Nacional de Fiscalías del año 1999, Luis Edgar Martínez Lozada, de folios 497-501 al contestar un cuestionario indicó que, debido al cúmulo de funciones asignadas en la Dirección Nacional, no le era posible contestar sobre las indicaciones dadas al actor en el sumario 01130 ni de las decisiones impartidas en este caso pues, no se acordaba de ningún caso en especial.

Al igual que la señora Gladys Palechor Obando (fls. 506-508) Fiscal Seccional en Popayán, quien indicó conocer de la responsabilidad y honestidad del actor, del proceso contra el Alcalde de ese entonces cuando fue gerente de la electrificadora y del cambio de la Fiscal que llevaba el proceso porque al parecer no fue del agrado de la parte afectada quien consiguió el cambio de radicación a la ciudad de Cali; y que, por causa de esto, sobrevino la insubsistencia del nombramiento del demandante.

Por su parte, la Fiscal Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán (fls. 511-518), Carmen Elisa Solarte de Bolívar, contestó el cuestionario indicando que atendió en primera instancia el proceso seguido contra Orozco Vivas por delegación expresa del Director Seccional de Fiscalías, doctor Carlos “Julio” (sic) Medina Meza, durante los cinco (5) meses que estuvo a cargo del proceso, desarrolló una intensa labor investigativa, tendiente a resolver las peticiones formuladas por los sujetos procesales y tomar las medidas previas a la definición de la situación jurídica dentro del menor tiempo posible; indicó que el apoyo que tuvo por parte de la entidad sólo se lo suministraron los Directores Seccional y del CTI; que había recibido instrucciones de que antes de publicar la providencia que

definía la situación jurídica de los sindicatos, en especial la del ex alcalde de Popayán, debía a través del señor Director Seccional, informar al nivel central (Director Nacional) lo relacionado con tal determinación. Fue así que el Director Seccional, una vez entregando el respectivo proyecto, lo remitió al nivel central sin que dieran respuesta alguna por lo que, ante el vencimiento del término legal que permitía tomar tal determinación, optó por imprimir la decisión y notificarla.

Esta situación fue informada telefónicamente y en su presencia por el doctor Medina a su inmediato superior, el Director Nacional de Fiscalías, a quien parece, no le gustó. Recuerda que el doctor Medina le respondía que efectivamente tal información versaba sobre un hecho cumplido. Indicó que el Director Seccional siempre le prestó apoyo institucional para sus labores investigativas pero sin interferir en los pronunciamientos que ella debía proferir.

Cuando el proceso fue reasignado a la Seccional de Cali, se encontraba avanzado en su diligenciamiento en un 90%, pues se había oído en diligencia de indagatoria a los sindicatos, se habían practicado diligencias de inspección, se habían obtenido la cuantía del presunto peculado, se había realizado la consignación del valor allí determinado, se había recibido declaraciones de los otros ex gerentes de Cedelca, se habían verificado los bienes de los sindicatos y, los tres (3) ingenieros implicados habían solicitado someterse a sentencia anticipada, por lo tanto, era poco lo que quedaba por realizar frente al diseño de la investigación realizada por lo que, la "*eficacia investigativa*" argumentada para el traslado, no resultaba acertada.

Consideró que el relevo del Director fue injusto y apresurado pues nunca se le hizo requerimiento alguno para que explicara su actuación frente al asunto.

De folios 23 a 26, obra informe psicosocial realizado por la Clínica Valle del Lili, en fecha cercana a su retiro, del 16 de julio de 1998, en la que se concluye que el demandante es una persona con un buen nivel de adaptación en sus diferentes niveles de funcionamiento, personalidad flexible y adaptable al cambio, buena habilidad para manejar el estrés y está dotado de recursos de afrontamiento para manejar situaciones críticas de diversa índole.

