



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

CONSEJERO PONENTE: JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR

Bogotá, D. C., quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000234200020160619301(1196-2021)
Demandante: Gloria Inés Bohórquez Torres
Demandado: Nación, Fiscalía General
Temas: Insubsistencia de nombramiento ordinario/ pérdida de la confianza.

Sentencia segunda instancia

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 19 de marzo de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso - Administrativo¹, Gloria Inés Bohórquez Torres presentó demanda contra la Nación, Fiscalía General² para que se declare la nulidad de la Resolución 1903 del 22 de junio de 2016 por medio de la cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de asesor II de la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión de Cundinamarca.

¹ En adelante CPACA.

² En adelante la demandada.



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó: i) ordenar el reintegro al mismo cargo o a otro de igual o de mayor jerarquía; ii) condenar a la demandada al reconocimiento y pago de todas y cada una de las acreencias laborales, prestacionales y de seguridad social que dejó de recibir, desde el retiro hasta la fecha efectiva de su reintegro, sin solución de continuidad y iii) condenar en costas y agencias en derecho»³.

1.1.2. Fundamentos fácticos

Como hechos relevantes se señalaron los siguientes:

Gloria Inés Bohórquez Torres fue nombrada mediante Resolución 843 del 13 de mayo de 2015 como asesor II de la planta de empleos de la Fiscalía General de la Nación. Para efectos de la vinculación, debió superar el estudio de seguridad exigido por el artículo 39 del Decreto 20 de 2014, todo lo cual, conllevó a cumplir con la autenticidad de los documentos aportados y la visita domiciliaria. Una vez superado el estudio de seguridad, verificación, confiabilidad y confidencialidad, así como el examen psicológico con un resultado denominado «recomendable», se continuó con el proceso de vinculación, de manera que tomó posesión el 1 de junio de 2015 y fue ubicada en el despacho del fiscal general, en el grupo de modernización.

El 16 de marzo de 2016 fue reubicada mediante Resolución 481 en la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión de Cundinamarca, asignada en el área de talento humano, encargada de la revisión de los proyectos de actos administrativos elaborados con ocasión de las situaciones administrativas que se presentaban. En una o en otra dependencia, cumplió con sus compromisos y responsabilidades sin recibir un llamado de atención.

El 17 de mayo de 2016 radicó ante la entidad demandada pruebas extra juicio tendientes a demostrar su condición de madre cabeza de familia y ser el sustento de sus hijas mellizas; así como la de solventar las necesidades de sus progenitores. No obstante, el 24 de junio siguiente, fue notificada de la Resolución 1903 del 22 de junio de 2016 que declaró la insubsistencia de su nombramiento por no ostentar «la confianza necesaria que debe depositar el nominador en su persona con el fin de desarrollar las funciones de alta responsabilidad que implica el ejercicio de su cargo».

³ Folio 1 del expediente.



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los artículos 13,15,25, 29, 42, 43, 44, 46, 48, 49 y 53 de la Constitución Política; y las leyes 82 de 1993 y 1232 de 2008.

Como causales de nulidad invocó la infracción de normas en que debía fundarse, violación del debido proceso, falsa motivación y desviación de poder, sustentadas con los siguientes argumentos⁴:

El acto atacado es nulo porque desconoció el régimen constitucional previsto en los artículos 42, 43 y 44, en la medida en que era de pleno conocimiento de la entidad su condición de madre cabeza de familia, sumado al desconocimiento de las reglas de carácter constitucional que rigen para tales personas, las cuales tienen la condición de reforzada y especial protección del Estado, basado en el despliegue de garantías que buscan evitar discriminación a la mujer en condición de debilidad manifiesta.

El acto administrativo vulneró el debido proceso, toda vez que no tuvo en cuenta la jurisprudencia constitucional referida a casos excepcionales relativos a la declaratoria de insubsistencia, como lo es la obligación de motivar el acto de insubsistencia cuando la administración conoce que se está frente a un caso de retén social. Además, por falta de coherencia entre el acto de nombramiento y la decisión de retiro, pues de la vinculación se deduce una relación plena de confianza y que esta se pierda sin motivo ni argumento, en especial por no estar para el momento de su retiro directamente bajo las órdenes de su nominador sino que se encontraba cumpliendo funciones en la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión de Cundinamarca y sin que existiera algún elemento objetivo que demostrara cierta situación que haya dado lugar a la pérdida de la confianza.

Respecto de la causal desviación de poder, existe una clara conducta de la administración que lo acredita, consistente en la reubicación laboral sin que existiera previamente alguna necesidad o requerimiento y posteriormente, a los 3 meses, declarar la insubsistencia de su nombramiento, lo que en su sentir se erigió como la preparación intencional para extralimitarse en la facultad discrecional.

