

704

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "F"

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

REFERENCIAS:

Radicación: 25000 23 25 000 2010 00761 00
Demandante: ANA MARÍA GARZÓN BOTERO
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Controversia: INSUBSISTENCIA – NOMBRAMIENTO ORDINARIO

Procede la Sala de Decisión de la Subsección "F" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en uso de sus facultades legales, a emitir sentencia de primera instancia dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1 Pretensiones.

La señora **Ana María Garzón Botero** acudió a la Jurisdicción, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del **Decreto 936 de 5 de abril de 2010**, expedido por el Procurador General de la Nación, mediante el cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento.

A título de restablecimiento del derecho la señora **Garzón Botero** solicitó sea reintegrada en el cargo de Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, código OPD, grado ED, u a otro empleo igual o de superior jerarquía, sin solución de continuidad. Pide además que se proceda al pago de salarios, primas, reajustes o aumentos y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta que se produzca el reintegro.

Solicita que se condene a la demandada a pagar la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de daño moral ocasionado por la desvinculación; que se ordene dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo establecido en los artículos 176 y 178 del C.C.A.

1.2 Hechos y omisiones

Los hechos en que se apoyan las anteriores declaraciones y condenas se resumen de la siguiente manera:

1. El 30 de julio de 2009, la Procuraduría General de la Nación profirió auto de apertura de indagación preliminar dentro de la investigación disciplinaria núm. **IUS 2009 – 227778** y el 31 de agosto de 2009 dictó auto de apertura disciplinaria contra los servidores públicos del Consejo de Estado Carlos Arturo Fernández Trujillo, Edilberto Samuel Casa Rojas, Mayfren Padilla Téllez, Virgilio Almanza Ocampo y Esmeralda Muñoz Collazos.
2. Mediante **Decreto 2347 de 16 de octubre de 2009** el Procurador General de la Nación nombró a la señora **Ana María Garzón Botero** en el cargo de Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, código OPD, grado ED, de la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación, cargo de libre nombramiento y remoción.
3. A través de la **Resolución núm. 364 de 9 de noviembre de 2009**, el Procurador General de la Nación asignó a la señora Garzón Botero el conocimiento de la investigación disciplinaria con **Rad. No. IUS 2009 – 227778**; proceso relacionado con irregularidades de carácter administrativo y judicial en la Rama Judicial y concretamente en el Consejo de Estado.
4. El 7 de diciembre de 2009, y con fundamento en las pruebas oportunas y legalmente recaudadas dentro del proceso IUS 2009 – 227778, la accionante profirió pliego de cargos en contra de los señores Carlos Arturo Fernández Trujillo, Edilberto Samuel Casa Rojas, Mayfren Padilla Téllez, Virgilio Almanza Ocampo y Esmeralda Muñoz Collazos. La decisión incluyó un análisis exhaustivo del acervo probatorio y en la que *“ante la enorme cantidad de pruebas recaudadas que mostraban un gran número de personas relacionadas directa o indirectamente con los hechos materia de investigación se decidió realizar un plano de toda la red de tráfico de influencias en el Consejo de Estado, el cual hizo parte del auto y de expediente”*.

Para la elaboración del mencionado esquema, se utilizó un software, cuyo uso fue autorizado por el Procurador General de la Nación y además, es de utilización frecuente por diferentes autoridades judiciales en distintas partes del mundo. El software permite generar la estructura de organizaciones o redes con base en la información alimentada, la cual, en el presente caso, fue la obrante en las distintas pruebas contenidas en el expediente.

5. Manifiesta que en el mencionado esquema de tráfico de influencia se menciona el nombre del señor Wilson Ruiz Orjuela – Procurador Delegado ante el Consejo de Estado; ello en razón a su relación con los señores Carlos Arturo Fernández Trujillo y Edilberto Samuel Casas Rojas, situación extraída de las interceptaciones de llamada legalmente autorizadas.
6. En reunión de procuradores realizada el 7 de diciembre de 2009, en la casa del procurador Édgar Carlos Sanabria Melo, el señor Wilson Ruiz Orjuela – procurador Delegado ante el Consejo de Estado, *“alcorado”* manifestó su disgusto por las interceptaciones de las llamadas de que fue sujeto; molestia que transmitió al señor Procurador General de la Nación a quien le indicó que *“la doctora Ana María Garzón Botero, de manera arbitraria lo había incluido en la estructura de la red de corrupción y tráfico de influencias en el Consejo de Estado, y que eso le había puesto en peligro sus aspiraciones a ser Consejo de Estado, pues se encontraba pendiente de esa elección”*.

205

7. Con posterioridad a lo anterior el Procurador General de la Nación indagó a la accionante respecto de la relación del señor Wilson Ruiz Orjuela en el esquema contenido en el pliego de cargos de la investigación IUS 2009 – 227778, y a ello la señora Garzón Botero indicó que *“uno de los implicados mencionó en sus conversaciones interceptadas que el concepto del Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, Wilson Ruiz, costaba doscientos millones de pesos, y que además, era muy amigo de Carlos Fernández, de quien se había dicho que se le iba a nombrar precisamente en la Procuraduría Delegada ante el Consejo de Estado”*
8. El 9 de febrero de 2010 el Procurador General de la Nación informó a la demandante que *“el organigrama”* incorporado en el pliego de cargo de 7 de diciembre de 2010 dentro del proceso núm. IUS 2009 - 227778 era innecesario y que había generado malestar entre los magistrados del Consejo de Estado; además le informó que *“para evitar problemas era mejor que le entregara el proceso a María Eugenia Carreño Gómez, Procuradora Delegada para la vigilancia preventiva de la Función Pública”*.
9. Por auto fechado el 12 de febrero de 2010, el Procurador General de la Nación dispuso que el expediente IUS 2009 – 227778 fuese asignado a la doctora María Eugenia Carreño Gómez, Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva y Función Administrativa, quien en otrora se había desempeñado como magistrada auxiliar del despacho del doctor Alejandro Ordoñez Maldonado en el lapso en el que éste fungió como magistrado del Consejo de Estado.
10. El 16 de febrero de 2010, en desayuno de trabajo entre el Viceprocurador General de la Nación y varios procuradores delegados, se señaló a la accionante de ser una funcionaria *“inconveniente, “desinstitucionalizadora”* (sic) hacerle daño a la Procuraduría General de la Nación y ser responsable de que el señor Wilson Ruiz Orjuela no fuese designado como Consejero de Estado; todo ello con ocasión de haber adelantado la investigación núm. IUS 2009 – 227778.
11. Afirma que un desayuno de trabajo posterior entre el Procurador General de la Nación de la época y varios procuradores delegados, que tuvo ocurrencia en la semana siguiente a Semana Santa del año 2010, el Procurador General de la Nación, manifestó que la señora Garzón Botero constituía un problema que se tenía que solucionar y acabar.
12. A través del **Decreto 936 de 5 de abril de 2010** el Procurador General de la Nación resolvió declarar insubsistente el nombramiento de la accionante. El acto administrativo fue comunicado a la accionante a través de oficio SG No. 1789 de 6 de abril de 2010 y recibido personalmente el 7 de abril de 2010, sin que se hubiera dado oportunidad de interponer recurso.
13. El 6 de abril de 2010, esto es, un día después de la desvinculación de la señora Garzón Maldonado, la Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva y Función Administrativa, a quien se había asignado el conocimiento del proceso disciplinario IUS 2009 – 227778 declaró la nulidad del pliego de cargos *“en un acto administrativo pobremente motivado, cuyo argumento principal se basa en que no se efectuó un análisis probatorio que permita relacionarlos con las conductas investigadas”*; solicitud de nulidad que en decisión anterior había sido negada por la señora Garzón Botero cuando tuvo a cargo el proceso.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

CONSTITUCIONALES: artículos 1, 2, 4, 13, 23, 29, 48 – 5, 53 -1-2-3, 58, 85, 121, 123 y 209 de la Constitución Política;

LEGALES:

- Artículo 1º de la Ley 909 de 2004.

El apoderado judicial estructura el concepto de violación de la siguiente forma:

Considera que si bien la declaratoria de insubsistencia de un funcionario que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción es un acto discrecional, este siempre debe obedecer a razones del buen servicio; de modo que, cuando el nominador ejerce tal facultad para retirar a un empleado que cuenta con altas calidades, estudios, experiencia y una hoja de vida intachable, se invierte la carga de la prueba, por ello, no es quien demanda el obligado a desvirtuar la presunción de inocencia sino la administración quien tiene el deber de demostrar las razones de buen servicio que motivaron la declaratoria de insubsistencia.

Acusa al acto administrativo demandado de haber incurrido en desviación de poder, ello en tanto la documental allegada con la demanda permite evidenciar que se trata de una funcionaria pública de las más altas calidades y reconocimientos, con una trayectoria académica y profesional en diversas entidades, que mostró una gestión transparente y eficiente; nunca tuvo un llamado de atención, un antecedente disciplinario, penal o fiscal. Su trabajo siempre fue reconocido y no cabe duda de su excelencia, empero de manera repentina fue retirada del servicio bajo la facultad discrecional que le asiste al Procurador General de la Nación.

