

FACULTAD DISCRECIONAL – Es diferente a la potestad disciplinaria o penal / DESVIACION DE PODER – Se configura por la declaratoria de insubsistencia que pretende sancionar una conducta / DERECHO DE DEFENSA Y DEL DEBIDO PROCESO – Violación mediante acto de retiro que persigue sancionar una conducta al margen del proceso disciplinario

La Sala ha sido enfática en señalar que la facultad discrecional con que está investida la autoridad pública, es diferente a la potestad disciplinaria o penal. Que una y otra, no se suspenden en su ejercicio, pues de ser así, se llegaría a la absurda conclusión de que la comisión de una falta disciplinaria otorgara estabilidad, tal planteamiento que reñiría con la ética y transparencia que demanda el ejercicio de la función pública, más tratándose del potencial humano al servicio de la Fiscalía General de la Nación frente a la delicada labor a su cargo. Es evidente que en el asunto en examen, el acto de remoción acusado, no fue simplemente el resultado del ejercicio de la facultad discrecional, por el contrario, la Administración con su actuar, persiguió razones diferentes al buen servicio público. Con la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor, pretendió sancionar una conducta eventualmente reprochable en la cual GUSTAVO ENDO BARRERA NO PARTICIPÓ, configurándose de esa manera la desviación de poder, causal de nulidad de los actos de la administración. El material probatorio acopiado, demuestra no sólo la actitud desviada con que actuó el nominador, sino que incurrió en violación del derecho de defensa y del debido proceso, el cual rige en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. En situaciones como la que ha quedado demostrada en el caso presente, frente a la eventual comisión de hechos constitutivos de responsabilidad disciplinaria o penal, el ordenamiento contempla la suspensión en el ejercicio de las funciones del inculpado, mientras se adelantan las correspondientes investigaciones, garantizándole el adecuado ejercicio del derecho de defensa, sin necesidad de incurrir en decisiones precipitadas, como sucedió, en el sub-lite que se expidió el acto de retiro, aduciendo una facultad discrecional, con el ánimo de sancionar al actor. Prima facie se observa la violación del derecho de defensa y del debido proceso y se estructura la desviación de poder, las cuales conllevan a la declaratoria de nulidad del acto acusado y se impone el correspondiente restablecimiento del derecho.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B”

MAGISTRADO PONENTE: DR. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

Bogotá, D. C., siete (7) de junio de dos mil siete (2007)

Referencia: Expediente No.5982-05

Radicación 18001233100020010030301

Actor: GUSTAVO ENDO BARRERA

AUTORIDADES NACIONALES.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 7 de febrero de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá.

ANTECEDENTES

GUSTAVO ENDO BARRERA por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A., demandó la nulidad de la Resolución No. 0827 de 15 de junio de 2001 expedida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Técnico Judicial II de la Dirección Seccional de Fiscalías de Florencia.

En subsidio pretende se declare la nulidad del acto complejo conformado por la Resolución No. 0827 de 15 de junio de 2001 antes mencionada y el Oficio S T G R 06101 de 10 de julio de 2001 expedido por la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación, por medio del cual le informó que contra el acto de insubsistencia de su nombramiento no procede recurso de reposición.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados impetró el correspondiente restablecimiento del derecho.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, los hace consistir en que se vinculó a la Rama Judicial el 8 de julio de 1987, donde se desempeñó en distintos cargos hasta llegar al de Técnico Judicial II, cargo en el cual se encontraba adscrito a la Fiscalía Sexta Seccional de Florencia, Caquetá.

Relata el libelista que el 14 de marzo de 2001 en las horas de la tarde se presentó a la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación, un Suboficial del Ejército perteneciente al Batallón Liborio Mejía, con dos detenidos y 3.500 gramos de una sustancia al parecer base de coca en cuatro (4) paquetes, junto con un oficio remisorio suscrito el Comandante de esa Unidad Militar.