1.2. Contestación de la demanda

⁴ Folios 5 al 23 del expediente.



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por las razones que se expresan a continuación⁵:

El retiro de un servidor de libre nombramiento y remoción puede efectuarse mediante acto sin motivación y ello encuentra su justificación en que la declaratoria de insubsistencia responde a la facultad discrecional para nombrar y remover libremente a sus empleados.

En virtud de la naturaleza del vínculo con el cual se incorporó la actora a la entidad, en especial al cargo de asesor II, se encuentra amparado en el artículo 5 numeral 4 del Decreto Ley 20 de 2014, el cual establece que «estos empleos son de libre nombramiento y remoción, dada la especial confianza y la prestación *in tuito personae* que conlleva el desarrollo de sus funciones»⁶.

La existencia de un proceso penal en contra de la demandante por la presunta comisión de la conducta tipificada como celebración indebida de contratos, proceso del cual conoce la unidad contra la corrupción de la Subdirección Seccional de Bogotá, investigación que se encontraba en etapa de juicio, el nominador, ante tal hecho, consideró que existían fundadas razones que generó la pérdida de la confianza en la actora.

Respecto de la desviación de poder anotó que, si bien la actora efectuó apreciaciones subjetivas en relación con aparentes razones que condujeron a su desvinculación, lo cierto es que no obra respaldo probatorio que acredite sus afirmaciones y tampoco que la prestación del servicio se hubiese desmejorado con ocasión de su retiro.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, negó las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, se pronunció en estos términos⁷:

En virtud de la Resolución 843 del 13 de mayo de 2015 la actora fue designada en el cargo de asesor II en el despacho del fiscal general de la nación y según la Resolución 481 del 16 de marzo de 2016 reubicada en la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión de Cundinamarca.

⁵ Folios 94 al 112 del expediente.

⁶ Folio 97 del expediente -contestación de demanda.

⁷ Folios 382 al 394 del expediente.



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

Con la demanda no se allegó «ningún medio de convicción de que ella es quien de manera exclusiva tiene el sustento de sus hijas menores de 25 años y sus progenitores [...]», motivo por el cual, no resultó posible reconocerle el estatus de madre cabeza de familia. Si bien la testigo Martha Ruiz Ramírez afirmó que la actora es quien asume la manutención de su familia, su conocimiento proviene de lo manifestado por la demandante sin que le constara verdaderamente el hecho.

En lo atinente a la violación del debido proceso consideró que el acto administrativo obedeció a la facultad discrecional otorgada al nominador, razón por la cual la decisión no debe estar precedida de un procedimiento administrativo previo. Respecto de la falsa motivación señaló que, de acuerdo con el material probatorio, se desprende que las razones que llevaron al fiscal general a declarar la insubsistencia del nombramiento de la actora fue la pérdida de confianza depositada en ella, toda vez que «[...] se le adelanta una investigación penal en su contra y al preguntarle si existía una investigación penal en curso, manifestó que no». Las razones expuestas en el acto acusado no son argumentos falaces e irreales que no se correspondan con la verdad, pues del material probatorio se logró evidenciar que efectivamente se le adelanta una investigación de tipo penal, razón por la cual, la decisión esta debidamente motivada.

En conclusión, no existió falsos motivos ni desviación de poder, pues el acto se encuentra debidamente argumentado y justificado de acuerdo con las pruebas valoradas en el proceso; aunado al hecho de que el cargo es de libre nombramiento y remoción.

1.4. El recurso de apelación

La demandante interpuso recurso de apelación⁸ y lo sustentó así:

El sentenciador de instancia dejó de lado lo expresado por la actora al momento de realizar el estudio de seguridad «informe de verificación, confiabilidad y confidencialidad» en el cual indicó su separación de hecho desde hace más de 15 años y en la que el servidor de la policía judicial constató cual era su entorno familiar y las personas que tenía a su cargo, tal como lo demuestra dicho estudio, así como las declaraciones extrajuicio allegadas. No tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas arrimadas al expediente, pues desconoció la certificación expedida por la EPS Sanitas que da cuenta de que sus hijas mellizas se encuentran como sus beneficiarias del sistema de salud desde su nacimiento y que dicha vinculación se encontraba inactiva, por cuanto no estaba en la posibilidad

⁸ Folios electrónicos (10)



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

económica de sufragar el pago como independiente de dicha cobertura en salud.