Indica que con la idoneidad demostrada para el ejercicio del cargo por parte de la señora Garzón Botero basta para que la administración se vea en la obligación de explicar y probar las razones de buen servicio que dieron lugar a la declaratoria de insubsistencia.

Señala que el expediente IUS 2009 – 227778 permite comprobar la idoneidad de la demandante para adelantar la mentada investigación; así como comparar las decisiones por ella proferidas con el auto a través del cual la Procuradora Delegada para la Vigilancia Administrativa Preventiva de la Función Pública – María Eugenia Carreño Gómez declaró la nulidad del pliego de cargo dictado al interior del proceso disciplinario, acto que *“no tiene motivación ni técnica suficiente, y constituye un indicio claro y evidente acerca de las verdaderas intenciones detrás de la insubsistencia”*.

Considera que la decisión adoptada por la accionada en tanto declaró insubsistente el nombramiento de la señora Garzón Botero no se acompasa con la hoja de vida, la calidad y gestión de la labor desempeñada por ésta tanto en los cargo que ocupó con anterioridad a su ingreso a la Procuraduría General de la Nación como la labor realizada en esa institución *“pero sí cobraría lógica y sentido frente al desarrollo de la investigación IUS 2009 – 227778, a su juicio recaudo y análisis probatorio y los intereses particulares afectados por ella”*

Asevera que el Procurador General de la Nación de la época resolvió declarar insubsistente el nombramiento de la demandante debido a que, en su razonamiento netamente subjetivo, no encontró conveniente el curso que tomaba de la investigación IUS 2009 – 227778, las

conclusiones a las que se llegó el pliego de cargos de 7 de diciembre de 2009 con ocasión de las pruebas legamente recaudadas y la utilización de los medios tecnológicos proporcionados por la institución para ello.

Considera que, la declaratoria de insubsistencia se produjo en razón a la expedición del pliego de cargo de 7 de diciembre de 2009 dentro de la investigación disciplinaria IUS 2009 – 227778 y a la mención que en él se hizo del señor Wilson Ruiz Orjuela como integrante de la red de tráfico de influencias en el Consejo de Estado.

Asevera que indicio grave de la desviación de poder se encuentra en la providencia de 6 de abril de 2010, dictada al interior del proceso disciplinario IUS 2009 – 227778, ya que, declaró la nulidad del pliego de cargo sin estar debidamente motivada.

1.2 Contestación de la demanda

En providencia adiada el 1º de julio de 2011, el Despacho del Magistrado sustanciador tuvo por no contestada la demanda en razón a que el escrito fue radicado por la Procuraduría General de la Nación una vez vencido el término de fijación en lista¹.

1.3. Alegatos de conclusión

1.3.1 La parte actora².

El apoderado de la accionante se refiere en primera medida a la carga que tiene la entidad accionada de demostrar las razones objetivas del servicio que motivaron la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción. Así, en su criterio, el juez cuenta con el deber de garantizar la igualdad real entre los sujetos procesales, lo que lleva a utilizar una regla de valoración probatoria consistente en que el demandante incumbe probar su eficiente prestación del servicio público, mientras que la entidad accionada deberá expresar y demostrar los motivos de mejora del servicio que soportan su decisión.

Considera que la situación de no estar demostrados los motivos de mejora del servicio en que se sustenta el uso de la facultad discrecional, evidencian la ilegalidad del acto; y es precisamente ello lo que ocurre en el caso de autos en donde quedó demostrada la idoneidad de la señora Garzón Botero y su eficiencia en la prestación del servicio, sin que la Procuraduría General de la Nación hubiese demostrado ni explicado los motivos y razones de mejoramiento del servicio que llevaron a la desvinculación.

Afirma que prueba de lo anterior es la certificación juramentada de 15 de febrero de 2012, presentada por el doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, procurador general de la Nación, quien frente a las razones de buen servicio que llevaron a la desvinculación de la demandante se limitó a señalar que la decisión contenida en el Decreto 936 de 5 de abril de 2010, demandado, se funda en el ejercicio de la facultad discrecional que para el efecto le confiere la ley como nominador (artículo 158 numeral tercero, 165 y 182 numeral dos del decreto ley 262 de 2000., ello dado el grado inmenso de confianza que se predica del empleo de libre nombramiento y remoción desempeñado por la señora Garzón Botero.

Aduce que la certificación no da cuenta de hechos ni circunstancias concretas, que permitan establecer que el acto demandado se efectuó para el buen funcionamiento de la entidad, confundiendo además la no obligatoriedad de motivación de esta clase de actos

¹ Folios 229 a 231 del expediente. C. 1.

² Folios 600 a 612

administrativos con la absoluta e irrestricta discrecionalidad al expedirlos, premisa no permitida en nuestro ordenamiento jurídico.

Agrega que la desvinculación de la demandante se fundó en la protección injustificada de intereses particulares, de personas que se consideraron “inconformes” e “incómodas” con la investigación que adelantó la Dra. Ana María Garzón Botero bajo el No. IUS 27778, la cual versó sobre las presuntas irregularidades y tráfico de influencias al interior del Consejo de Estado.

Considera que prueba de dicha aseveración la constituye la declaración rendida en este proceso por la señora Martha Elvira Soto Franco – quien se desempeñó como Directora de la Unidad Investigativa del periódico EL TIEMPO, quien realizó una investigación sobre los hechos plasmados en el artículo “roces de alto voltaje en la Procuraduría General de la Nación”. Señala que la deponente, al rendir su declaración, indicó que dos procuradores delegados de la época manifestaron su molestia sobre la forma en que la demandante adelantó la investigación disciplinaria No. IUS 2009 – 227778, y que en dicha reunión se hizo saber a la doctora Garzón Botero “de la molestia institucional por mencionarse en el curso de la investigación disciplinaria al procurador delegado – Wilson Ruiz”.

Dice que, una prueba de la desviación de poder está constituida por la certificación rendida por la Dra. Alexandra Valencia Molina el 19 de enero de 2012, quien para la época de ocurrencia de la insubsistencia de la demandante, se desempeñaba como Directora Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación y en su declaración indicó que fue informada que “el doctor Ruiz Orjuela, había emprendido una campaña de desacreditación al interior de la Procuraduría en contra de la doctora Ana María Garzón, cuestionando los criterios que ella había tenido respecto de la ruta de investigación en el caso del Consejo de Estado”.

Señala que un elemento de prueba adicional se encuentra en la certificación de la doctora María Eugenia Carreño Gómez – Procuradora Delegada para la Vigilancia de la Función Pública quien, una vez se produjo la declaratoria de insubsistencia de la demandante, declaró la nulidad del pliego de cargo de 7 de diciembre de 2009 dictado dentro de la investigación disciplinaria núm.. IUS 2009 – 227778 y adujo que “el pliego de cargos contra servidores públicos distintos a los vinculados a la investigación es violatorio del derecho de defensa”, cuando tal afirmación no encuentra asidero en la prueba documental allegada al proceso, en especial, de la totalidad del expediente disciplinario allegado al proceso, del cual se desprende con facilidad que en el pliego de cargos no se imputan cargos a personas distintas a las vinculadas a la investigación.

Concluye que el acto administrativo demandado adolece de desviación de poder, al no ser acorde al interés público ni los fines de mejoramiento del servicio, lo que como consecuencia ineludible trae su declaratoria de nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho.

1.3.2 Concepto del Agente del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público empieza el análisis jurídico refiriéndose a las reglas sobre la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción y a la facultad discrecional del Procurador General de la Nación (artículo 278 de la Constitución Política y 158 y 165 del Decreto 262 de 2000) para declarar insubsistente, en forma discrecional, el nombramiento efectuado mediante la provisión de libre nombramiento y remoción.

Desciende al caso concreto para indicar que el cargo desempeñado por la doctora Garzón Botero fue provisto mediante nombramiento ordinario en libre nombramiento y remoción, es

decir, fue designado por razones de confianza con el fin de optimizar la función pública, sin que ello implicara ningún tipo de estabilidad en el cargo, por tanto, su permanencia en el mismo obedecía a la facultad discrecional nominadora del jefe del Ministerio Público.

Indica que la idoneidad de la demandante en el desempeño de sus funciones no otorga estabilidad en el empleo, toda vez que, el cargo de procurador delegado está contemplado en las normas como de libre nombramiento y remoción y por ello, desprovisto de cualquier fuero de estabilidad; aunado a ello, el ejercicio de la función pública bajo una excelente gestión y la construcción de una hoja de vida intachable constituyen una obligación para todo servidor público, y ello no confiere garantía de propiedad absoluta en el empleo.