Surtidas las diligencias de reparto, correspondió su conocimiento a la Fiscalía Sexta Seccional. El Fiscal procedió a remitir un oficio al Director del C. T. I. con el objeto de designar peritos para llevar a cabo la diligencia de inspección judicial, pesaje, toma de muestras, identificación y destrucción de la sustancia. Esta diligencia se llevó a cabo el 20 de marzo (inhábiles los días 17, 18 y 19 de marzo), en presencia de dos técnicos del C. T. I., el Jefe de la Unidad Seccional Dr. LIBARDO SILVA HERMIDA, el Personero Delegado en lo Penal y el Fiscal Sexto Seccional.

Al hacer la identificación de la sustancia por parte de los técnicos criminalísticos del C. T. I., se estableció que no correspondía a cocaína o sus derivados.

Como consecuencia de los hechos anteriores se dispuso por parte de la Dirección Seccional de Fiscalías, la apertura de una investigación penal en averiguación de responsables por presunta violación del artículo 30 de la Ley 30 de 1986 y se inició proceso disciplinario en contra del Fiscal Sexto Dr. LOVERA ARANDA.

Además, el Director Seccional de Fiscalías, Dr. HERMES ARDILA QUINTANA citó a su oficina al Dr. LOVERA, donde le incriminó por el “cambiao” de la sustancia y pese a las explicaciones que este le dio y a la solicitud de que se aclarara el asunto mediante

una investigación, le señaló que le parecía un hecho grave y que se atuviera a las consecuencias.

Posteriormente en reunión de Fiscales y empleados de la Unidad Especializada de Fiscalías y en otros eventos, el Director Seccional de Fiscalías continuó refiriéndose a los hechos anteriores como actuaciones irregulares en el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación.

Como conclusión de los hechos anteriores, el 20 de junio de 2001 le fue notificada al doctor JORGE FRANCISCO LOVERA ARANDA la Resolución No. 2-1389 de 12 de junio emitida por la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación por medio de la cual por razones del servicio se ordena su traslado a la Dirección Seccional de Fiscalías de Chocó (Quibdo), en el mismo cargo que venía desempeñando.

El mismo 20 de junio de 2001, mediante Resolución No. 0-0827 de 15 de junio, expedida por el Fiscal General de la Nación se declara insubsistente el nombramiento de GUSTAVO ENDO BARRERA en el cargo que venía desempeñando.

Estas decisiones discrecionales, dice el demandante, se inspiraron en razones distintas al buen servicio público, para uno significó el traslado y para el otro, el retiro del servicio. Al doctor JORGE FRANCISCO LOVERA ARANDA Fiscal Sexto Seccional se

encontraba inscrito en carrera judicial, status del cual no gozaba ENDO BARRERA en el cargo de Técnico Judicial II, pues debido a que la entidad no había convocado a concurso para proveer su cargo, se hallaba en situación de provisionalidad.

Normas violadas: *Invocó las siguientes:*

- *C. N. artículo 125*
- *Ley 443 de 1998*
- *Decreto 1572 de 1998.*

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Caquetá mediante la sentencia objeto del recurso de apelación accedió a las súplicas de la demanda, con fundamento en las razones que a continuación se resumen:

Advirtió el Juzgador de Primera Instancia que de conformidad con el material probatorio incorporado al proceso se comprobó que el actor se encontraba desempeñando el cargo en provisionalidad, sujeto en consecuencia al régimen de libre nombramiento y remoción, circunstancia que permitió al

nominador retirarlo del servicio en ejercicio de la facultad discrecional, pues la motivación es exigencia aplicable a los funcionarios inscritos en el escalafón de carrera, situación en el actor no se encontraba.

En cuanto a la desviación de poder que el libelista hace consistir en que el fin perseguido por el nominador no fue el mejoramiento del servicio, sino el de sancionarlo por considerarlo partícipe en una conducta ilegal en ejercicio de sus funciones, al cambiar una sustancia ilícita por otra, dentro de un proceso seguido en la Fiscalía General de la Nación, argumento que refutó la entidad demandada alegando la presunción de legalidad del acto acusado, expresó:

Las circunstancias de tiempo y modo como se produjo la declaración de insubsistencia del nombramiento del actor, llevan al convencimiento de que la facultad discrecional fue ejercida en forma desviada, pues aunque presuntamente propendió por el mejoramiento del servicio, en realidad mediante ella se produjo una sanción por unos hechos en los que supuestamente actuó el demandante.