De folios 579 a 603 del cuaderno de pruebas 3, obran testimonios de:

- Francisco José Sintura Valera, abogado litigante quien fue jefe del demandante cuando se desempeñó como Vicefiscal General; indicó conocerlo en su larga trayectoria profesional como una persona intachable, de las más altas calidades morales e intelectuales y que era un funcionario “*con lujo de competencias*”; que por rumores se enteró que el retiro del actor, al parecer se debió a que llevaba una investigación contra un importante dirigente político de la región del Cauca.

- Adolfo Salamanca Correa, abogado litigante quien fue Vicefiscal General en los años 1994 a 1997. Conoció al actor como una persona serie, responsable, un profesional muy riguroso y conocedor de los aspectos funcionales de su cargo tanto así que lo postularon para un mejor cargo; desconoce los motivos de la desvinculación pero, por lo que lo conoció, no consideró que fueran razones en beneficio de la gestión pública sino por razones diversas.

- Carlos Guillermo Castro, abogado litigante, trabajo para la Fiscalía durante los años 1992 a 1996 en diferentes cargos y conoció al demandante porque tenía contacto directo con él, cuando era asesor del Vicefiscal Sintura pues era la persona que les ayudaba en la lucha para enfrentar el narcotráfico y a quien se le consultaban muchos aspectos de la Fiscalía pues estaba muy informado. Indicó no conocer el motivo de la salida pero que conocía la carrera en asenso que había llevado en la Fiscalía y que había truncado su retiro.

- Alberto Germán Ortiz Moncayo, Abogado, era el Director Seccional del CTI cuando nombraron al demandante como Director Seccional de Fiscalías. Los dos hicieron un equipo para eliminar el narcotráfico en Popayán, eliminar los focos de corrupción al interior de la entidad y darle agilidad a los procesos que se llevaran por fraudes al Estado. Fue comisionado por la Fiscal que llevaba el caso (fl. 150 Cdn 4 penal) para recaudar las pruebas en el Tambo (Cauca) llegando a la conclusión que, efectivamente, este funcionario había desviado los recursos a favor de un prominente político Caucano, Senador de la República, a cuya campaña llegaron los fondos. Consideró que como ellos estaban diseccionados por buen camino pero respetando las garantías procesales, se empezaron a mover influencias políticas apartándolo a él, del manejo de las pruebas, al doctor Medina declarándolo insubsistente y quitando a la Fiscal para llegar a las convenientes conclusiones a que se llegaron. Indicó conocer el Fiscal que lo reemplazó, quien no lo igualaba en calidades; que además, no hubo mejoramiento el servicio sino una clara desviación de poder.

- Agustín Quiñónez Forero, abogado, indicó que era Fiscal Local cuando el actor fue su jefe en la Dirección; que el mismo Fiscal General había dicho que esa seccional tenía norte, es decir, combatía la corrupción; se decía que

su insubsistencia fue por una decisión en el proceso del entonces Alcalde de Popayán pues este proceso era monitoreado constantemente desde el nivel central; que el doctor Medina nunca tuvo un comportamiento inmoral o contradictorio a derecho y que prueba de ello fueron las voces de protesta el día de su salida; que jamás les insinuó acerca de cómo tomar una decisión judicial; que la motivación con la que se removió a la Fiscal encargada dejaba mucho que pensar de alguien que está administrando justicia y que prácticamente acudió a ello fue con oscuros propósitos; y que la persona que reemplazó al actor tenía muy poco conocimiento y no manejaba el derecho penal pues lo estudio desde 1999 hasta el 2001.

Para la Sala sus condiciones de idoneidad y experiencia en el desempeño del cargo y con conocimientos específicos para el mismo, hacen presumir su capacitación para prestar un buen servicio.

Cabe señalar que los testimonios no fueron tachados ni redargüidos de falsos o de inexactos y, por ello, sirven de prueba al no observarse parcialidad en su contenido y en lo aquí glosado, se los encuentra serios, contestes y responsivos frente al objeto de prueba, la idoneidad laboral del demandante y, además, prueban la incertidumbre y la impresión sesgada del manejo de los procesos por parte de la Administración Central de la Fiscalía General de la Nación.