De otra parte, pone de presente que la declaratoria de nulidad del pliego de cargos dictado el 7 de diciembre de 2009 dentro del proceso disciplinario núm. IUS 2009 – 227778, goza de presunción de legalidad en razón a que fue expedida por funcionario competente para ello, y su asignación se realizó bajo los parámetros establecidos por el Decreto 262 de 2000, además se desarrolló conforme los preceptos del Código Único Disciplinario, en atención al debido proceso y al principio de legalidad.

Señala que el acto demandado goza de presunción de legalidad, dicha presunción no ha sido desvirtuada por la demandante, toda vez que, no aportó al proceso el material probatorio suficiente que permita evidenciar que las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que el Procurador General de la Nación declaró la insubsistencia del nombramiento, no obedecen al mejoramiento de la función pública o en pro del interés general; si bien obra en el expediente, anexos relacionados con la investigación IUS 2009 – 227778 estos no constituyen nexo directo entre el desarrollo de esa investigación y la declaratoria de insubsistencia.

Conforme lo anterior sugiere se nieguen las pretensiones de la demanda.

1.3.3 La entidad accionada.

La Procuraduría General de la Nación a través de su apoderado judicial no alegó de conclusión.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico.

Una vez examinado el contexto del litigio, la Sala considera que en la presente oportunidad la controversia se contrae en resolver si el Decreto 936 de 5 de abril de 2010, dictado por el Procurador General de la Nación y a través del cual se declara insubsistente el nombramiento de la señora Ana María Garzón Botero se encuentra afectado de vicios de nulidad; y si como consecuencia de ello le asiste derecho a ser reintegrada al cargo de Procuradora Delegada para la Casación Penal, código OPD, grado ED, o a otro empleo de igual o superior y al consecuente pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de la declaratoria de insubsistencia y hasta cuando se produzca el reintegro.

2.2 Análisis normativo y jurisprudencial.

2.2.1 De la naturaleza del cargo desempeñado por la demandante. Retiro de los servidores que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción.

Sea lo primero indicar que el artículo 125 de la Constitución Política de 1991, previó que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. No obstante, exceptuó de dicha regla a los de elección popular, **los de libre nombramiento y remoción**, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que, en efecto, la norma general en materia de vinculación a la administración pública es el régimen de carrera administrativa, y como excepción se encuentran los de libre nombramiento y remoción, por supuesto, siendo distintas las condiciones en materia de ingreso, permanencia, promoción y desvinculación entre una y otra, ya que el empleado nombrado bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción está supeditado a las facultades discrecionales que el legislador le ha otorgado a determinados funcionarios para ejercer una labor política o que requiera de colaboración de su más absoluta confianza para el logro de los fines.

Pues bien, para el caso de la Procuraduría General de la Nación, el Presidente de la República expidió el Decreto No 262 de 2000, por medio de la cual, se modificó la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público, y estableció entre otras cosas, en su artículo 182 la clasificación de los empleos.

De conformidad con la disposición en comento son empleos de libre nombramiento y remoción, entre otros, los de procurador delegado, así entonces, es claro que el cargo de Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial y Policía Judicial, código OPD, grado EA en el cual fue nombrada en principio la demandante³ y Procuradora Delegada para la Casación Penal, código OPD, grado ED que ocupaba para el momento de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento⁴ es un cargo de libre nombramiento y remoción, los cuales son provistos mediante **nombramiento ordinario**, y por tanto su desvinculación está sujeta al ejercicio de la facultad discrecional.

Ahora bien, en lo que respecta a la declaración de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado⁵, ha señalado:

*"(...) [L]a regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa; no obstante, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello. [...] **[El factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional. [...] [L]a remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación**, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad; en otras palabras, la discrecionalidad es un poder que se ejercita conforme a derecho, y que implica el ejercicio de atributos dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir debe enmarcarse dentro de la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión*

³ Folio 57 C. 1

⁴ Folio 6 C. 1

⁵ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A" - Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, 2 de abril de 2020 - Radicación Número: 50001-23-33-000-2014-00024-01(2190-17) - Actor: Luz Marina Rodríguez Díaz - Demandado: Contraloría General De La República

208

que mejor convenga a la comunidad. [...] [L]o anterior supone que debe existir una razón para adoptar la decisión, fundada en normas jurídicas y en hechos reales y ciertos, lo cual hace que la discrecionalidad tenga como medida la «razonabilidad», y ello, de suyo, comporta un límite a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción. [...] **En este orden de ideas (...) es viable concluir que la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción es la facultad discrecional del nominador que se ejerce a través de un acto administrativo que por su naturaleza es inmotivado, no obstante estar fundado en motivos implícitos, acordes con la efectiva prestación del servicio público.** [...] En conclusión, la ausencia de anotación de los motivos de la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no afecta las garantías fundamentales, por cuanto el retiro del servicio para ese tipo de empleos está previsto como una atribución de naturaleza discrecional que precisamente autoriza al nominador a disponerlo sin exteriorizar sus motivos. (...)” (Negrilla y Subraya fuera del texto).

Es así como la declaratoria de insubsistencia en el cargo de un servidor vinculado en la modalidad de libre nombramiento y remoción, permite a la administración el ejercicio de la facultad discrecional (la cual no puede ser arbitraria), **así como la expedición de un acto administrativo que no requiere expresar los motivos que lo originan**, a diferencia de lo que ocurre con los empleos provistos en propiedad en cargos de carrera administrativa, los cuales exigen la exposición de las razones que causan el retiro del servidor, por tratarse de empleos a los cuales se accede a través de un concurso de méritos y con un lleno de formalidades que no son cumplidas por los servidores vinculados en la modalidad de libre nombramiento y remoción, situación que diferencia los dos casos y que no otorga fuero estabilidad o protección a estos últimos.

Conforme a lo anterior, es del caso advertir que esta facultad no es absoluta, en tanto no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman el ordenamiento jurídico, y en este sentido, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento procede siempre y cuando esté inspirado en razones de la prestación de un buen servicio público, entre otras.

Así las cosas, la potestad discrecional es una herramienta jurídica creada por el legislador con el fin de suplir determinadas necesidades que se presentan en ciertas situaciones con el fin de obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la administración pública.

De otro lado, es importante indicar que la función de la administración se ha constituido con el fin de servir a los intereses generales, que previamente ha establecido el legislador; sin embargo, la administración cuenta con la capacidad de sopesar todos los hechos e intereses comprometidos en cada caso en concreto con el fin de: “(...) *elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea que le confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional (...)*”⁶.

Ahora bien, la existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. Al respecto, el Honorable Consejo de Estado⁷ sostuvo:

“(...) La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de

⁶ Mozo Seoane. “La discrecionalidad de la administración”, cit., P 411.

⁷ Sentencia de fecha 3 de agosto de 2006, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 0589-05, actor: Jesús Antonio Delgado Guana, se

los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad (...)"

De otro lado, respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción en los que se exige una especial confianza, se ha señalado⁸:

"(...) 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.

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 debe 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 por cuanto consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo.

Así las cosas, si el artículo 209 de la Constitución contempla que: *"(...) la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)"*, la facultad discrecional debe propender por lograr este contenido, esto es, el interés general y los principios allí previstos, materializados en las necesidades y mejoramiento del servicio. Es decir, no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico; por consiguiente, y tal como se mencionó en el acápite anterior, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio, entre otros⁹.

En virtud de lo expresado es preciso advertir, que tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción, dada su especial naturaleza del cargo de total confianza del nominador, le es otorgada a este la facultad de disponer el retiro del servidor **mediante acto inmotivado**, siempre con observancia de la normativa aplicable y garantizando que la

⁸ Sentencia de 7 de julio de 2005, Radicación 2263-04, Accionante Lilia Elvira Sierra Reyes, Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero.

⁹ Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: *"En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa"*.

decisión esté fundada en el mejoramiento del servicio, pues de demostrarse que el motivo no atendió a estos parámetros, estaríamos frente a la pérdida de presunción de legalidad de dicho acto.

2.2.2 La desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos.

En primer lugar, es necesario indicar que la causal de desviación de poder se puede presentar, aún en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues, como se indicó en precedencia, tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio.

No obstante lo anterior, la Sala precisa, que demostrar 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 fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión.

Al respecto, se tiene que el Honorable Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente¹⁰:

"(...) [C]omo quiera que la carga probatoria de demostrar el vicio de desviación de poder recae en la demandante, quien debe asumirla y demostrar que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio sino por un motivo eminentemente personal, es necesario analizar la prueba obrante en la actuación, de cara a los argumentos expuestos por ella en el recurso de apelación. [...] [U]n empleado en tal cargo que no esté en sintonía con el representante y responsable de la institución pública, al margen de sus capacidades y desempeño, bien puede ser separado del empleo, ya que, en la dinámica administrativa, la facultad discrecional está instituida, entre otras, para ese tipo de situaciones, sin que ello suponga sanción o juicio de valor a la actividad laboral (...)". (Negrilla fuera del texto)

De la jurisprudencia en cita, es claro que para que se configure la causal de desviación del poder, es necesario que la administración, dentro de la atribución de la cual está investida, ejerza una actuación que no busque obtener el fin que la ley persigue, sino otro distinto, que sea abiertamente contrario al mejoramiento del servicio y que resulte indiscutiblemente arbitrario e ilegítimo.