En efecto, como quedó consignado en el capítulo de los hechos de la demanda, probados dentro de la instrucción del proceso, por presunta violación de la Ley 30 de 1986 adelantado en la Fiscalía Sexta Seccional, se incauto una sustancia que al parecer era base

de coca, pero la prueba en cambio arrojó resultados negativos con la aplicación de los reactivos que se utilizaron y ello fue visto por la Dirección Seccional como un hecho irregular realizado por el Fiscal del conocimiento y su Técnico Judicial, el aquí demandante, toda vez que así lo señalan las declaraciones rendidas por ALCIBIADES VARGAS BAUTISTA y JORGE FRANCISCO LOVERA ARANDA, junto con la certificación jurada rendida por EDUARDO JARAMILLO BOLAÑOS dentro de la acción de tutela que promoviera LOVERA ARANDA, con lo cual se satisfacen las formalidades previstas en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, para la prueba trasladada y a la cual el Tribunal da credibilidad por haber conocido de los hechos debatidos y ser sus declaraciones precisas, contestes y coherentes, a más que la entidad demandada no las ha tachado en ningún sentido.

Los declarantes no vacilan en señalar que una vez se conoció por el señor Director Seccional de Fiscalías de Florencia que la sustancia incautada y dejada a disposición de la Fiscalía Sexta Seccional, había dado resultados negativos para estupefacientes, generó descontento y una reacción airada, al punto de advertir en privado el Fiscal que debía atenerse a las consecuencias y de haber expresado de manera pública su reacción con los Fiscales Seccionales tal sentimiento y haber insinuado que el hecho obedeció a una situación anormal de la Fiscalía, realizada por el

Fiscal y su Técnico, y lo corrobora su actitud posterior de proceder a comunicar a sus superiores el suceso.

De lo anterior parten los declarantes para señalar las consecuentes actitudes tomadas por el ente demandado de solicitar las investigaciones atinentes contra el Fiscal, su traslado a una distante zona del país y el retiro del demandante, conductas que si bien aluden a distintas personas, no pueden desligarse porque su causa es común y las circunstancias temporales muy próximas para que pueda la Sala suponer siquiera que fue mera casualidad que dichas decisiones se presentaron a escasos meses de acaecidos los hechos. La prueba de indicios que aflora de las versiones y de las documentales atinentes al proceso disciplinario y penal, no dejan duda del verdadero fin buscado con la decisión contenida en el acto acusado, ajeno al servicio que debe partir del supuesto o presunción de la buena fe del servidor.

El ente demandado a pesar de haber promovido las investigaciones penal y disciplinaria, no esperó su resultado, sino que de manera arbitraria procedió a tomar las medidas que en su errado juicio consideró apropiadas en pro de la imagen del ente instructor, pero fue a costa de los derechos fundamentales del demandante, ya que sin fórmula de juicio fue retirado del servicio por el hecho del cambio de la sustancia ilícita sin que se le hubiera demostrado que tuvo participación en ello; por el contrario, en

las copias del proceso penal a que el mismo dio lugar, se pudo evidenciar que la cadena de custodia que la sustancia incautada presentó protuberantes falencias, desde el momento mismo que las Fuerzas Militares la hallaron, de donde mal podía hacerse señalamiento alguno al demandante y al Fiscal. Por eso, los documentos que evidencian el insuceso del cambio y las decisiones adoptadas por la entidad demandada frente al actor no dejan otra alternativa sino que frente a dicha medida informada por el Director Seccional a sus superiores, se optó por separarlo del servicio.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

En memorial visible a folios 1283 y siguientes del cuaderno principal del expediente, obra la sustentación del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada, del cual se resumen las siguientes razones de inconformidad:

Expresa el recurrente que no es posible considerar que el acto de insubsistencia acusado adolezca de desviación de poder y que en consecuencia se violatorio de las normas constitucionales y legales invocadas en el libelo, ya que el motivo o causa determinante de dicho acto administrativo estuvo fundamentado en la facultad discrecional otorgada por la Ley al nominador, no como erradamente lo manifiesta el Tribunal.