Respecto de la falsa motivación, el a quo manifestó que si bien a la accionante se le preguntó si tenía una investigación penal y aquella manifestó que no, lo cierto es que, no se detuvo a analizar en qué momento ocurrió tal situación, si fue previo a la vinculación o si ocurrió en el curso de ella y simplemente consideró que por tal situación el nominador perdió la confianza. Su vinculación se produjo como consecuencia de haber superado la etapa previa descrita en el artículo 39 del Decreto Ley 20 de 2014, referida al informe de verificación, confiabilidad y confidencialidad y por lo tanto, de no haber logrado superar esa fase, no podía ser nombrada. En efecto, al momento de la realización del estudio de seguridad la no tenía conocimiento de que se estuviera adelantando investigación en su contra, de hecho, solo hasta el mes de noviembre del año 2015 se le citó ante la Fiscalía 46 Seccional de Bogotá para surtir una diligencia.

El acto administrativo demandado no obedeció a la realidad, pues la afirmación según la cual la demandante «no ostenta la confianza necesaria que debe depositar el nominador en su persona con el fin de desarrollar las funciones de alta responsabilidad que implica el ejercicio de su cargo», no cuenta con un respaldo real, sino que es el ejercicio subjetivo y arbitrario de la voluntad del nominador.

1.5. Alegatos de conclusión

La demandante reiteró la necesidad de estudiar con mayor detenimiento las pruebas existentes a fin de establecer las causales de nulidad del acto administrativo objeto de estudio.

La demandada solicitó confirmar lo decidido en primera instancia, con fundamento en lo expuesto en la contestación de la demanda, para lo cual reiteró que el acto de insubsistencia se produjo por hechos reales y no por falsa motivación, como tampoco por desviación de poder⁹.

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

⁹ Archivo electrónico-samai -



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

Se circunscribe a establecer los siguientes problemas jurídicos: **i)** ¿el hecho de haber superado los protocolos de verificación, confiabilidad y confidencialidad para su ingreso a la Fiscalía General de la Nación, limita el uso de la facultad discrecional para el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción?; y **ii)** ¿se encuentra acreditada la calidad de madre cabeza de familia y en virtud de ello, no podía la actora ser retirada del servicio?

2.2. Marco normativo

El artículo 125 de la Constitución Política dispuso que por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y dentro de las excepciones se incluyeron los cargos de libre nombramiento y remoción.

En desarrollo del aludido precepto constitucional, el legislador expidió la Ley 909 de 2004 con el propósito de regular el sistema de empleo público y en el artículo 1, se identificaron los siguientes:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales.

Así mismo, en el artículo 5 *ibidem* se enunciaron diferentes criterios para establecer un cargo como de libre nombramiento y remoción que, en términos generales, corresponde al alto grado de confianza o a la naturaleza de las funciones (directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional).

Por su parte, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en el artículo 130, inciso 4¹⁰, estableció:

«Artículo 130. Clasificación de los empleos.

[...]

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los despachos de magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios de esas Corporaciones; los cargos de los despachos de los magistrados de los tribunales; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, directores nacionales; directores regionales y seccionales, los empleados del despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales

¹⁰ Estatutaria de la Administración de Justicia. Para el efecto, ver sentencias de la Corte Constitucional C-037 de 1996 y C-053 de 1997.



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.
[...]]» (negritas fuera del texto original)

Clasificación que se reglamentó en el Decreto 261 de 2000 «Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación» el cual indicó en el artículo 106:

«De conformidad con lo dispuesto por el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, los empleos de la Fiscalía se clasifican según su naturaleza y forma como deben ser provistos, en de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción:

1. Vicefiscal General de la Nación.
2. Secretario General.
3. Directores Nacionales.
4. Directores Seccionales.
5. Los empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General.
6. Los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia.
7. Los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos, a través del proceso de selección.»

El anterior decreto fue derogado por la Ley 938 de 2004¹¹ «por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación» y, posteriormente, mediante el Decreto 20 de 2014, se derogan los artículos 44 a 77, por lo que la disposición aplicable al caso concreto, respecto de la clasificación es el artículo 5 del mencionado decreto que indica lo siguiente:

«**Clasificación de los empleos.** Los empleos de la Fiscalía General de la Nación, del Instituto Nacional de Medicina Legal y de la Institución de Educación Superior son de carrera, con excepción de los siguientes cargos que se clasifican como de **libre nombramiento y remoción**, dada la especial **confianza y la prestación in tuitu personae que conlleva el desarrollo de sus funciones**, así:

1. Los cargos del nivel directivo:

1.1. En la Fiscalía General de la Nación: El Vicefiscal General de la Nación, Consejero Judicial, Director Nacional, Director Estratégico, Director Especializado, Subdirector Nacional, Subdirector Seccional, Jefe de Departamento.

Los cargos de **asesor** de la Fiscalía General de la Nación, **independientemente de su ubicación**, y los de Jefe Oficina Asesora del Instituto de Medicina Legal y de asesor adscritos a los despachos del director del Instituto de Medicina Legal y del director y subdirector de la Institución Universitaria».