2.3 Análisis crítico del caso en concreto.

Descendiendo al *sub exámine*, recuerda la Sala que en la presente oportunidad la señora **Ana María Garzón Botero** pretende la declaratoria de nulidad del Decreto 936 de 5 de abril de 2010, a través del cual el Procurador General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción. Considera la demandante que dada su idoneidad académica y profesional, correspondía a la Procuraduría General de la Nación demostrar las razones de buen servicio que inspiraron la expedición del acto y al no hacerlo surge evidente su nulidad.

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A" - Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas - Bogotá, D.C., dos (02) de Abril de 2020 - Radicación Número: 50001-23-33-000-2014-00024-01(2190-17) - Actor: Luz Marina Rodríguez Díaz - Demandado: Contraloría General de la República.

Asevera además que, la decisión no estuvo inspirada en razones de buen servicio y por el contrario obedeció a motivos personales derivados de las decisiones por ella dictadas cuando tuvo a su cargo el proceso disciplinario IUS 2009 – 227778.

El Agente del Ministerio Público en el concepto rendido, indicó que en razón a la calidad del nombramiento de la demandante (libre nombramiento y remoción), este podía ser declarado insubsistente mediante acto administrativo motivado en ejercicio de la facultad discrecional en cabeza del jefe del Ministerio Público. A ello debe sumarse que, la actora no demostró con suficiencia los hechos que dan cuenta de la desviación de poder que alega, esto es, no desvirtuó la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo demandado, razón por la cual sugirió que las pretensiones de la demanda sean despachadas en forma desfavorable.

Con el objeto de resolver la cuestión planteada, la Sala considera necesario establecer las pruebas arrimadas al proceso.

- De la vinculación y declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante.

- El 9 de febrero de 2009, la doctora Ana María Garzón Botero, tomó posesión del cargo de Procuradora Delegada para la Vigilancia Judicial y Policía Judicial, código – OPS, grado EA, según Decreto 083 de 30 de noviembre de 2009¹¹.
- Mediante Decreto 162 de 11 de febrero de 2009, la doctora Ana María Garzón Botero fue encargada como Procuradora Segunda Delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal, código OPD, grado EA¹².
- Mediante Decreto 936 de 5 de abril de 2010, el Procurador General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento de la doctora Ana María Garzón Botero, en el cargo de Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, código OPD, grado ED¹³.
- El acto administrativo fue comunicado mediante oficio SG No. 1789 de 6 de abril de 2010¹⁴

- Del trámite del proceso disciplinario IUS 2009 – 227778, que interesa al asunto en razón de los cargos de nulidad propuestos.

- En auto de 30 de julio de 2009, se inició indagación preliminar contra el señor Carlos Arturo Fernández Trujillo, y se ordenó la práctica de pruebas, con ocasión de las conductas disciplinarias por un supuesto tráfico de influencias al interior del Consejo de Estado.
- A través de auto de 31 de agosto de 2009, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, resolvió abrir investigación disciplinaria en contra de los señores Carlos Arturo Fernández Trujillo, Edilberto Samuel Casas Rojas, Mayfren Padilla Téllez, Virgilio Almanza Ocampo y Esmeralda Muñoz Collazos.
- Mediante Resolución núm. 364 de 9 de noviembre de 2009, proferida por el Procurador General de la Nación, modificada por la Resolución núm. 379 del 20 de

¹¹ Folio 420 C.1

¹² Folio 421 C.1

¹³ Folio 6 C.1

¹⁴ Folio 5

710

noviembre del mismo año, el proceso fue reasignado a la Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal

- Que el 7 de diciembre de 2009, la demandante en su condición de Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal dictó pliego de cargos dentro de la investigación disciplinaria núm. IUS 2009 – 227778 en contra de los señores Carlos Arturo Fernández Trujillo, Edilberto Samuel Casas Rojas, Mayfren Padilla Téllez, Virgilio Almanza Ocampo y esmeralda Muñoz collazos.

El pliego de cargo contiene un organigrama, o “esquema de red de tráfico de influencias e irregularidades al interior del Consejo de Estado” y allí se menciona el señor Wilson Ruiz Orjuela en razón a su relación con los señores Carlos Arturo Fernández Trujillo y Edilberto Samuel Casas Rojas.

- La Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal, en proveído de 5 de febrero de 2010, resolvió no decretar la nulidad del pliego de cargos solicitada por los sujetos disciplinables, dentro del expediente IUS 2009 – 227778.
- A través de auto fechado el 12 de febrero de 2010, el Procurador General de la Nación asignó el conocimiento del expediente IUS 2009 – 227778 a la doctora María Eugenia Carreño Gómez, Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública.
- Los señores Edilberto Samuel Casas Rojas, Carlos Arturo Fernández Trujillo, Mayfren Padilla Téllez y Esmeralda Muñoz Collazos, actuando a través de apoderado judicial presentaron recurso de reposición contra la decisión del 5 de febrero de 2010, dictada en el expediente IUS 2009 – 227778.
- El 6 de abril de 2010 la Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, resolvió declarar la nulidad del actuado en el expediente IUS 2009 – 227778, a partir de la providencia del 7 de diciembre de 2009 inclusive, por medio de la cual se formuló pliego de cargos.

- **De la hoja de vida de la demandante.** Al proceso se allegó copia de la hoja de vida de la demanda, de los documentos que dan cuenta de su desarrollo académico, títulos universitarios, seminarios, diplomados entre otros así como de su experiencia laboral¹⁵.

- En el trámite del proceso se obtuvo la declaración jurada del Procurador General de la Nación de la época, Alejandro Ordóñez Maldonado¹⁶, Juan Carlos Novoa Buendía – Procurador delegado para la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación¹⁷, **Alexandra Valencia Molina** –Directora Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación¹⁸; **María Eugenia Carreño Gómez** – Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública y el señor **Rafael Eugenio Quintero Milanés** – Procurador Primero Delegado de la Sala Disciplinaria¹⁹ y el testimonio de la señora **Martha Elvira Soto Franco**; a los cuales que se referirá la Corporación en líneas posteriores.

Conforme lo anterior, procederá la sala al análisis de los dos argumentos esbozados por la demandante en contra del Decreto 936 de 2000, ambos estructurados a partir del vicio de desviación de poder.

¹⁵ Folios 7 a 47 y 363 a 399

¹⁶ Folios 236 – 237 y 331 a 336

¹⁷ Folios 242 a 243 y 289 a 290 C 1

¹⁸ Folios 296 a 297 y 300 a 303

¹⁹ Folios 239 a 24, 310 a 313 y 338 a 341

- **“Los límites a la facultad discrecional del nominador sobre el empleado de libre nombramiento y remoción - desviación de poder – carga de la prueba”**

La demandante ha insistido que, una vez probada la idoneidad en el desempeño del cargo, esto es, su excelente formación académica, amplia experiencia profesional y los logros obtenidos en su carrera profesional, es a la administración a quien corresponde probar que el retiro estuvo inspirado en razones de buen servicio, pues de lo contrario surge evidente la nulidad del acto demandado.

Pues bien, para efectos de brindar una solución al problema expuesto, es necesario tener en cuenta que la jurisprudencia²⁰ y la doctrina²¹ han clasificado las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que (i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público – venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario-; y, (ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.

Ahora bien, respecto del ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, cabe resaltar que por disposición expresa del inciso final del artículo 1º del Decreto 01 de 1984, norma vigente para el momento de la expedición del acto enjuiciado, su ejercicio no se encontraba sometido a las normas de la primera parte de ese código, relativas a los procedimientos administrativos. Lo anterior, supone, entre otras cosas que, el acto administrativo mediante el cual se ejerza no está en la necesidad de tener una motivación expresa, entendiéndose que su ejercicio, cuando se dispone la remoción de un empleado, está amparado por una presunción teleológica en virtud de la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo obedece a motivos de mejoramiento del servicio.

Así, por efectos de la presunción de derecho que ampara los actos administrativos, éstos se consideran ajustados a la legalidad mientras no se demuestre lo contrario, de manera que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Conforme lo anterior, entiende la Sala que la afirmación sobre la existencia de un vicio de poder se desprende al llegar a la convicción de que la voluntad e intención de la administración en la expedición del acto administrativo fue la de apartarse de los fines constitucionales o legalmente previstos, por ello, en aquellos casos en los cuales donde se predica la desviación del poder, la carga de la prueba recae por regla general en la parte demandante como lo prevé el artículo 167 del Código General del Proceso y como también lo hacía el 177 del Código de Procedimiento Civil.