Señala el recurrente que hace parte del presente memorial lo expuesto por esta Corporación en sentencia de 25 de enero de 1990, en cuanto expresó:

“Es así como, a pesar de haberse iniciado un proceso disciplinario, el empleado inculpado si es de libre nombramiento y remoción, no adquiere por ese solo hecho la garantía de estabilidad y bien puede ser declarado insubsistente, no para sancionarlo anticipadamente sino porque la autoridad nominadora estime que su permanencia en el cargo no favorece la eficiente y acertada prestación del servicio.

Si la insubsistencia se declara, el procedimiento disciplinario debe continuar y culminar, y dentro de dicho proceso el inculpado está en capacidad de ejecutar su derecho de defensa y evitar así ser sancionado. Es preciso insistir en que, según el artículo 146 del Decreto 1950 de 1973, la acción disciplinaria y la aplicación de las sanciones serán procedentes aunque el empleado se haya retirado del servicio.”

Por lo anterior solicita la recurrente que la sentencia apelada sea revocada y en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda.

Para resolver, se

CONSIDERA

Estima el señor GUSTAVO ENDO BARRERA que la Resolución No. 0827 de 15 de junio de 2001 por medio de la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Técnico Judicial II de la Dirección Seccional de Florencia (Caquetá), adolece de desviación de poder. Que no fueron razones del buen servicio las que llevaron al nominador a adoptar la decisión, sino que lo hizo con el fin de sancionarlo por hechos relacionados con la incautación de una sustancia que al parecer era base de coca, en cuyo proceso de identificación arrojó resultados negativos.

En orden a demostrar las anteriores afirmaciones, se incorporó al proceso el siguiente material probatorio:

A folio 36 del cuaderno No. 2 obra en copia el oficio de 23 de marzo de 2001 dirigido por el Fiscal Jefe Unidad al Director Seccional de Fiscalías de Florencia, en el cual expresaba:

Para su conocimiento y demás fines pertinentes, comedidamente le informo que el 14 de los corrientes, Miembros del Batallón Liborio Mejía capturaron a ... dentro de este se halló un bulto de plátanos en que estaban camuflados 3.500 gramos "base de coca" según consta en el escrito presentado por el T C, FREDY VARGAS MALDONADO Comandante del Batallón Liborio Mejía.

El 20 de marzo del presente año, el Fiscal Seccional, en asocio del Ministerio Público y los señores peritos del C. T. I. de la Fiscalía, llevaron a cabo diligencia de

inspección judicial, prueba de campo, pesaje, identificación y toma de muestra a la sustancia antes mencionada, donde se dictaminó que la sustancia en comento arroja un peso neto de 3,247 gramos, que al aplicar los reactivos pertinentes establecen preliminarmente que no se trata de “alcaloides, cocaína, derivados y carbonatos”.

Es de anotar que el doctor LOVERA ARANDA, manifestó que la sustancia fue recibida en ese Despacho el día 14 de los corrientes, la que permaneció bajo llave en uno de los archivadores a que tienen para esos menesteres, de donde se extrajo el día 20 de marzo, para la diligencia antes mencionada. Aduciendo igualmente que no se hizo con anterioridad por cuanto se tiene que oficiar al Jefe de Criminalística del C. T. I. para que designe personal experto en esa materia y los días 17, 18 y 19 de marzo, fueron inhábiles.”

A folios 17 a 23 del cuaderno principal del expediente obra en fotocopia un memorial suscrito ocho (8) Fiscales Seccionales de Florencia (Caquetá) quienes coadyuvaron la acción de tutela instaurada por el doctor JORGE FRANCISCO LOVERA, con ocasión de la actuación administrativa que dio lugar a su traslado, argumentando “necesidad del servicio” cuando en realidad esta necesidad es precisamente sentida en esta seccional merced a que otros traslados de fiscales generaron vacantes que no han sido llenadas. Dice en algunos de sus apartes el memorial en referencia:

“Sin duda alguna que el traslado en cuestión tuvo por causa un incidente anterior concretado en que una sustancia presuntamente estupefaciente recibida por la Fiscalía a cargo del actor, al momento de la diligencia de pesaje y toma de muestras, resultó negativa para

alcaloide. Este pormenor dio lugar, a instancias de la Dirección Seccional, a una reunión de todos los Fiscales del Departamento que culminó con la orden perentoria de que esta clase de diligencias fueran realizadas directa e inmediatamente por los fiscales de turno. Aunque en los días siguientes la propia Fiscalía iniciara la respectiva investigación penal y el Consejo Seccional de la Judicatura hiciera lo propio, las directivas de aquella dieron por cierto que pese a la existencia de una cadena de custodia iniciada en la Policía – el doctor JORGE FRANCISCO OLIVERA y su Técnico Judicial fueron los responsables de un delito o falta cuya existencia aún no se ha establecido y ordenaron el traslado del Fiscal y la insubsistencia del técnico.

Con dicho proceder convirtieron de un tajo los fenómenos jurídicos – administrativos denominados “traslados” e “insubsistencias” en penas y sanciones disciplinarias contraviniendo no solamente el debido proceso aludido en el inciso primero del artículo 29 de la Constitución – sino lo que es más grave- socavando principios tan caros a la humanidad como el de “legalidad de las penas” base del Estado de Derecho cuya consagración se resalta en los primeros artículos de todos los códigos del país y se reitera como derecho fundamental en el inciso segundo del citado artículo 29 Constitucional.”

De la prueba testimonial trasladada se destaca lo siguiente:

ALCIBIADES VARGAS BAUTISTA quien para la fecha en que rindió la declaración se desempeñaba como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Florencia - Caquetá,, en lo pertinente expresó:

“Tuve conocimiento cerca de tres meses – como lo tuvieron los Fiscales y empleados del primer piso del Palacio – sobre un incidente en el que al realizarse por

parte de los técnicos del C. T. I. la prueba de campo de una sustancia estupefaciente correspondiente a una investigación adelantada por la Fiscalía Sexta, esta resultó negativa para cocaína. Luego percibí las reacciones airadas del señor Director Seccional de Fiscalías doctor HERMES ARDILA de quien por su enojo y manifestaciones – puedo decir que supuso o dio por cierto que esa circunstancia obedecía a que la coca se había cambiado por otra sustancia estando en la Fiscalía Sexta, e incluso amenazaba con que esa situación no se iba a quedar así. Un día o unos días después el Doctor ARDILA no reunió a todos los Fiscales en la Sala de Audiencias y públicamente comentó el caso ordenando además que los Fiscales de turno y no el Fiscal a quien le fuera asignada la investigación, en adelante deberían destruir esas sustancias inmediatamente. Supe que el propio Director ordenó que se abriera una investigación penal sobre el asunto y ofició al Consejo Seccional de la Judicatura para la correspondiente investigación disciplinaria.

3. Sin lugar a dudas este episodio fue no solo la causa del despido el señor GUSTAVO ENDO BARRERA quien se desempeñaba como Técnico Judicial sino el traslado del doctor FRANCISCO LOVERA quien era el titular de la Fiscalía Sexta, a la Seccional Chocó. Este último interpuso y ganó una acción de tutela en Bogotá que le amparó varios derechos fundamentales y que se encuentra pendiente de decisión de segunda instancia. Conocida esta circunstancia por parte del Director, optó por trasladarlo del grupo de Ley 30 al de Patrimonio.

EDUARDO JARAMILLO BOLAÑOS quien para la fecha de la declaración se desempeñaba como Fiscal Delegado ante los Juzgados penales del Circuito, en lo pertinente dijo:

“En primer lugar debe tenerse en cuenta que la estructura física de las instalaciones donde funciona la Fiscalía, siendo este el primer piso del palacio de justicia se encuentran ubicadas dos fiscalías por dependencia, es decir, que en el caso particular yo comparto la FISCALÍA que es la cuarta con la