La administración, por su parte, no desvirtuó la capacidad ni las calidades de su ex funcionario ni explicó las razones por las que prescindió de una persona idónea. La desviación del poder se configura, entonces, por la falta de razones para desvincularlo.

Esta falta de razones es más evidente si se tiene en cuenta que el retiro se efectuó cuando en su unidad llevaba un proceso penal en contra de un alto dignatario municipal, al que le fue variada sin justificación suficiente la competencia para remitirla a otra Seccional; circunstancias anteriores hicieron que todos sus colaboradores inmediatos y demás personas que realizaban el seguimiento del proceso causaran la impresión negativa de que existían manejos irregulares en el seno de la Fiscalía General de la Nación según dan cuenta las declaraciones recibidas.

La desviación de poder, como lo ha dicho la Sala, es un cargo de naturaleza eminentemente subjetiva⁵ y pertenece al fuero interno del nominador; por tanto, para desentrañar su voluntad sería necesario involucrarse en la mente de éste para establecer cuáles son los fines o propósitos buscados con la decisión; por ello, es menester utilizar cuidadosamente la prueba indiciaria. Es lo que se valora en este caso pues, se insiste, no resulta razonable que una persona con excelente hoja de vida, buen funcionario, con experiencia en la institución y en el cargo, resulte inconveniente para la administración o que no ofrezca las garantías en la dirección de la Seccional, especialmente, para la culminar con una investigación penal, seguida contra del alto dignatario municipal.

Como lo ha reiterado esta Sección, el nominador goza de un margen discrecional razonable en la escogencia de sus empleados de libre nombramiento y remoción, pero ello no quiere decir que pueda removerlos o nombrarlos de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo sus calidades,

⁵ Ver entre otras sentencias de septiembre 2 de 1999, expediente No. 699-99, actor ALINA PRIETO Y OTROS, Consejero Ponente Dr. CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA.

experiencia e idoneidad en el desempeño de las funciones, al contrario, las razones para la remoción deben ser objetivas, sólidas y explícitas⁶.

Empero, el ejercicio de la facultad discrecional, atributo propio del derecho público, no puede concebirse de manera aislada e ilimitada y sin ningún control, en tanto que el mismo tiene en el ordenamiento, trazados precisos límites, unos de orden Constitucional y otros de rango legal, como la adecuación de su ejercicio a los fines de la norma que la autoriza y la proporcionalidad a los hechos que le sirven de causa.

En asuntos como el presente, el nominador con la expedición del acto acusado desbordó la proporcionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la ley, pues los méritos personales del servidor, derivados de su experiencia en los distintos cargos que desempeñó, su preparación académica y la dirección bajo su cargo calificada en un alto rango de eficiencia por el Censo Nacional de Expedientes activos, permitían razonablemente considerar que su retiro está lejos de consultar razones de buen servicio público, presumidas con la expedición del acto demandado.

El ejercicio de la facultad discrecional debe ir de la mano con el respeto y primacía de los valores inalienables del trabajador, por ello, corresponde a las autoridades, dentro de la vigencia de un orden justo, asegurar el cumplimiento de los deberes sociales, y concretamente en lo que

⁶ Ver entre otras, sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente No. 2459-99, actor DORIS ISABEL CEBALLOS MENDOZA, Consejero Ponente Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO; fallo del 22 de junio de 2000, expediente No. 2468-99, actor PASTOR BAENA GUTIERREZ, Consejero Ponente Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA; y, más recientemente la sentencia del 21 de mayo de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente: 5400-1233-1000-2004-00689-01 Referencia: 0326-07, Actor: Elcida Molina Méndez.

corresponde al ejercicio de la función pública, deben, a partir de la aplicación del principio de la proporcionalidad, preservar los derechos fundamentales de los servidores del Estado.

En este orden de ideas, el acto de declaratoria de insubsistencia del demandante, a juicio de la Sala, y para el caso concreto, aun cuando aparentemente resulta acorde con el ordenamiento jurídico, en realidad es desproporcionado al ejercicio de la facultad discrecional.

El concepto de discrecionalidad no está aparejado a la posibilidad de que el Estado pueda ser arbitrario, pues una decisión recaída en el momento y condiciones ya reseñadas, causan un grave perjuicio a la imagen de la Administración y de los asociados, que están pendientes de la labor de administración de justicia que la Fiscalía ejerce respecto de los hechos punibles que involucran la protección del patrimonio público.

En otras palabras, la existencia de funcionarios probos con experiencia y sin tacha en la labor resaltan la imagen de la Corporación donde laboran, por ello, el Estado debe, en estos casos de condiciones excepcionales y especiales, otorgarle una protección y amparo especial, máxime, cuando, como en nuestro caso, están conduciendo labores de investigación que implican la protección de los bienes del Estado.

Las decisiones de la administración están amparadas de presunción de legalidad porque se entiende que estas propenden el mejoramiento del servicio, pero, esta presunción no es inexpugnable sino que, en situaciones como la presente, en que el retiro del demandante fue precedido de un cambio de radicación de una investigación penal que ya había dado frutos porque algunos implicados se habían acogido a sentencia anticipada,

sumada a la excelente hoja de vida y la labor meritoria que desempeñó, hacen que esta desaparezca y, por el contrario, se deduzca que la decisión de insubsistencia del nombramiento del actor deba desaparecer del mundo jurídico por no estar de acuerdo con los fines que persiguió la norma.

Empero, en el presente asunto, esta decisión no es una decisión aislada sino que es fruto del desatamiento jurisprudencial sustentado en razonamientos universalizables que exigen de la administración una conducta ponderada y sopesada de las decisiones que afectan la transparencia de la administración al retirar a funcionarios que tienen una idoneidad evidente, cuantificable y cualificable; y que, además, conducía adecuadamente investigaciones relevantes para la protección del patrimonio de la comunidad.

Como consecuencia de lo antes dicho, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, por lo cual habrá de revocarse la sentencia de primer grado.

A título de restablecimiento se ordenará el reintegro, sin solución de continuidad, del demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía, y a pagarle los salarios, y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro y hasta que se produzca su reintegro, así como el pago de los aportes por este período a las entidades de Seguridad Social.

Las sumas cuyo reconocimiento ordena esta sentencia, serán ajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., de conformidad con la siguiente fórmula:

índice final

$$R = R_h \times \frac{\text{-----}}{\text{índice inicial}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

En relación con el pago de transporte del menaje la Sala se abstiene de pronunciarse en relación con este punto, pues el oficio que negó esta petición no fue demandado en este proceso.

Finalmente, en lo que se refiere al reconocimiento de perjuicios por el posible daño antijurídico que produjo la expedición del acto acusado, la Sala encuentra que este aparece plenamente compensado con los salarios y prestaciones dejadas de percibir y, en todo, caso, no probó en el proceso la existencia de un mayor perjuicio que amerite ser indemnizado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

Revócase la sentencia del 13 de mayo de 2008, por medio de la cual el Tribunal Contenciosos Administrativo del Cauca, negó las pretensiones de la demanda incoada por CARLOS HUGO MEDINA MEZA contra La Nación, Fiscalía General de la Nación. En su lugar se dispone:

Declárase la nulidad de la Resolución No. 1144 de 12 de julio de 1999 proferida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Director Seccional de Fiscalías de la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán.

Ordénese a título de restablecimiento del derecho, a la Fiscalía General de la Nación a reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando, o a otro de igual o superior categoría y a pagarle los salarios, y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro y hasta cuando se produzca su reintegro, así como el pago de los aportes por este periodo a las entidades de Seguridad Social.

Las sumas que resulten a favor del actor se actualizarán en su valor, como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., de conformidad con la fórmula y términos señalados en la parte considerativa.

No hay lugar a descuento de suma alguna por el desempeño de otro cargo durante el tiempo en que el demandante estuvo desvinculado del servicio.

Declárase para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios, entre la fecha del retiro y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ GERARDO ARENAS MONSALVE

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