De este modo, le corresponde al peticionario probar la razón de su dicho, sin que el alto nivel de complejidad que supone la demostración de la causal de desviación de poder, lo

²⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda Subsección B, sentencia de 27 de mayo de 2021. Exp. 3320-18. Magistrado ponente Dra. Sandra Lisseth Ibarra Vélez.

²¹ Sentencia Paristet de 1875, como se ilustra en “*Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*” 11 Ed. Dalloz, Paris, 1996, Pag. 26 a 35.

releve de acreditar en forma suficientemente su configuración. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

“... demostrar 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 fines distintos a los previstos por la norma...”²²

Así, la actividad probatoria ejercida por la parte debe ser de tal entidad que no deje la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que, por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para obtener como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.

Respecto del particular, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento señaló²³:

“2.4.1.1. La desviación de poder en el ejercicio de la potestad discrecional. Carga de la prueba.

Según dispone el artículo 137 del CPACA se podrá pedir la nulidad de un acto administrativo cuando se dicta con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. Es decir, cuando el acto si bien fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico²⁴.

El Consejo de Estado²⁵ ha señalado que este vicio está referido a la «...la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario». En otras palabras, incurre en desviación de poder cuando el funcionario ejerce sus atribuciones, no en aras del buen servicio público y de la buena marcha de la administración, sino por móviles arbitrarios, caprichosos, egoístas, injustos u ocultos.

La jurisprudencia de esta Corporación²⁶ también ha indicado, respecto de la probanza de la desviación de poder alegada por la parte actora, que es a esta a quien le corresponde el deber de probar los supuestos de hecho en que se basa la censura que pretende hacer valer para destruir la presunción de legalidad el acto acusado; afirmación que, atendiendo a la jerarquización de las fuentes del derecho administrativo, viene dada por la regla contenida en el Código General del Proceso²⁷ de que «incumbe a las partes, probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen».

La decisión discrecional de retiro del servicio de una persona nombrada en un empleo de libre nombramiento y remoción se caracteriza por su no motivación, como se explicará más adelante, decisión revestida de presunción de legalidad y expedida por razones del buen servicio. Por ello, es deber de quien argumenta su ilegalidad, a través de las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico, acreditar que sus fines no fueron los del buen servicio²⁸.

²² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda Subsección B, sentencia del 23 de febrero de 2011; Exp. 0734-10.

²³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda Subsección A, sentencia de 24 de junio de 2021. M.P. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas Exp. 4078-19.

²⁴ Berrocal Guerrero, Luis Enrique *Manual del acto administrativo*, Librería ediciones del profesional LTDA. Bogotá, Colombia, 2014, página 547

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, siete (07) de marzo de dos mil trece (2013), Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12)

²⁶ Sentencia del 16 de febrero de 2006, Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08208-01(2485-04).

²⁷ Artículo 167 del CGP.

²⁸ Tratándose de la desviación de poder

Sobre este particular es preciso indicar que la jurisprudencia de la Sección²⁹, en algunas circunstancias en donde cada parte arguye determinada situación frente al retiro del servicio del empleado de libre nombramiento y remoción, ha definido que a cada una le corresponde probar dichos supuestos, pero no para implementar la inversión de la carga de la prueba o para hacerla dinámica, sino para reafirmar justamente que quien alega un hecho debe acreditarlo, criterio que acá se reitera.

En consecuencia, como quiera que la carga probatoria de demostrar el vicio de desviación de poder recae en la demandante, quien debe asumirla y demostrar que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio sino por un motivo eminentemente personal, es necesario analizar la prueba obrante en la actuación, de cara a los argumentos expuestos por ella en el recurso de apelación". Resalta la Sala

Puestas en este contexto las cosas, queda claro que la carga probatoria en casos como el que nos ocupa descansa por regla general en cabeza de la parte demandante, quien está en la obligación de establecer que el fin perseguido por la administración en ejercicio de una facultad discrecional es contraria al establecido en la normatividad vigente.

Ahora bien, debe indicarse que la mencionada carga procesal no se satisface *per se* con la demostración de las calidades personales y laborales de los servidores que son removidos del cargo. Así, la probada existencia de una amplia experiencia relacionada con las funciones desempeñadas, no desdice la presunción de mejoramiento del servicio que opera sobre el acto de insubsistencia pues aquella debe ser entendida en un contexto amplio que abarque el análisis de las competencias, experiencia, estudios y habilidades de los funcionarios saliente y entrante; como también las relaciones de confianza de estos con el nominador, cuestión última que resulta esencial para el buen desempeño y manejo de la administración pública.

En criterio de la jurisprudencia imperante del Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, la existencia de una hoja de vida intachable y el buen ejercicio de la función encomendada no constituyen garantía de estabilidad para el empleado que le impida a la administración, adoptar decisiones como la cuestionada la demandante. Ello por cuanto:

"El actuar recto, adecuado y cumplido de las funciones atribuidas por parte de un empleado, tan solo es prueba del comportamiento esperado de quien ejerce la función pública; por tal razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente en que esa circunstancia, por sí sola, no es garantía de inamovilidad en el cargo, menos aun cuando se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción. [...] Lo que debe cuantificar el juez, a efecto de calificar la no idoneidad del reemplazo, son los requisitos mínimos para el desempeño del cargo"³⁰

En tal sentido, y si bien la prueba arrimada al proceso permite establecer la idoneidad de la señora Garzón Botero para el ejercicio del cargo y el buen desempeño de este ***"dicha situación, per se, no puede conceder otro tipo de estabilidad diferente a la otorgada por la ley, ni obligar a la administración a mantener a la accionante en el servicio indefinidamente, construyéndose un fuero ajeno a los funcionarios de esa condición"***³¹.

En suma, la aptitud y competencia laboral de la demandante no resulta argumento suficiente que permita desvirtuar la facultad discrecional del nominador para disponer su retiro, de tal suerte que no obstante estar acreditadas sus calidades profesionales, situación

²⁹ Sentencia del 15 de mayo de 2000, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Expediente 2459-99.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda Subsección A, sentencia de 26 de agosto de 2021. M.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Exp. 4852-14.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda Subsección A, sentencia de 7 de noviembre de 2019. M.P. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Exp. 4852-14.

712

que no está en entredicho, ello no prueba con suficiencia que su desvinculación se produjo por razones distintas al buen servicio, tampoco las razones del desmejoramiento en la prestación del servicio, y de suyo la desviación de poder que alega.

La parte actora aseveró que la desviación de poder en el asunto de marras se encuentra debidamente probada ya que, el señor Procurador General de la Nación de la época, al rendir su declaración jurada³² no esgrimió como causal de la desvinculación una razón distintas al ejercicio de la facultad discrecional; sin embargo, en criterio de esta Corporación, el representante legal del Ministerio Público no estaba obligado hacerlo y ello es así, en tanto se reitera que la decisión discrecional de retiro del servicio de una persona nombrada en un empleo de libre nombramiento y remoción se caracteriza por su no motivación, en la medida en que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Se trata de una decisión revestida de presunción de legalidad y expedida por razones del buen servicio, motivos que están previstos en la disposición que autoriza el uso de esa competencia. Por ello, es deber de quien argumenta su ilegalidad, y no de la administración, demostrar, con los elementos suficientes e invocando las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico, que sus fines son contrarios a la norma, aspecto que se recaba no se prueba simplemente con la demostración de una hoja de vida intachable y el buen desempeño laboral.

- **De la desviación de poder del Decreto 936 de 2010 por perseguir la protección de intereses particulares de terceros.**

En el escrito del libelo introductor, la demandante argumentó que su retiro del servicio está estrechamente relacionado con la expedición del pliego de cargos, dictado por ella el 7 de diciembre de 2009, dentro de la investigación disciplinaria núm. IUS 2009 – 227778. Afirma que la elaboración de un organigrama "*esquema de red de tráfico de influencias e irregularidades al interior del Consejo de Estado*" y la mención que en él se hace del señor Wilson Ruiz Orjuela conllevó a que el Procurador General de la Nación, decidiera retirarla del servicio.

Pues bien, se indicó con antelación que, la desviación de poder tiene ocurrencia, entre otros eventos, cuando el acto es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario. Por tanto, cuando se alega este vicio de nulidad por el errado ejercicio de una facultad discrecional, es preciso acreditar los comportamientos del agente que desempeñaba la función administrativa, que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.