FISCALÍA sexta el cual para la fecha de los hechos estaba a cargo del Dr. Lovera, esos hechos ocurren creo que para el mes de marzo o abril del año en curso, recuerdo que dicho fiscal se encontraba en turno y le fue dejada a disposición por parte de unas personas del ejército unos paquetes o varios, no recuerdo la cantidad que indicaban que al parecer se trataba de coca, es decir de sustancias estupefacientes el citado día el doctor Lovera junto con su Técnico dejaron guardado en un archivador de la oficina la citada sustancia para llevar a cabo posteriormente su pesaje, prueba y destrucción diligencias estas que se llevan a cabo con técnicos del C. T. I, es de tener en cuenta que sin importar la cantidad el procedimiento para la evacuación de dichas diligencias era normas que se hiciera de esa manera, es decir, guardar la sustancia y luego proceder a su pesaje, constatación y destrucción, pero previamente había que solicitar por escrito al Director del C. T. I. la designación del técnico correspondiente. Igualmente la comunicación y disposición del Agente del Ministerio Público para poder evacuar dicha diligencia; posteriormente me entero que dicha sustancia al aplicar los reactivos químicos resultó no ser sustancia estupefaciente, y que del cual al tener conocimiento el Director de Fiscalías consideró que eso era una irregularidad imperdonable para los funcionarios de la Fiscalía, ante dicha situación le sugerí al Dr. Lovera que concurriera ante los miembros del Ejército y constatará los mecanismos por ellos utilizados para saber que dicha sustancia era estupefaciente, tal como efectivamente él lo hizo y previo el testimonio de quien suscribía el informe el cual creo que se trataba de un oficial como Comandante del Batallón, así como el testimonio de los soldados que producen la detención de la sustancia y de los portadores de la misma, logra establecer que ellos no tenían medios para probar si era estupefaciente dada la carencia de los medios, solamente por el olor suponían que se trataba de dicha sustancia, fruto de estos hechos el Director de FISCALÍA realizó una reunión del cual hizo partícipe a todos los Fiscales del Departamento y señaló como nuevo requisito para los Fiscales de turno que deberían proceder de manera inmediata a realizar el pesaje, la toma de muestra y verificación de la sustancia, así

como su destrucción, hecho del cual o agentes del Ministerio Público dejan constancia de que está de acuerdo, cuando de acuerdo a su cantidad y clase es competencia de los Fiscales Especializados y la diligencia de práctica de un fiscal de inferior categoría, sea este Seccional o Local. Recuerdo que breve tiempo después se produce el traslado del Fiscal Titular de dicho Despacho para el Departamento del Chocó y casi simultáneamente se produce igualmente la insubsistencia del Técnico Judicial de dicha dependencia, posteriormente tuve conocimiento que había un proceso disciplinario y penal por la pérdida de la citada sustancia.”

A folios 75 y siguientes obra la resolución inhibitoria proferida el 21 de enero de 2002 por la Fiscalía Octava Seccional de Florencia. De esta providencia se transcribe lo siguiente:

“Por otro lado si examinamos el recorrido que tuvo la sustancia hasta el momento en que llegó a manos del perito del C. T. I. designado para realizar la prueba de campo, encontramos que no fue el más correcto, pues no se realizó la debida cadena de custodia, como que esta fue pasando de mano en mano sin que se tuviera la certeza de que fuera la misma que inicialmente se había encontrado.

En cuanto tiene que ver con la posible responsabilidad que pueda haber en funcionarios de la Fiscalía, obsérvese que la sustancia no pasó directamente de manos del ejército a manos del funcionario a quien por asignación le correspondiera conocer de las diligencias, sino que en primer lugar, paso por la oficina de asignaciones, y que fue a raíz de este problema que la Dirección de Fiscalías impartió la orden de que en estos casos, la sustancia debía ser recibida directamente por el Fiscal que se encuentre de turno e inmediatamente en presencia del Ministerio Público, proceder a la prueba de campo, toma de muestras y destrucción de la misma, evitándose así que las sustancias se guarden y pasen algunos días antes de que el C. T. I. determine la designación del

funcionario que deba proceder a realizar la destrucción.

Aún así, obsérvese como a este mismo Despacho cuando se encontraba de turno, le fue dejada una sustancia que analizada por el perito del C. T. I. y en presencia del funcionario de la SIJIN que la trajo, se encontró que no se trataba de cocaína, sino de harina de trigo, tal como aparece en la diligencia de inspección judicial que se practicó en esa ocasión, y cuya copia se allegó a la presente investigación.