En relación con la condición de madre cabeza de familia, el artículo 43 de la Constitución Política dispuso:

¹¹ Norma vigente desde el 30/12/2004 hasta el 08/01/2014.



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

«La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia».

Según el aparte transcrito, el Constituyente de 1991 previó la figura de la mujer cabeza de familia, quien será sujeto de especial apoyo por parte del Estado, el cual se evidencia con la expedición de la Ley 82 del 3 de noviembre de 1993¹², que en el artículo 2 definió esta condición en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 2o. Modificado por el art. 1, Ley 1232 de 2008. Para los efectos de la presente ley, entiéndase por "Mujer Cabeza de Familia", quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

PARÁGRAFO. Esta condición y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo».

Esta disposición legal fue objeto de revisión por la Corte Constitucional mediante sentencia C-034 del 27 de enero de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, en la que se dio alcance a la expresión soltera o casada, en los siguientes términos:

«La expresión "siendo soltera o casada", contenida en el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, para definir lo que ha de entenderse por "mujer cabeza de familia", es decir la que "tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar", no vulnera los artículos 13 y 43 de la Constitución Política, ni ninguna otra norma de la Carta, por cuanto de ninguna manera mengua la igualdad de las mujeres que se encuentran en la situación fáctica descrita por la ley para que sean tenidas como "cabeza de familia", ni existe tampoco la supuesta inexecutable del aparte acusado por omisión del legislador al no incluir en la definición legal en comento a las mujeres viudas o divorciadas, pues, como ya se vio, ellas no fueron excluidas de esa definición por el legislador, como tampoco queda excluida de la calidad de "mujer cabeza de familia", aquella que por su decisión, sin matrimonio, funda con un hombre una familia».

¹² Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

Posteriormente, mediante la Ley 790 del 27 de diciembre de 2002¹³ se les reconoció una especial protección a las madres cabeza de familia, al prever la siguiente situación fáctica:

«ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley».

Como se observa, según el aparte normativo, a ciertas entidades públicas que adelantan programas de renovación les está prohibido retirar del servicio a las madres cabeza de familia que carezcan de alternativa económica. La expresión «*las madres*» fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 27 de enero de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería de manera condicionada «*(...) en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen*».

El artículo 12 de la prenotada ley fue reglamentado por el Decreto 190 del 30 de enero de 2003¹⁴, que en el artículo 1.3. estableció la definición de madre cabeza de familia sin alternativa económica, así:

«Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada».

La Corte Constitucional en la sentencia SU 388 de 13 de abril de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, trazó los presupuestos jurisprudenciales para que una mujer sea considerada como madre cabeza de familia, así:

«La Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se

¹³ Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la República

¹⁴ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar».

Posteriormente, el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008¹⁵ modificó el 2 de la Ley 82 de 1993, en el sentido de indicar que es mujer cabeza de familia «[...] quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar». Asimismo, la referida norma reiteró la exigencia de declarar la condición de madre cabeza de familia ante un notario, aunque la Corte Constitucional ha señalado que la categoría aludida no depende de dicha formalidad, sino de los presupuestos fácticos o las circunstancias materiales¹⁶.

En síntesis, de acuerdo con el derrotero normativo antes referido, es necesario que quien alega la condición de madre cabeza de familia demuestre los elementos que deben ser materia de constatación: i) la mujer debe tener la responsabilidad plena de los hijos menores de edad y de otras personas con incapacidad para laboral; ii) que la responsabilidad antes señalada, sea permanente; iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes de manutención por parte del progenitor ausente; y iv) que exista una deficiente ayuda por parte de otros miembros de la familia. Una vez verificados los elementos señalados, la autoridad deberá iniciar acciones tendientes a la verificación de las garantías constitucionales y proteger a la madre que cumpla con tales requisitos.

2.4. Caso concreto

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

2.4.1. Pruebas documentales

El 13 de mayo de 2015, la Fiscalía General de la Nación designó mediante Resolución 843 a la demandante en el cargo asesor II¹⁷.

¹⁵ «Por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia y se dictan otras disposiciones».

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-184 del 4 de marzo de 2003, M.P., Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷ Folios 32 y 33 del expediente.



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

Posteriormente, la reubicó a través de Resolución 481 del 16 de marzo de 2016 en la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión Cundinamarca¹⁸ y el 22 de junio de 2016 declaró la insubsistencia de su nombramiento en virtud de la Resolución 1903, acto que fue motivado al indicar que la actora «...no ostenta la confianza necesaria que debe depositar el nominador en su persona con el fin de desarrollar las funciones de alta responsabilidad que implica el ejercicio de su cargo»¹⁹, decisión que le fue puesta en conocimiento el 24 de junio de 2016²⁰.

Certificado emitido por la directora del programa de instrumentación quirúrgica de la Universidad del Bosque en la cual hace constar que María Fernanda Moreno Bohórquez «se encuentra cursando tercer semestre académico en el primer semestre de 2015 con una intensidad horaria de 35 horas de trabajo semanal²¹» y recibo de pago de matrícula en dicho programa²². Así mismo, certificado emitido por la oficina de admisión y registro de la Universidad de la Salle en la cual indica que María Camila Moreno Bohórquez está matriculada en el primer periodo de 2016 en el programa de licenciatura en lengua castellana, inglés y francés, jornada diurna²³ y el respectivo desprendible de pago de matrícula²⁴.

Certificado del 9 de septiembre de 2016 expedido por la EPS Sanitas en la cual se relacionan las afiliaciones a dicha entidad en la que aparecen la actora, María Fernanda Moreno Bohórquez y María Camila Moreno Bohórquez, en estado suspendidas, y la historia clínica de Pedro Pablo Bohórquez Gómez en calidad de cotizante contribuyente en la Nueva EPS²⁵.

Oficio radicado el 17 de mayo de 2016, en el cual la demandante adjuntó copia de las declaraciones extra juicio rendidas por María Fernanda Moreno Bohórquez y María Camila Moreno Bohórquez, referidas a la dependencia económica²⁶ y las aludidas declaraciones extrajuicio²⁷.

Oficio 38²⁸ expedido por la fiscal 46 seccional en la cual se indicó lo siguiente²⁹:

¹⁸ Folios 34 al 35 del expediente.

¹⁹ Folios 33 al 38 del expediente.

²⁰ Folio 39.

²¹ Folio 47.

²² Folio 48.

²³ Folio 49

²⁴ Folio 50.

²⁵ Folios 52 al 59.

²⁶ Folio 60 y 61.

²⁷ Folios 62 y 63.

²⁸ El documento carece de fecha.

²⁹ Folios 140 y 141.



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

«REFERENCIA. 1100160000492001414725

IMPUTADOS: GLORIA INES BOHORQUEZ TORRES Y OTROS

DELITOS: INTERES INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS, CONTRATOS SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES Y FALSEDAD POR OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PÚBLICO.

[...]

Con respecto a las actuaciones judiciales que se han adelantado en el transcurso del proceso penal referenciado y en las cuales este Despacho Fiscal ha actuado en calidad de Fiscal Seccional 46 adscrita a la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública se encuentran: 1- La formulación de imputación con solicitud de medida de aseguramiento intramural la cual fue negada por el Juzgado 81 de Garantías mediante auto de fecha 8 de abril de 2016. 2- La presentación de escrito de acusación el día 13 de agosto de 2016. 3- AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN, actuación a la que no obstante haberse dado inicio el pasado 14 de septiembre de 2017, la misma no ha culminado debido a la interposición de un recuso de apelación contra del proveído adoptado por la juez 28 en el sentido de aceptar la constitución de victima de la empresa AV EXPRESS...».

Escrito de acusación presentado por la fiscalía general en contra de la demandante³⁰.

Se encuentra debidamente documentado que el 4 de marzo de 2015, se le efectuó estudio psicológico a la actora con el propósito de establecer si el perfil era adecuado a los fines y la misión de la entidad cuyo resultado fue: «Perfil muy recomendable»³¹. Así mismo, el oficio 581 del 17 de julio de 2018 da cuenta del estudio de verificación, confiabilidad y confidencialidad realizado a la demandante, previo al nombramiento.

2.4.1. Prueba testimonial.

El 17 de abril de 2018, en la audiencia de pruebas, se adelantó la recepción de los testimonios oportunamente solicitados por la parte demandante con el objeto de demostrar la idoneidad, calidad y eficiencia de la labor desempeñada y la condición de madre cabeza de familia. Al respecto, la Sala destaca los siguientes aspectos:

➤ Testimonio rendido por Luz Elena Botero Larrarte.

«[...] **PREGUNTÓ:** Por favor, indíqueme al despacho si usted laboró, con la señora Gloria Bohórquez. **CONTESTÓ:** sí señor. Yo trabajé con la doctora Gloria Bohórquez en el grupo de modernización de la Fiscalía General de la Nación. **PREGUNTÓ:** Por favor indíqueme al despacho, si en el tiempo que usted trabajo con

³⁰ Folios 143 al 161.

³¹ Folios 178 al 181 del expediente.



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

la doctora Gloria Bohórquez, cómo era el trabajo de la misma. **CONTESTÓ:** Con la doctora Gloria Bohórquez, trabajé como jefe inmediata más o menos un mes, durante ese tiempo, no tuve ningún problema con el trabajo de la Dra. Bohórquez, es una persona dedicada, cumplida, juiciosa. **PREGUNTÓ:** Y supo usted, si de pronto ella tuvo algún inconveniente con otra persona, con otro funcionario, incluso con el jefe inmediato de ella después no era su jefe inmediata. **CONTESTÓ:** La verdad no me consta [...] **PREGUNTÓ:** Usted sabe por qué declararon insubsistente a la doctora Gloria Inés Bohórquez. **CONTESTÓ:** No tengo conocimiento»³².

➤ Testimonio rendido por Carmenza Patricia Bernal Perdomo

«[...] **PREGUNTÓ:** Indíqueme al despacho, de acuerdo con su experiencia en la jefatura de personal de la Seccional Cundinamarca de la Fiscalía, cuál fue el desempeño que tuvo la doctora, mientras estuvo en esa seccional. **CONTESTÓ:** como persona excelente y como profesional excelente, porque aparte de que corregía nuestros procesos, nos aportaba mucha información jurídica que era valiosa para la labor que nosotros estábamos desempeñando. **PREGUNTÓ:** indíqueme al despacho, si a partir del ingreso de la doctora, hubo mejoras en los trámites y en las respuestas que se daban en el área donde ella prestaba el servicio. **CONTESTÓ:** si claro, de hecho, se ganaron muchas tutelas bajo la revisión de ella, los actos jurídicos, tutelas de traslados, recursos de reposición, de apelación, ella los tramitó muy bien y la Fiscalía ganó muchos procesos relacionados con esas situaciones... **PREGUNTÓ:** indíqueme al despacho, si mientras la doctora Gloria, estuvo en la Seccional Cundinamarca, tuvo algún llamado de atención, investigación, o alguna situación que comprometiera su deber funcional. **CONTESTÓ:** no, nunca, de hecho, era una persona, pues, correcta. **PREGUNTÓ:** sabe usted, porqué reubicaron a la doctora Gloria Inés Bohórquez. **CONTESTÓ:** pues, el primer conocimiento que yo tengo es la resolución de traslado que siempre llega a la oficina de personal, donde nos informan la reubicación y el segundo, por la imprudencia mía hacia ella y, me dice porque estaba con un proceso disciplinario, perdón penal, y pues, en ese momento me pareció, que todo el mundo es inocente (sic) hasta que la declaren culpable, no fue más, por la curiosidad, no porque yo supiera nada, ósea fue directamente la doctora Gloria la que me informó. **PREGUNTÓ:** sabe o conoce y le consta de (sic) los motivos que originaron el retiro de la aquí demandante. **CONTESTÓ:** pues doctor, motivos, digamos, los rumores que están ahí como consecuencia del proceso que llevaba, por que no era bien visto que una asesora del despacho continuara ahí, eso es todo lo que se...»³³

➤ Declaración de Martha Cecilia Ruíz Ramírez

«[...] **PREGUNTÓ:** dígame al despacho si usted conoce a la señora Gloria Inés Bohórquez, ... señale porque la conoce y desde hace cuánto tiempo la conoce. **CONTESTÓ:** a la doctora Gloria Inés Bohórquez la conozco hace 10 años, nos conocimos en la Personería de Bogotá, cuando ella ingresó a laborar en esa entidad... se que ella tiene dos hijas ... yo creo que deben tener unos 21 o 22 años

³² Folios 174-175 del expediente.

³³ Folios 183 al 186 del expediente.



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

y se que cursan carrera universitaria, son estudiantes. **PREGUNTÓ:** sabe quién solventa los estudios de las hijas de la doctora Gloria Inés. **CONTESTÓ:** por lo que he sabido en el tiempo de amistad que llevamos, siempre ella. **PREGUNTÓ:** sabe o conoce a los padres y en que condiciones de salud se encuentran. **CONTESTÓ:** si, el papá hace poco fue sometido a dos cirugías y su mamá tiene problemas de tensión. **PREGUNTÓ:** sabe quién vela por los padres de la doctora Gloria Inés. **CONTESTÓ:** si, ellos dependen económicamente de ella. **PREGUNTÓ:** sabe si la doctora Gloria Inés vive en casa propia, arrendada, en qué condiciones vive. **CONTESTÓ:** se que ella está pagando la casa donde vive. **PREGUNTÓ:** sabe si la doctora Gloria Inés, convivió con su esposo o alguien distinto a él. **CONTESTÓ:** no señor, ella convive con sus hijas y sus padres»³⁴

Valoración probatoria.

Del acervo probatorio, se obtiene que si bien la actora superó los estudios psicológicos, de perfil personal y misional e inclusive los protocolos de verificación, confiabilidad y confidencialidad realizados por la entidad, previo al acto de vinculación, lo cierto es que no se puede desconocer que existió un hecho de relevancia para el nominador que conllevó a la pérdida de confianza en dicha empleada como fue, la existencia de un proceso penal que cursaba en su contra por presuntos delitos contra la administración pública.

El cargo que desempeñaba la demandante era el de asesor II, de manera que, el referente que gobierna la provisión y el retiro no pueden ser otros diferentes a la confianza y lealtad, enmarcada en la política institucional que permita definir y ejecutar de manera mancomunada las políticas de la entidad hacía el mismo propósito. Por ello, el componente de confianza para un empleado en un cargo como el ocupado por la actora es de capital importancia, de manera que, al resquebrajarse ello, bien puede ser separado del empleo, pues, en la dinámica administrativa, la facultad discrecional está instituida, entre otras, para ese tipo de situaciones sin que suponga sanción o juicio de valor a la actividad laboral o profesional.

Lo anterior es trascendental para el caso bajo estudio, en la medida en que la decisión de retiro del servicio en virtud de la facultad discrecional no desconoce para nada la presunción de inocencia que reina en el proceso penal que cursa en su contra, pues el ejercicio de dicha facultad legal no significa la imposición de una sanción, ni implica el adelantamiento de un procedimiento en tal sentido. Es de resaltar que la discrecionalidad que la ley confiere al nominador no encuentra limitación alguna en las leyes (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004) que gobierna el proceso penal, precisamente, porque persiguen finalidades distintas. En

³⁴ Folios 186 al 188 del expediente.



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

conclusión, la actuación penal y la facultad discrecional son instituciones jurídicas independientes, autónomas y reguladoras de aspectos diversos de la ley, pues la atribución discrecional permite al nominador escoger a sus colaboradores y prescindir de estos, por razones del buen servicio, al paso que la actuación penal tiene por naturaleza la vigilancia de la conducta de las personas y/o servidores públicos a la luz de ese ordenamiento; independientemente que puedan coincidir en constituir causales de retiro o desvinculación del servicio. Así es que no había obligación de sobreponer la acción penal sobre la facultad discrecional, ni tampoco el retiro del servicio supone un desconocimiento de su garantía constitucional de inocencia.

Entonces, encuentra la Sala que el Oficio 1322 del 22 de junio de 2016 suscrito por el fiscal general de la nación y dirigido a la subdirectora de talento humano, se erige como esa prueba documental de la cual se desprenden las razones que generaron en aquel la pérdida de la confianza en la actora y que conllevó a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, pues en él se anuncia la existencia de un proceso penal en su contra por la comisión de conductas presuntamente contra la administración pública, cuya investigación está a cargo de la fiscalía 46 delegada ante los jueces penales del circuito de Bogotá y quien certificó que había formulado imputación con solicitud de medida de aseguramiento intramural, esta última negada por el juzgado 81 de garantía; que presentó escrito de acusación el 13 de agosto de 2016 y que se adelantó audiencia de formulación de acusación, actuación que no había culminado por encontrarse pendiente algunos recursos, de manera que los hechos sobre los cuales se edificó la pérdida de confianza encuentran un sustento probatorio real.

De otra parte, en cuanto a la condición de madre cabeza de familia, la Sala aborda este aspecto desde el análisis legal a partir de la Ley 1248 de 2008, modificatoria de la 82 de 1993, la cual reconoce los tiempos y el avance sociológico, laboral y económico del rol de la mujer, para ello, indica con precisión que la mujer jefe de hogar, lo será, con independencia de su estado civil, siempre que en forma permanente³⁵ sustente las necesidades afectivas, económicas y sociales de su

³⁵ Artículo 2 de la ley 1248 de 2008. *Jefatura femenina de hogar*. Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

núcleo familiar, lo que debe entenderse respecto de hijos y de otras personas que, aunque mayores, no tengan capacidad física, sensorial o incluso, moral para laborar o producir y, en dicha categoría, incluye al cónyuge o compañero(a) permanente quien puede estar ausente tanto física como moralmente lo que la ley define como deficiencia sustancial de ayuda, extendiendo este concepto a otros miembros de la familia.

Para la Sala es necesario precisar que si la actora pretendía que se le reconociera la calidad de madre cabeza de familia y con base en ello, acceder a las garantías reforzadas de estabilidad laboral, era su deber acreditar el parentesco respecto de quienes invoca tal condición, esto es, sus progenitores y sus hijas, mediante la prueba idónea necesaria que, para este caso, se trata del registro civil de nacimiento según lo determina el Decreto 1260 de 1970. De tal suerte que si la ley establece un requisito para demostrar un determinado hecho, no le está permitido al juez eximir a las partes del cumplimiento del mismo; a no ser que el respectivo documento le haya sido imposible de allegar o que haya sido destruido o no se desconozca su paradero, caso en el cual, sería de competencia del juez de instancia, advertido tal suceso, quien estaría en la obligación de realizar los trámites pertinentes para su consecución, o valerse de otras pruebas que permitan determinar el parentesco, circunstancias éstas que no sucedieron en el *sub – lite*.

Si bien la actora allegó certificados de semestres universitarios de María Fernanda Moreno Bohórquez y María Camila Moreno Bohórquez, así como la constancia de afiliación a la EPS Sanitas y las declaraciones extrajuicio en las cuales manifestaron depender «ECONÓMICAMENTE DE NUESTRA MADRE LA SEÑORA GLORIA INES BOHÓRQUEZ TORRES (sic)» no es menos cierto que no se allegó la prueba idónea con la que no solo se verificaría el parentesco sino además, la edad de ambas, en atención a que la figura tiende a proteger a los hijos menores de 18 años y hasta los 25 siempre que estén estudiando, de manera tal que, para el caso, la Sala no cuenta con prueba documental que le permita corroborar tales supuestos. Idéntica situación se presenta respecto de sus progenitores, en la medida que no se allegó documento alguno que acredite el parentesco.

De las declaraciones testimoniales rendidas en el proceso no resulta posible determinar si la responsabilidad de las hijas recae en la demandante de manera exclusiva y con carácter permanente y menos aún, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, toda vez que, la única testigo que hizo alusión a dicho aspecto fue Martha Cecilia Ruiz Ramírez,

cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

declarante que respecto de la pregunta si «tiene conocimiento si el padre de la hija de la señora Gloria Inés Bohórquez tiene algún tipo de relación con las hijas de la hoy demandante», contestó con incertidumbre «creo que hablan por teléfono, por que tengo entendido que esta fuera del país», respuesta de la cual no puede inferirse asunto distinto a que existe un sesgo de duda en la declarante respecto de la verdadera relación entre el padre y las hijas de la demandante. Y si bien, sostuvo que era la actora quien solventaba los estudios de las hijas, no precisó mayor información sobre tal aspecto, dado que su conocimiento es debido a los comentarios que le hacia la misma Gloria Inés Bohórquez, pero no porque le constara de manera directa ello. Subrayado fuera de texto.

En síntesis, encuentra la Sala que en este caso específico existe argumento y prueba documental sólida que soporta la declaratoria de insubsistencia, que no es otra que la pérdida de la confianza y se evidenció a través de la información suministrada por la fiscalía 46 seccional, que se considera adecuada con la realidad. En esa medida, la decisión adoptada por la Fiscalía General de la Nación respondió entonces, por un lado, a los fines de la norma que otorga el retirar a un funcionario de libre nombramiento y remoción sin motivación alguna, pero que en el sub iudice, la administración inclusive expresó los motivos de la decisión, los cuales se ajustan a la realidad probatoria y, del otro, la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se cuestionó a la servidora y la consecuencia jurídica que se generó, dado que en todo caso, cursaba en su contra una investigación penal, circunstancia que resquebrajó la confianza del nominador en la actora, teniendo en cuenta el cargo que esta ostentaba, esto es, el de asesora del despacho del fiscal general.

Por lo expuesto, la Sala arriba a la conclusión que el tribunal verificó todos los argumentos de la demanda y en especial los relacionados con los reproches y vicios de ilegalidad dirigidos al acto administrativo en estudio, tales como la desviación de poder y la falsa motivación, lo cual incluyó el estudio de los requisitos de la condición alegada por la demandante de ser madre cabeza de familia y definitivamente, en este caso, como se pudo verificar, no demostró los elementos necesarios e indispensables para lograr la protección especial y reforzada del Estado, motivos por los cuales, se confirmará la sentencia del 19 de marzo de 2020, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, la cual negó las pretensiones de la demanda.

2.5. Costas

Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, esta Sala no condenará en costas a la parte vencida, en atención a que en el



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

trámite no se observa que se hayan causado, ni que las partes hayan desplegado un actuar temerario.

3. Conclusión

La Sala encuentra que la demandante no logró establecer, mediante los medios probatorios la causal de desviación de poder, en la modalidad de abuso de la facultad discrecional por parte del nominador, como tampoco acreditó la causal de falsa motivación ni la condición alegada de ser madre cabeza de familia.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero. - Confirmar la sentencia proferida el 19 de marzo de 2020 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D que negó las pretensiones de la demanda en el proceso promovido por Gloria Inés Bohórquez Torres, contra la Nación, Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. - Sin condena en costas.

Devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones en el aplicativo Samai.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR
Firmado Electrónicamente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Firmado Electrónicamente

CARMELO PERDOMO CUÉTER
Firmado electrónicamente



Radicado: 25000234200020160619301(1196-2021)

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.