Así entonces, debe aparecer probado con nitidez el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, y solo de encontrarse, a partir de las actuaciones de la administración, que dicha finalidad es distinta al interés general y el mejoramiento del servicio público, esto es, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el apoderado judicial de la parte actora afirmó que la desviación de poder se encuentra probada a partir de varios indicios. i. Con la

³² Folios 331 a 336

expedición del pliego de cargos de 7 de diciembre de 2009 dentro de la investigación disciplinaria núm. IUS 2009 - 227778, y la mención que en él se hace del señor Wilson Ruiz Orjuela; *ii* La molestia manifestada por el señor Ruiz Orjuela al Procurador General de la Nación en razón la inclusión de su nombre en la mencionada decisión; *iii*. Que en reunión de 9 de febrero de 2010 el Procurador General de la Nación manifestó el “malestar” que ocasionó entre los magistrados del Consejo de Estado, el pliego de cargos tantas veces mencionado; *iv*. En la asignación de la investigación disciplinaria IUS 2009 – 227778, el 12 de febrero de 2010, a la Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública; *v*. Que en desayuno de trabajo llevado a cabo el 16 de febrero de 2010, entre el Vice Procurador General de la Nación y varios de sus procuradores delegados se inculpó a la doctora Ana María Garzón Botero de ser una funcionaria inconveniente; *vi*. Que en desayuno de trabajo realizado la semana siguiente a semana santa del año 2010, entre el Procurador General de la Nación y varios procuradores delegados, éste manifestó que “[la demandante] constituye un problema que se tenía que solucionar y acabar de raíz”.

También lo es, en criterio del extremo activo que, el 6 de abril de 2010, día después de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, la Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública resuelva declarar la nulidad del pliego de cargos de 7 de diciembre de 2009 “en un acto administrativo pobremente motivado”.

Así las cosas y como quiera que la desviación de poder se funda en la existencia de prueba indiciaria, para la Sala es necesario señalar que, la acreditación de la desviación de poder, como se indicó líneas atrás, no es un asunto de fácil probanza, de allí que su demostración no siempre resulta de la prueba directa, ello en razón, si se quiere, al sigilo de quienes actúan movidos con el propósito de ocultar la verdad razón que se oculta tras la expedición del acto, por lo que, a falta de éstas, el indicio se erige como medio probatorio y elemento de juicio que permite poner en evidencia la verdadera intención de la administración.

El Código de Procedimiento Civil, artículos 248, 249 y 250, como también lo hace el Código General del Proceso, en sus artículos 240, 241 y 242 reguló lo atinente a la prueba indiciaria, y señaló que, para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso. Y señala que corresponde al juez apreciar los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.

Respecto del indicio el Consejo de Estado ha señalado:

“[...] La doctrina ha entendido el “indicio” como aquel hecho conocido a partir del cual se infiere de forma lógica la existencia o inexistencia de otros hechos desconocidos. De este modo, el “indicio” es el punto de inicio del razonamiento lógico que conduce a probar el hecho que se pretende demostrar, ante la inexistencia de pruebas directas o de la exigencia de pruebas particulares para su comprobación, pero no sule el hecho a corroborar³³. Bajo ese entendimiento, el indicio es una prueba eficaz, una vez el hecho inferido ha sido establecido procesal y probatoriamente por medios válidos e idóneos³⁴ [...]”³⁵

«[...] La jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado de señalar cuáles son las características de la prueba indiciaria, así como los parámetros que deben ser tenidos en cuenta por el Juez

³³ Sentencia del 12 de noviembre 2015. Sección Cuarta del Consejo de Estado. Exp. 19999. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

³⁴ Sentencia del 12 de diciembre 2014. Sección Cuarta del Consejo de Estado. Exp. 19121. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: Milton Chaves García. Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-33-000-2015-00038-01(24128).

713

tanto para la construcción como para la valoración de indicios, atendidos los referentes normativos que se han dejado transcritos:

“En efecto, suele acudir a pruebas indirectas en las que está separado el objeto de la prueba y el objeto de percepción³⁶, en particular a los indicios³⁷, toda vez que exigir la prueba directa supondría demandar una “prueba imposible”, lo que impone acudir al juicio lógico del fallador quien a través de su raciocinio evalúa algunos rastros y máximas de la experiencia de varios hechos probados, infiere conclusiones desconocidas³⁸ y así procura establecer cuál ha sido la participación de agentes del Estado en el hecho dañoso.

(...)

En nuestro derecho positivo (arts. 248 a 250 CPC), los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos -como sí lo son el testimonio y la prueba documental- y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. En la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales establece otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos.

En otros términos, al ser el indicio una prueba indirecta que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso,³⁹ tal construcción demanda una exigente labor crítica en la que si bien el fallador es autónomo para escoger los hechos básicos que le sirven de fundamento al momento de elaborar su inferencia, así como para deducir sus consecuencias, en ella está sujeto a las restricciones previstas en la codificación procesal: i) La consignada en el artículo 248 del CPC conforme al cual los raciocinios son eficaces en tanto los hechos básicos resulten probados; y ii) la contemplada en el artículo 250 eiusdem que impone un enlace preciso y directo entre el indicio y lo que de él se infiere, que exige -salvo el evento no usual de los indicios necesarios que llevan a deducciones simples y concluyentes- pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre sí como frente a los demás elementos de prueba de que se disponga⁴⁰.

Al margen de las controversias que se suscitan en la doctrina en relación con su naturaleza jurídica (si son medio de prueba o si son objeto de prueba), puede afirmarse que el indicio está integrado por los siguientes elementos:

i) Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos, los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso:

ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica o de la ciencia, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento;

iii) Una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar;

iv) El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental⁴¹.

Así las cosas, una vez construida la prueba indiciaria, el juez deberá valorarla teniendo en cuenta su gravedad, concordancia, convergencia y relación con los demás medios de prueba

³⁶ Nota original de la sentencia citada: CARNELLUTTI, Francesco, La prueba Civil, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 54 y ss.

³⁷ Nota original de la sentencia citada: Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 1993, exp. 7918.

³⁸ Nota original de la sentencia citada: DELLEPIANE, Francesco, Nueva teoría de la prueba, Ed. Temis, Bogotá, 1989, p. 59.

³⁹ Nota original de la sentencia citada: El profesor Devis Echandía define al indicio como “cualquier hecho conocido (o circunstancia de hecho conocida), del cual se infiere, por sí solo o conjuntamente con otros la existencia de otro hecho desconocido, mediante una operación, lógica basada en normas generales de experiencia o en principios científicos o técnicos especiales” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de derecho procesal*. Tomo II, Séptima edición, Bogotá, Editorial ABC, 1982, p. 489).

⁴⁰ Nota original de la sentencia citada: Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de mayo de 1992, reiterada en sentencia de esa misma Sala de 14 de marzo de 2000, exp. 5177.

⁴¹ Nota original de la sentencia citada: Al tratar del indicio, el profesor Parra Quijano destaca que esa inferencia mental debe hacerse en relación con el tema del proceso: “Para que podamos con propiedad hablar de indicio se requiere aprehender el hecho en su momento dinámico, es decir, cuando se relaciona con la ‘pequeña historia del proceso’ y con una regla de la experiencia”, PARRA QUIJANO, Jairo, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*. Tomo IV, Cuarta edición, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001, pág. 9”.

que obren en el proceso. Para efecto de establecer su gravedad, la doctrina ha clasificado los indicios en necesarios y contingentes, entendiendo como necesarios, aquellos que de manera infalible muestran la existencia o inexistencia de un hecho que se pretende demostrar, o revelan en forma cierta la existencia de una constante relación de causalidad entre el hecho que se conoce y aquel que se quiere demostrar y son, por lo tanto, sólo aquellos que se presentan en relación con ciertas leyes físicas, y como contingentes, los que revelan de modo más o menos probable cierta causa o cierto efecto. Estos últimos son clasificados como graves o leves, lo cual depende de si entre el hecho indicador y el que se pretende probar existe o no una relación lógica inmediata [...]⁴².

Conforme lo anterior, el indicio, entonces, como medio probatorio autónomo, se concibe como un hecho conocido del cual se infiere otro desconocido, por virtud de una operación lógico-analítica sustentada en las reglas de la experiencia o en principios técnico o científicos y se integra por los siguientes elementos: (1) los hechos indicadores; (2) el hecho que se pretende demostrar; y (3) la relación lógica entre aquél y éste, cimentada en las reglas de experiencia, de la técnica, de la lógica o de la ciencia, construida por el operador jurídico mediante una inferencia que permite tener como cierto o probable, la existencia del hecho que se quiere acreditar.

Ahora bien, de las pruebas arrimadas al *sub judice* debe decirse en primera medida que ninguna de ellas demuestra en forma directa la desviación de poder alegada por el extremo activo de la litis, esto es, no da cuenta de que la intención del Procurador General de la Nación al declarar la insubsistencia del nombramiento de la señora Garzón Botero, lo fue la intención de favorecer al señor Wilson Ruiz Orjuela, o motivado por la inconformidad de éste por su mención en el organigrama contenido en el pliego de cargos dictado el 7 de diciembre de 2009 dentro de la investigación disciplinaria IUS 2009 – 227778.

En efecto, el señor **Juan Carlos Novoa Buendía** – Procurador delegado para la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en su declaración jurada señaló⁴³

“3. PREGUNTADO. Indique si usted tiene conocimiento las razones que generaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la señora Ana María Garzón Botero, hecha mediante Decreto número 936 del 5 de abril de 2010 expedido por el Procurador General de la Nación. En caso afirmativo, sírvase manifestar las. **CONTESTÓ.** No conozco las razones por las cuales fue declarado insubsistente su nombramiento. **4. PREGUNTADO:** Indique si usted asistió a una reunión o desayuno de trabajo el día 16 de febrero de 2010 en la Procuraduría General de la nación. En caso afirmativo, señale cómo se desarrolló dicha reunión, qué temas se trataron y qué funcionarios estaban presentes. **CONTESTÓ:** Con toda certeza no puedo aseverar que asistí a la reunión del 16 de febrero de 2010; probablemente sí por cuanto como secretario privado acostumbraba a acudir a las mismas. De tal manera tampoco puedo decir qué ocurrió exactamente ni cuáles de los delegados asistieron. Sin embargo, de acuerdo con los hechos narrados por la demandante en el numeral 24, no recuerdo haber asistido a un desayuno en el que la viceprocuradora general allá “inculpada” a la doctora Ana María Garzón de ser una funcionaria inconveniente, desintitucionalizadora, hacerle daño al procurador general de la nación y ser responsable de que no nombrarán a Wilson Ruiz orejuela como consejero de Estado. **5. PREGUNTADO.** Indique si usted estuvo presente en la reunión de trabajo siguiente a la del 16 de febrero de 2010. en caso afirmativo indique quien la presidía y cuales indicaciones se recibieron por parte del procurador general de la nación. **CONTESTÓ:** Por la referencia que se hace en la pregunta respecto de las supuestas indicaciones que se recibieron por el señor procurador general a la reunión que se señalan en el hecho del numeral 25 de la demanda, debo manifestar que ni en esa ni en ninguna otra de las reuniones a las que asistí el señor procurador general hizo manifestación de este talante en contra de la doctora Ana María Garzón”

⁴² Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gomez. Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 27001-23-31-000-1997-03012-01 (18722). Actor: ASOCIACIÓN DE PISCICULTORES Y COMERCIALIZADORES LA ESPERANZA.

⁴³ Folios 242 a 243 y 289 a 290 C 1

La doctora, **Alexandra Valencia Molina** – quien se desempeñó como Directora Nacional de Investigaciones Especiales, Procuradora Delegada ante la Corte Suprema de Justicia y Procuradora Judicial Penal en el Sistema de Responsabilidad Penal para la Infancia y a la Adolescencia de la Procuraduría General de la Nación, afirmó en su declaración⁴⁴:

7. PREGUNTADO. Indique si usted asistió a una reunión o desayuno de trabajo el día 16 de febrero de 2010 en la Procuraduría General de la Nación. En caso afirmativo, describa de manera detallada cómo se desarrolló dicha reunión, qué temas se trataron y qué funcionarios estaban presentes. **CONTESTÓ.** Si recuerdo una reunión, no podría decir si la fecha por la que se me pregunta es exactamente la que recuerdo. Mencionaré una reunión que convocó el señor Procurador General de la Nación en la que respaldó los procedimientos que fueron adelantados por la Dirección Nacional de Investigaciones especiales en el caso del Consejo de Estado. **8. PREGUNTADO.** Indique si usted estuvo presente en la reunión de trabajo siguiente a la del 16 de febrero de 2010, en caso afirmativo indique quien la presidía y cuales indicaciones se recibieron por parte del Procurador General de la Nación. **CONTESTÓ.** No sé específicamente de que reunión se me pregunta en este numeral. **9. PREGUNTADO.** Indique si usted tiene conocimiento de las razones que generaron la declaratoria insubsistencia del nombramiento de la señora Ana María Garzón Botero, realizada mediante Decreto número 936 del 5 de abril de 2010 expedido por el procurador general de la nación. **CONTESTÓ.** “no conozco las razones que generaron la subsistencia de la doctora Garzón Botero, lo que puedo decir es que fue una cuestión ciertamente fue sorpresiva para mí (sic)”

Por su parte, las declaraciones rendidas por los doctores **María Eugenia Carreño Gómez** – Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública y el señor **Rafael Eugenio Quintero Milanés** – Procurador Primero Delegado de la Sala Disciplinaria no contienen versiones distintas a las ya referidas⁴⁵.

Ahora bien, en lo que hace a la prueba indiciaria a que se refiere el extremo activo de la litis, la Sala de Subsección, a partir del material probatorio tiene como hechos conocidos los siguientes:

- Que el 7 de diciembre de 2009, la demandante en su condición de Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal dictó pliego de cargos dentro de la investigación disciplinaria núm. IUS 2009 – 227778 en contra de los señores Carlos Arturo Fernández Trujillo, Edilberto Samuel Casas Rojas, Mayfren Padilla Téllez, Virgilio Almanza Ocampo y Esmeralda Muñoz Collazos.

El pliego de cargo contiene un organigrama, o “esquema de red de tráfico de influencias e irregularidades al interior del Consejo de Estado” y allí se menciona el señor Wilson Ruiz Orjuela en razón a su relación con los señores Carlos Arturo Fernández Trujillo y Edilberto Samuel Casas Rojas.

- La Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal, en proveído de 5 de febrero de 2010, resolvió no decretar la nulidad del pliego de cargos solicitada por los sujetos disciplinables, dentro del expediente IUS 2009 – 227778.
- A través de auto fechado el 12 de febrero de 2010, el Procurador General de la Nación asignó el conocimiento del expediente IUS 2009 – 227778 a la doctora María Eugenia Carreño Gómez, Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública.

⁴⁴ Folios 296 a 297 y 300 a 303

⁴⁵ Folios 239 a 24, 310 a 313 y 338 a 341

- Los señores Edilberto Samuel Casas Rojas, Carlos Arturo Fernández Trujillo, Mayfren Padilla Téllez y Esmeralda Muñoz Collazos, actuando a través de apoderado judicial presentaron recurso de reposición contra la decisión del 5 de febrero de 2010, dictada en el expediente IUS 2009 – 227778.
- El 6 de abril de 2010 la Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, resolvió declarar la nulidad del actuado en el expediente IUS 2009 – 227778, a partir de la providencia del 7 de diciembre de 2009 inclusive, por medio de la cual se formuló pliego de cargos.

En el proceso se recaudó el testimonio de la señora **Martha Elvira Soto Franco**, periodista, quien laboraba en el período El Tiempo en la Unidad Investigativa, quien en señaló:

“PREGUNTADA. El día 28 de marzo de 2010 se publicó en el diario El Tiempo, un informe titulado “Roses de alto voltaje la Procuraduría General” describa cómo se adelantó la investigación previa a esa publicación. RESPONDIÓ. Reiteró que el tema venía siendo ventilado en los medios y dos Procuradores Delegados que solicitaron la reserva de sus nombres manifestaron su molestia por la manera como venía siendo llevada la investigación al interior de la Procuraduría y en específico porque en una reunión de carácter interno se habría solicitado que un Procurador mencionado en las grabaciones que se realizaron de manera legal, algunas de las personas vinculadas estaba siendo mencionada (sic) específicamente mencionaron que la entonces candidato a fiscal general la doctora Margarita Cabello, había estado presente en esa reunión y que ellos creían que se debía investigar la mención del Procurador y no omitirlo por el simple hecho de ser funcionario de esa misma entidad. Con base en esa información el periódico El Tiempo, confrontó al Procurador mencionado quien confirmó la existencia de dicha reunión y la mención de su nombre, también se habló con otras personas que estuvieron presentes en la reunión, alguna de las cuales aceptaron ser mencionadas en el artículo y otras pidieron que sus nombres se mantuvieran bajo reserva amparado en el siglo profesional que la Constitución le otorga a los periodistas. PREGUNTADA. De conformidad con su respuesta anterior, sírvase precisar si sus fuentes consultadas para la publicación del 28 de marzo de 2010 mencionaron a la señora Ana María Garzón Botero y en caso afirmativo indique que manifestaron sobre ella. RESPONDIÓ: Si la mencionaron, dijeron que ella era la que estaba a cargo de la investigación, que estaba en la reunión que citaron y que había manifestado su molestia por la solicitud de algunos de retirar del expediente el nombre del Procurador aduciendo que era un posible error, en ese contexto fue mencionada. PREGUNTADA. indique si previo a publicar el artículo mencionado tuvo usted algún contacto con el señor Procurador General - Alejandro Ordóñez. RESPONDIÓ. Me gustaría que el abogado precisara si es para este caso. PREGUNTADA. El apoderado aclara que es para efectos de la publicación del artículo de investigación. RESPONDIÓ: Le solicité al señor apoderado que tenga en cuenta que inicialmente, manifesté que algunas de las personas que consulté para este artículo pidieron que sus nombres no fueron divulgados, así que le pido que no me pregunte por nombres específicos, pero en consideración del señor Magistrado manifiesto que para este caso no tuve ninguna reunión, audiencia o encuentro con el señor procurador y de hecho a él lo conocí personalmente varios meses después en un acto público (...) PREGUNTADO: En algunas de sus respuestas manifestó que los dos procuradores que solicitaron la reserva en la investigación que usted adelantaba, señalaron sus molestias por como venía siendo adelantado la investigación al interior de la Procuraduría, nos podría señalar cuáles fueron esas molestias que ellos le manifestaron previo a la publicación del artículo en el periódico. RESPONDIÓ: Me parece importante aclararlo porque las molestias a los que ellos hicieron referencia, fue al hecho de que en la reunión entre Procuradores Delegados se lo hubiera dicho a la señora Garzón que por qué estaba mencionando a uno de sus compañeros de la Procuraduría, que eso se trataba de asuntos internos y en criterio de los dos procuradores a los que el periódico el tiempo tuvo como fuente primaria de la información, la inclusión o exclusión de ese funcionario debía obedecer a una investigación y no el hecho de que fuera de la misma entidad que estuviera adelantando la investigación disciplinaria (...). PREGUNTADO: dentro del proceso se habla del organigrama que también fue publicado por El Tiempo, donde aparecen los nombres de algunos implicados en la investigación de la Procuraduría, nos podría informar como lo obtuvo el periódico El Tiempo. RESPONDIÓ: Yo no publique el organigrama, desconozco si otra sesión del periódico lo ha hecho, pero es una información que se puede precisar si el autor está dispuesto a responderle a la doctora, es posible que el periódico acceda. (...) PREGUNTADO: Una de las razones que se señalan en la demanda como antecedente de la insubsistencia, es que el

señor Procurador en una reunión del día 10 de febrero de 2010, le expresó a la doctora Garzón que el hecho de que ella hubiera incluido en la investigación un organigrama, era innecesario y que había generado algunas molestias en algunos Consejeros de Estado; la pregunta es, con motivo de la investigación conoció si el señor procurador también se había molestado por la inclusión del organigrama en la investigación de la doctora Garzón. **CONTESTÓ. ninguna de las fuentes consultadas mencionó específicamente que el procurador se hubiera molestado**"

Respecto de este testimonio, es necesario señalar que la periodista no es concedora directa de los hechos y el conocimiento que de ellos tiene lo obtuvo a través de terceros, cuyos nombres como indicó y no podía revelar en razón al secreto profesional, de suerte que, no es posible para la Corporación establecer la veracidad del dicho de la fuente (de los procuradores delegados). Empero, partiendo de una presunción de veracidad, podríamos afirmar que con la declaración se prueba de un lado la existencia de una reunión de procuradores en la que se le solicitó a la doctora Ana María Garzón Botero que no mencionara en su investigación el nombre del señor Wilson Ruiz Orjuela; así como la molestia que esta petición generó en ella y en los dos procuradores judiciales (fuente de la información).

Visto en su conjunto los hechos conocidos y debidamente probados, no encuentra la Corporación que de ellos se pueda inferir un motivo para la declaratoria de insubsistencia de la demandante. En efecto, los hechos conocidos simplemente refieren el trámite de un proceso disciplinario y los posibles desacuerdos que algunos funcionarios, incluidos el señor Wilson Ruiz Orjuela⁴⁶ hubieran podido tener respecto de la mención de su nombre en el pliego de cargos dictado en el 9 de diciembre de 2009 en el proceso IUS 2009 – 27778.

No advierte la Corporación el nexo de causalidad entre las anteriores actuaciones y la desvinculación de la demandante, máxime si se tiene en cuenta que los doctores Juan Carlos Novoa Buendía y Alexandra Valencia Molina al rendir sus declaraciones juradas señalaron que si bien, en razón los cargos que desempeñaban para la época en la Procuraduría General de la Nación, asistieron a varias reuniones, en ninguna de ellas, recuerdan haber escuchado que se tildara a la señora Garzón Botero de "ser una funcionaria inconveniente, desinstitucionalizadora" o que el Procurador General de la Nación hubiera manifestado que la demandante "constituía un problema que se tenía que solucionar y acabar de raíz" como se asevera en el libelo introductor.

Nótese que el doctor Rafael Eugenio Quintero Milanés manifestó no recordar las reuniones de 16 de febrero de 2010 ni las siguientes a ella, y la señora Martha Elvira Soto Franco indicó que en el curso de su investigación ninguna de las fuentes le manifestó que el Procurador General de la Nación se hubiere molestado "por la inclusión del organigrama en la investigación de la doctora Garzón". Y por el contrario la doctora Alexandra Valencia Molina, señala que en la reunión a la que recuerda haber asistido "el señor Procurador General de la Nación ... respaldó los procedimientos que fueron adelantados por la Dirección Nacional de Investigaciones especiales en el caso del Consejo de Estado".

Ahora bien, en lo que hace a la asignación de la investigación disciplinaria núm. IUS 2009 – 227778 a la doctora María Eugenia Carreño Gómez – Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública y la posterior expedición de la decisión de 6 de abril de 2010 que declaró la nulidad de pliego de cargos de 7 de diciembre de 2009, la

⁴⁶ Está afirmación se hace en razón a que la doctora Alexandra Valencia Molina en su declaración jurada indicó que tuvo conocimiento de que el señor Wilson Ruiz Orjuela "emprendió una campaña de desacreditación al interior de la Procuraduría en contra de la doctora Ana María Garzón, cuestionando los criterios que ella había tenido respecto de la ruta de investigación en el caso del Consejo de Estado"

Corporación precisa que las actuaciones dictadas en el proceso disciplinario no son objeto de control de legalidad en el sub examine, en consecuencia, no es posible realizar ningún juicio respecto de ellas.

Además, su ocurrencia, no sugiere de ninguna manera la intención del representante legal del Ministerio Público de disponer el retiro de la accionada por razones diferentes al buen servicio. En efecto, si en gracia de discusión se admitiera, como lo quiere hacer ver la señora Botero Garzón que la intención del Procurador General de la Nación era favorecer al señor Wilson Ruiz Orjuela, lo cierto es que ello no encuentra sustento alguno los hechos probados, en primer término porque el señor Wilson Ruiz Orjuela no era sujeto disciplinable, esto es, contra él no se dirigió el pliego de cargos; no se menciona ni se prueba en el proceso una amistad íntima entre el Procurador General de la Nación y el señor Wilson Ruiz Orjuela que haga si quiere imaginable la intención de torcer una decisión para efectos de favorecerlo; y tercero, también partiendo de un supuesto, si existía intención de marginar a la señora Garzón Botero del conocimiento del proceso disciplinario para favorecer el señor Ruiz Orjuela, ella se hubiere conseguido con el auto de 12 de febrero de 2010 que asignó el conocimiento del asunto a otra funcionaria, de suerte que no era necesario declaratoria de insubsistencia alguna, habida consideración que la demandante ya no tenía a su cargo el conocimiento del asunto.

Así pues, los hechos conocidos en el proceso no permiten a la Sala concluir que la expedición del Decreto 936 de 5 de abril de 2010, que declaró la insubsistencia de la demandante encuentre sustento en razones distintas del ejercicio de la facultad discrecionalidad inspiradas en razones del buen servicio. Ergo, la demandante, ni a través de prueba de directa ni indicaría logró demostrar el vicio de desviación de poder que le endilga al acto acusado y de suyo no lo despojó de la presunción de legalidad que lo acompaña.

De conformidad con lo expuesto, las pruebas allegados al expediente no dan cuenta del vicio de nulidad que se alega no queda para la Sala camino distinto que negar las pretensiones de la demanda.

2.3.1. Costas.

Finalmente, y como quiera que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

2.4 Decisión.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NIÉGANSE las pretensiones de la demanda instaurada por la señora **Ana María Garzón Botero** en contra de la **Procuraduría General de la Nación**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

7/10

TERCERO.- Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría de la Sección Segunda **liquídense** los gastos ordinarios del proceso, y si hubieren remanentes, **devuélvase** a la parte actora. Satisfecho lo anterior, por Secretaría de la Subsección, **devuélvase** al interesado los anexos sin necesidad de desglose y **archívese** el expediente, previas las constancias de rigor.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y cúmplase.

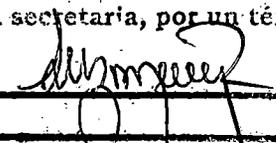
La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado

PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada

BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Sección Segunda, Subsección "F" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA	
SECCIÓN SEGUNDA (2)	
CONSTANCIA DE FIJACIÓN	
EDICTO #2	
Bogotá, E.C.	18 ENE 2022
HAGO CONSTAR que para notificar a las partes la anterior SENTENCIA se leyó el EDICTO en un lugar público de la secretaria, por un término legal.	
Oficial mayor	
	JPSC