Así las cosas, no ha sido posible determinar quien fue la persona o funcionario que pudo haber realizado el cambio de la sustancia si fue que lo hubo, permitiendo con ello que los sindicatos hayan eludido la acción de la justicia en el evento de que efectivamente haya sido coca lo que se les incautó por parte del Ejército quienes no le practicaron ninguna prueba de campo, ni ejercieron las labores pertinentes para la debida custodia de la misma, tanto que uno fue el que la encontró, otro el que la trasladó hasta el batallón, y otro el que la trajo para dejarla a disposición de la Fiscalía.”

Valorada la prueba documental y testimonial relacionada, la Sala llega a la convicción incontrovertible que no fueron razones del buen servicio, las que determinaron la expedición del acto de insubsistencia del nombramiento del actor, con el ánimo de sancionarlo por la supuesta participación en un presunto “cambio” de la sustancia incautada, que en principio se creyó era base de coca o algún derivado de la misma, y al realizar el examen de rigor arrojó resultado negativo.

La prueba testimonial da cuenta que el señor ENDO BARRERA cumplía sus funciones de manera adecuada, no registra

antecedentes disciplinarios negativos, él no portaba llaves del lugar donde la Fiscalía guarda las sustancias a su cargo, y como se dijo, a partir de la incautación de la aludida sustancia, no se ejerció la debida custodia en manos del Ejército: uno la encontró, otro la trasladó hasta el batallón y otro la puso a disposición de la Fiscalía, sin que se le hubiera realizado ningún tipo de prueba.

En esas condiciones, no resulta aceptable, que por los episodios relatados y probados, el acto de insubsistencia acusado, mantenga la presunción de legalidad, pues el servicio precisamente no se mejora retirando al funcionario que no pudo tener responsabilidad en las fallas que precedieron al traslado del paquete de supuestamente era base de coca o alguno de sus derivados.

Igualmente, la Sala, ha sido enfática en señalar que la facultad discrecional con que está investida la autoridad pública, es diferente a la potestad disciplinaria o penal. Que una y otra, no se suspenden en su ejercicio, pues de ser así, se llegaría a la absurda conclusión de que la comisión de una falta disciplinaria otorgara estabilidad, tal planteamiento que reñiría con la ética y transparencia que demanda el ejercicio de la función pública, más tratándose del potencial humano al servicio de la Fiscalía General de la Nación frente a la delicada labor a su cargo.

Es evidente que en el asunto en examen, el acto de remoción acusado, no fue simplemente el resultado del ejercicio de la facultad discrecional, por el contrario, la Administración con su actuar, persiguió razones diferentes al buen servicio público. Con la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor, pretendió sancionar una conducta eventualmente reprochable en la cual GUSTAVO ENDO BARRERA NO PARTICIPÓ, configurándose de esa manera la desviación de poder, causal de nulidad de los actos de la administración.

El material probatorio acopiado, demuestra no sólo la actitud desviada con que actuó el nominador, sino que incurrió en violación del derecho de defensa y del debido proceso, el cual rige en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. En situaciones como la que ha quedado demostrada en el caso presente, frente a la eventual comisión de hechos constitutivos de responsabilidad disciplinaria o penal, el ordenamiento contempla la suspensión en el ejercicio de las funciones del inculpado, mientras se adelantan las correspondientes investigaciones, garantizándole el adecuado ejercicio del derecho de defensa, sin necesidad de incurrir en decisiones precipitadas, como sucedió, en el sub-lite que se expidió el acto de retiro, aduciendo una facultad discrecional, con el ánimo de sancionar al actor. Prima facie se observa la violación del derecho de defensa y del debido proceso y se estructura la desviación de poder, las cuales conllevan a la

declaratoria de nulidad del acto acusado y se impone el correspondiente restablecimiento del derecho.

Por las razones que anteceden, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Caquetá accedió a las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 7 de febrero de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda, dentro del proceso promovido por GUSTAVO ENDO BARRERA.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada esta providencia ***DEVUÉLVASE*** el expediente al Tribunal de origen. ***CÚMPLASE.***

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

BERTHALUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

JESÚS M. LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO