



126

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02624-01

Actor: JORGE ERNESTO ROJAS MONTERO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

Asunto: Fallo de segunda instancia. Tutela contra providencia judicial¹

La Sala decide la impugnación interpuesta por el actor, por intermedio de apoderado, contra el fallo del 13 de diciembre de 2017, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que negó los derechos fundamentales invocados por el tutelante.

El amparo constitucional fue interpuesto por el señor **JORGE ERNESTO ROJAS MONTERO** el 5 de octubre de 2017, a través de apoderado (fl. 15), contra el fallo del 30 de marzo de 2017 dictado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad y de acceso a la administración de justicia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

La petición de amparo se fundamentó en los supuestos fácticos, que la Sala sintetiza así:

El actor fue declarado insubsistente en el cargo de profesional universitario código 219 grado 15 del área financiera de INFIHUILA, mediante Resolución N° 086 del 17 de abril de 2012

¹ En el mismo sentido puede consultarse la sentencia del 15 de febrero de 2018, Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02634-01, Actora: Jannette Gómez Velásquez. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez



Señaló que contra esa decisión administrativa promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual se sustentó en lo siguiente: i) el presunto desmejoramiento del servicio, en razón a que la funcionaria que reemplazó al señor Rojas Montero, no cumplía con los requisitos exigidos para el cargo, y que con su llegada, se evidenciaron grandes traumatismos en la administración. ii) que la remoción del señor Jorge Ernesto Rojas Montero se presentó por motivos políticos y de amistad, toda vez que su reemplazo, Gloria Mercedes Vargas Barreiro, fue impuesta por la Gobernadora Cielo González Villa.

Indicó que el Tribunal Administrativo del Huila el 24 de octubre de 2013, declaró la nulidad de la Resolución N° 086 del 17 abril de 2012 y ordenó el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta su reintegro.

Precisó que dicho fallo fue apelado y en sentencia de segunda instancia del 30 de marzo de 2017, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, revocó el fallo, toda vez que en el expediente no obraba prueba que demostrara que la declaratoria de insubsistencia obedeció a móviles políticos o burocráticos, es decir, que no se demostró que el nominador tuviera en cuenta intereses particulares que hubieran llevado a esa decisión.

Adicionalmente, señaló que el demandante no probó que la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro, no cumplía con los requisitos para el desempeño del cargo, sin que se hiciera la menor confrontación entre el manual de funciones que regía en la entidad demandada para la época de los hechos y la hoja de vida del reemplazante, lo que de haberse hecho, necesariamente hubiera dado lugar a otra determinación judicial.

1.2. Fundamentos de la acción

El actor manifestó que con la sentencia del 30 de marzo de 2017, la autoridad judicial demandada *“vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, (art. 29. Constitución) a la igualdad y al acceso a la administración de justicia.”*²

² Folio 7 del cuaderno de tutela.



Consideró que se presentó un defecto fáctico, como quiera que los testimonios no se valoraron en su totalidad con lo cual se podía haber concluido que la declaratoria de insubsistencia del cargo que ocupaba el señor Rojas Montero tuvo móviles políticos o burocráticos y que no se comparó el manual de funciones de la entidad con los requisitos mínimos para acceder al cargo de la persona que lo reemplazo.

1.3. Pretensiones

En concreto, formuló las siguientes pretensiones³:

“Solicito muy respetuosamente, se protejan los derechos fundamentales de mi representado al debido proceso, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y a cualquier otro que se encuentre vulnerando el Honorable Consejo de Estado. En consecuencia, se disponga:

Primero. DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de 30 de marzo de 2017- notificada el 7 de abril del mismo año- proferida por la Sección Segunda – Subsección A del Honorable Consejo de Estado dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, promovido por JORGE ERNESTO ROJAS MONTERO, contra el INSTITUTO FINANCIERO PARA EL DESARROLLO DEL HUILA “INFIHULA” cuyo número de radicación corresponde al 41-001-23-33-000-2012-00142-01.

Segundo. Ordenar a la Sección Segunda - Subsección “A” del Honorable Consejo de Estado que profiera una nueva decisión de acuerdo a los parámetros dados por el Juez Constitucional y que dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la nueva providencia, se remita copia de lo allí decidido”.⁴

1.4. Trámite en primera instancia y contestaciones

La Sección Cuarta de esta Corporación, en auto del 9 de octubre de 2017⁵, admitió la acción de tutela y ordenó notificar al Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A y al Tribunal Administrativo del Huila, y como tercero con interés al Instituto Financiero para el Desarrollo del Huila (INFIHUILA) y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

³ Folios 23 y 24 del expediente.

⁴⁴ Folio 13.

⁵ Folio 19



Remitidos los oficios correspondientes⁶ respondieron los siguientes sujetos:

1.5. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”

Mediante escrito del 19 de octubre de 2017, la autoridad judicial accionada presentó informe en el que mencionó que la providencia del 30 de marzo de 2017, fue dictada de conformidad con las normas aplicables al caso y de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, en el que no se allegó prueba que demostrara que con la declaratoria de insubsistencia del cargo, la administración tuviera móviles políticos o burocráticos. Agregó que no se demostró la existencia de intereses particulares o caprichosos por parte del nominador, ni que el reemplazo del accionante no cumpliera con los requisitos para acceder al cargo y, que como consecuencia de ello, se hubiera desmejorado el servicio.

En síntesis, precisó que la decisión se sustentó en que de los testimonios no era posible colegir que el reemplazo del actor hubiera militado en algún partido o movimiento político al que pertenece el nominador de la entidad demandada, ni que la designación de ese reemplazo obedeciera a presiones o u ofrecimiento de su hoja de vida por parte de la Gobernadora de época del departamento del Huila.

Agregó que no existe relación directa entre las manifestaciones de los testigos y el acto de insubsistencia, que permitan acreditar la desviación de poder.

Señaló que a pesar de que el señor Rojas Montero aportó una hoja de vida con alta preparación académica y certificaciones de no poseer sanciones disciplinarias y/o penales, ni llamados de atención en el ejercicio del cargo, estos hechos, por si solos, no otorgan estabilidad, toda vez que los servidores públicos deben garantizar la observancia a los mismos.

Finalizó indicando que el accionante no probó que la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro, nombrada en su reemplazo, no

⁶ Folios 20 a 28.



cumpliera con los requisitos para el desempeño del cargo y tampoco que se desmejoró el servicio con su nombramiento.

1.6. Tribunal Administrativo del Huila

Con escrito del 19 de octubre de 2017 el Tribunal Administrativo del Huila la tutela no está dirigida contra ellos por lo que esa Corporación no vulneró ningún derecho del actor.

INFIHUILA, pese a ser notificado en debida forma⁷, se pronunció de forma extemporánea por lo que el mismo no fue tenido en cuenta.

1.7. Decisión en primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2017⁸ negó las pretensiones de la acción de tutela al considerar que no existió el defecto fáctico alegado, toda vez que la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, valoró las pruebas legalmente aportadas al expediente, de las cuales concluyó que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del accionante en el cargo de profesional universitario, código 219, grado 15, fue producto de la facultad discrecional con que contaba el nominador, por ser un cargo de libre nombramiento y remoción.

1.8. Impugnación

La parte actora, a través de su apoderado, impugnó la decisión tomada por la Sección Cuarta de esta Corporación. Luego de señalar los testimonios que consideró desconocidos, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de tutela⁹.

1.9. Tramite en segunda instancia

El Despacho ponente con auto del 1º de marzo de 2018 ordenó vincular al proceso a la señora GLORIA MERCEDES VARGAS BARREIRO y ponerle en conocimiento la existencia de la nulidad

⁷ Folio 22.

⁸ Folio 44 al 51.

⁹ Folio 59 al 60.



saneable, por hacer parte del proceso ordinario y poder verse afectada con la decisión que se tome en el trámite de esta acción de tutela.

La señora Vargas Barreiro, pese a ser notificada en debida forma¹⁰, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991¹¹, el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto No. 1069 de 2015¹², el Decreto 1983 de 2017 y por el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003¹³ de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar, conforme al escrito de impugnación, si la sentencia de primera instancia debe confirmarse, revocarse o modificarse. Esto implica establecer si se configura el defecto fáctico sobre la decisión enjuiciada.

3. Generalidades de la acción de tutela contra providencias judiciales

Según el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario, que permite a cualquier persona reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos que indica el Decreto Ley 2591 de 1991.

Este instrumento de defensa se caracteriza por su trámite

¹⁰ Folio 80 reverso.

¹¹ "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

¹² "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho"

¹³ "Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado".



preferente, su residualidad y su subsidiariedad, a la luz del precepto superior que la consagra y del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que la reglamenta, lo que permite advertir que el ejercicio de la tutela no es absoluto, está limitado por las causales de improcedencia allí contenidas, entre otros motivos, la relativa a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para garantizar la protección del derecho que se alega amenazado o vulnerado.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012¹⁴, unificó la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹⁵, y en ella concluyó:

“si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente”. Negrilla fuera de texto.

Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación modificó su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

En efecto, sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

¹⁴ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹⁵ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.



La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁶ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva.

Finalmente, se debe tener en cuenta que a partir de la sentencia del 16 de mayo de 2017 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,¹⁷ se hace necesario estudiar en segunda instancia el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad (procedencia adjetiva), aun si éstos no han sido objeto de impugnación.¹⁸

4. Del defecto fáctico

En cuanto al defecto fáctico esta Sección, en desarrollo de las tesis jurisprudenciales de la Corte Constitucional, ha determinado el cumplimiento de unos deberes demostrativos a cargo de la parte actora tendientes a concretar en qué consiste la anomalía que afectaría el debido proceso. Al respecto, se ha reiterado lo siguiente¹⁹:

“Esta Sala de Sección {sic} en decisión del 12 de noviembre del 2015 precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de alegarse la ocurrencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, los cuales son traídos a colación en la presente decisión:

Los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia

¹⁶ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

¹⁷ Ver Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 16 de mayo de 2017. Expediente 11001-03-15-000-2015-03386-01. Actor: Amadeo Tamayo Morón. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁸ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencias del 19 de julio de 2017. Radicación 11001-03-15-000-2017-00139-01. Actor: Municipio de Palmira, Valle del Cauca. Fallo del 30 de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01471-01. Actor: Marco Fidel Rodríguez González y otros.

¹⁹ “Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01, Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. **Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**”. Negrilla es del original.



con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso, los cuales tienen las siguientes características:

Evento	Características
Omisión de y de decreto práctica de pruebas indispensables para fallar el asunto	<p>Se da cuando la parte, con el fin de probar los hechos que alega, solicita al juez el decreto de una prueba relevante para resolver el problema jurídico sometido a consideración, y ésta fue negada; ello sin desconocer la facultad del juez ordinario de negar pruebas que no atiendan los requisitos de conducencia, pertinencia e idoneidad. Así las cosas, es importante considerar que no toda negativa a un decreto de pruebas abre la posibilidad a la configuración del defecto, ya que éste procederá cuando se rechace el decreto y práctica de la prueba que, solicitada oportunamente, no cumpla con los parámetros arriba señalados.</p> <p>De esta manera, se requiere:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Que la parte identifique el elemento probatorio que solicitób) Que la parte demuestre que lo solicitó en oportunidad legalc) Se expongan las razones por la cuales la prueba solicitada era conducente, pertinente o idónea.d) Señalar de manera razonada la razón por la cual, de haberse decretado la prueba, el sentido de la decisión hubiere sido otro.
Desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes	<p>Se presenta cuando, obrando los elementos de convicción en el expediente, y estos resultan decisivos frente a los hechos que se pretenden probar, éstos no son tenidos en cuenta por el fallador ordinario. En este punto, se requiere que de forma específica, se concrete en el escrito de amparo, cuales pruebas, aportadas oportuna y legalmente, fueron desconocidas por el juez.</p> <p>Así las cosas, se configura siempre que:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Se identifiquen los elementos de prueba no valorados por el juez.b) Se demuestre que éstos fueron aportados en forma legal y oportunamente al procesoc) Señale las razones por las cuales eran relevantes para la decisiónd) Se precise, razonadamente, la incidencia de



Evento	Características
<p>Valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas</p>	<p>los mismos para variar el sentido del fallo.</p> <p>Procede cuando, a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado.</p> <p>Se requiere entonces que:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La parte precise cuál o cuáles de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez b) La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica. <p>El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural.</p>
<p>Dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso</p>	<p>Refiere al supuesto cuando el fallador de instancia decide el asunto con base en pruebas que no observaron los requisitos legales para su producción o introducción al proceso. Así las cosas, el juez no ignora la prueba ni se equivoca en su apreciación, pero yerra al haberla tenido en cuenta para decidir el problema jurídico que le fue planteado, al ser ésta una prueba que desconoce el debido proceso de las partes.</p> <p>Para su configuración corresponde:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Señalar con claridad los elementos probatorios aportados con violación al artículo 29 constitucional. b) Exponer las razones que sustentan dicha vulneración. c) Demostrar que estos elementos de convicción fueron el sustento de la decisión.

Como se ve en los elementos señalados, la parte accionante debe precisar mínimamente en su escrito el cargo que plantea, para demostrar no solo la configuración del defecto, sino también, su incidencia en la decisión judicial.



Lo anterior se suma a la exigencia de una carga argumentativa razonable para lograr la prosperidad del cargo, toda vez que, en el caso de una tutela contra una providencia judicial, están en juego valores importantes para el ordenamiento jurídico, como lo son la cosa juzgada y los derivados de los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la Constitución.”

De acuerdo a los argumentos de la demanda y la impugnación, se deduce que en este asunto se ha alegado las tipologías de defecto fáctico relativa al “*Desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes*”. Así las cosas, se comprueba que en este caso el actor identificó el elemento de prueba que se habría ignorado y demostró que el documento fue aportado de manera legal y oportuna al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, la Sección evidencia los testimonios fueron solicitados en la contestación de la demanda²⁰ y en el documento que recorrió²¹ traslado a la excepción de mérito propuesta por la parte demandada, fueron decretados en la audiencia inicial que se llevó a cabo el 12 de junio de 2013²² y fueron practicados en la audiencia de pruebas del 9 de julio del mismo año²³.

5. Análisis del caso concreto

En síntesis, la censura radica en que la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió contra el Instituto Financiero para el Desarrollo del Huila INFIHUILA, no valoró los testimonios que fueron recibidos en la audiencia de pruebas, con los que, según la parte actora, se demuestra que existieron móviles políticos o burocráticos en la decisión de reemplazar al actor por la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro.

A juicio de la Sala, la parte demandante con el anterior motivo de inconformidad pretende acreditar la configuración de un defecto fáctico por desconocimiento de acervo probatorio, para lo cual cumplió con la carga mínima que le corresponde, pues señaló qué se considera desconocido, es decir los testimonios de las señoras

²⁰ Folio 304 al 305 del expediente en préstamo.

²¹ Folio 438 del expediente ordinario.

²² Folios 447 al 452 del expediente en préstamo.

²³ Folios 490 al 499 del expediente ordinario.



Ruby Conde Gutiérrez, Satoria Chávarro Cabrera y Luz Mireya Murcia Salgado²⁴, pruebas que fueron incorporadas al expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en cumplimiento de lo establecido en el artículo 212 del C.P.A.C.A.

Ahora bien, con el objeto analizar el defecto fáctico invocado es necesario conocer el contenido de la sentencia, en particular el aparte donde la Sección Segunda, Subsección A de esta Corporación analizó las pruebas aportadas al proceso

Al respecto, encuentra la Sala que la tutelada sí analizó los testimonios recibidos en la audiencia de pruebas como se ve a continuación:

“(...)

Con base en lo precedente, el demandante alega que con la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento no se pretendió el mejoramiento del servicio sino retirar a un excelente empleado para cumplir con compromisos políticos y burocráticos.

Para probar dichas afirmaciones el demandante aportó como pruebas:

1.- Su hoja de vida, la cual contiene los soportes de los estudios realizados y de la experiencia profesional (folios 96 a 121).

2.- Actuaciones administrativas desarrolladas por la entidad demandada tales como: i) reconocimiento del quinquenio; ii) aporte de cesantías para las diferentes vigencias; iii) certificaciones laborales; iv) autorizaciones de descanso compensatorio; v) reconocimiento de vacaciones, entre otras (folios 122 a 165).

3.- Certificado de funciones del cargo profesional universitario, código 219, grado 15 expedido por el profesional universitario con funciones de talento humano (folios 88 a 91). En dicho documento se señala como propósito principal: «[...] lograr un óptimo resultado de inversiones financieras, oportunidad en el pago de las cuentas de cobro, contratos, convenios y demás documentos legalmente presentados y autorizados, de conformidad con las políticas, planes, programas y estrategias establecidas en el Instituto [...]».

(..)

4.- Acta de visita de la Procuraduría General de la Nación al Instituto Financiero para el Desarrollo del Huila de 29 de mayo de 2012 (folios 27 y 28) en los siguientes términos:

(..)

²⁴ Folios 435 al 439 del expediente en préstamo.



5.- Resolución 095 de 24 de abril de 2012 expedida por el Gerente de la entidad demandada, por la cual se nombra a la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro en el cargo de profesional universitario, código 219, grado 15 (folio 48).

Así mismo, solicitó los siguientes testimonios, pruebas que se practicaron como consta en los CD que contienen la audiencia de pruebas que obran a folios 497 y 501 del expediente y de las cuales se extraen los siguientes apartes:

- La señora Ruby Conde Gutiérrez en su calidad de contadora del Instituto Financiero para el Desarrollo del Huila, indicó:

«[...] lo que yo sé es que a él lo sacaron a vacaciones y después le pasaron una resolución donde lo declaraban insubsistente. Como el gerente de esa época era muy cerrado en sus cosas nunca nos dijo por qué lo habían sacado. PREGUNTADO: ¿Eso significa que usted conoce o no los motivos por los cuales fue declarado insubsistente el nombramiento del cargo del señor Jorge Ernesto Rojas Montero. CONTESTADO: Yo no conozco los motivos de porque lo sacaron a él. «[...]» PREGUNTADO: ¿Usted sabe si en la prestación del servicio del señor Jorge Ernesto Rojas Montero hubo errores que el superior hiciera denotar en el ejercicio de sus funciones. CONTESTADO: Pues él si cometió errores, pero al momento de hacer la entrega lo dijo. Había consignado una suma de más a la Universidad Surcolombiana y dijo que ya lo había resuelto. Se le había consignado de más a Cerum (sic) y creo que también le devolvieron la plata. A una EPS también y también reintegraron el dinero «[...]» PREGUNTADO: Sabe Usted si el señor Jorge Ernesto Rojas Montero tiene alguna filiación política. CONTESTADO: Si, creo que es liberal. PREGUNTADO: Sabe usted que filiación política tenía o tiene el gerente de Infihuila? CONTESTADO: Conservadora. PREGUNTADO: Sabe usted si el hecho de ser de partidos políticos diferentes influyó en la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor Jorge Ernesto Rojas Montero. CONTESTADO: No sé, lo que si sé es que cuando el gerente llegó a Infihuila lo primero que hizo fue preguntar cuáles eran los cargos de libre nombramiento y remoción «[...]» PREGUNTADO: Conoce usted como fue el desempeño de Gloria Mercedes Vargas Barreiro. CONTESTADO: Pues ella era de mal genio, ella decía que no estaba acostumbrada a hacer cosas, sino a dirigir y entonces ahí le tocaba hacer de todo y no le gustaba mucho. PREGUNTADO: En cuanto a desempeñar las funciones. CONTESTADO: Ella cumplía con sus funciones, sino que le decía al gerente que tenía mucho trabajo, y el gerente modificó el manual de funciones y le quitó funciones que tenía el cargo. «[...]» PREGUNTADO: Con la llegada de Gloria Mercedes Vargas Barreiro hubo un mejoramiento ostensible del servicio público? .CONTESTADO: No se mejoró, porque como ella era una persona que no conocía los clientes, ni sabían cuáles eran las funciones del cargo. «[...]» PREGUNTADO La señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro debió apoyarse en otras personas para el ejercicio de su cargo? CONTESTADO: si hubo que nombrar a otra persona a Yulimar para que le colaborara «[...]» PREGUNTADO: Por qué usted en respuesta anterior indicó que el gerente solicitó el listado de los cargos de libre nombramiento y remoción, explique de manera



concisa en qué consistió esa solicitud. CONTESTADO: Eso me lo contó la señora Marnie, ella me dijo que el doctor lo primero que hizo fue averiguar cuáles cargos eran de libre nombramiento y remoción «[...]» PREGUNTADO: Ha manifestado usted en respuesta anterior que le nombraron una asistente a la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro en la Tesorería de la entidad demandada, manifieste usted al despacho con claridad si esta contratista llegó al Infihuala antes o después de haberse vinculado a la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro CONTESTADO: Yulimar, la contratista llegó antes porque cuando yo cogí la Tesorería yo le dije al gerente que necesitaba una persona para que me colaborara «[...]» ella fue contratada cuando Jorge Ernesto Rojas Montero salió a vacaciones, después cuando fue declarado insubsistente también y después cuando Gloria entró el contrato se prorrogó. PREGUNTADO: El servicio misional fue desmejorado con el nombramiento de la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro? CONTESTADO: Las funciones misionales no porque todo siguió igual, sino que era el genio que ella tenía se ponía brava por las cosas, pero así ella le diera mal genio, ella hacía las cosas [...]» (Subraya la sala)

- La señora Saturia Cabrera en su calidad de profesional especializada de la entidad demandada, señaló:

«[...] La estancia de Gloria Mercedes Vargas Barreiro fue traumática para el servicio, inclusive ella se enfermó y después renunció. PREGUNTADO: Sabe usted a qué partido político pertenece el señor Jorge Ernesto Rojas Montero? CONTESTADO: No estoy tan segura de la parte política, yo nunca le he parado muchas bolas a eso, yo he sido muy técnica [...] PREGUNTADO. Conoció los móviles por los cuáles el gerente del Infihuala desvinculó al señor Jorge Ernesto Rojas Montero?. CONTESTADO: Él llegó con la idea de buscar puestos y nombrar a sus amigos, lo que yo aprecié fue eso el quiso poner a un amigo pero Jorge se movió y quién terminó imponiendo la persona que se nombró la Gobernadora. PREGUNTADO: Que hechos fundamenta su respuesta anterior. CONTESTADO: Lo que uno vio, lo que uno notó, cuando a él lo sacaron iban a meter a un señor pero yo sé que Jorge fue a la Asamblea, la Gobernación, habló, expresó sus razones [...] PREGUNTADO: Sabe usted como fue el desempeño de la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro en el desempeño del cargo. CONTESTADO: Lo que pasa allá en el Infihuala es que hay un inconveniente bastante serio y es que hay una persona por cada sección. Tesorería únicamente lo manejaba el señor Jorge que le tocaba hacer todo lo de Tesorería. Gloria llegó y se complicó porque el trabajo era grande, le tocaba hacer todo, era un banco, y nunca se desenredó por más que le pusieron una auxiliar, fue traumático para el servicio del Infihuala. El desempeño no fue bueno. PREGUNTADO: Cuando dice traumático a qué se refiere. CONTESTADO: Inconvenientes con clientes en el Infihuala [...] PREGUNTADO: Cuando dice usted que hubo que nombrarle una auxiliar a que se refiere. CONTESTADO: Ahí se nombró a una niña, por prestación de servicios Yulimar para que apoyara lo de cartera, ahí nombraron una persona porque ella básicamente no alcanzaba hacer el trabajo. PREGUNTADO: Esa persona fue contratada con ocasión del nombramiento de Gloria Mercedes Vargas Barreiro o anterior. CONTESTADO: Cuando Jorge salió a vacaciones Ruby Conde que



es la persona encargada de Contabilidad y Presupuesto la encargaron en el cargo, pero a ella le quedaba muy difícil manejar contabilidad y tesorería, entonces a ella sí la contrataron para el término en que Jorge estaba de vacaciones para poder hacer el trabajo. El contrato se le terminó cuando nombraron a Gloria y ella le dijo a Yulimar que le siguiera apoyando, no sé si ella le alcanzó a pagar, ya después le hicieron el contrato para que le siguiera apoyando en la Tesorería, aún hoy tiene todavía el contrato como apoyo a contabilidad y tesorería también. PREGUNTADO: De acuerdo con el material probatorio se evidencia que Yulimar que fue la persona encargada de apoyar el área de financiera estuvo desvinculada durante un período de casi un mes, exactamente el comprendido entre el 28 de abril y el 29 de mayo,. Durante ese período siguió prestando los servicios en el Instituto, a título de qué Y quién le pagaba su labor. CONTESTADO: De verdad yo si escuché a Gloria que le siguiera colaborando. En cuanto al pago no tengo la evidencia, ni se [...] (se subraya)

- El señor Idelber Pabón López, en su calidad de profesional especializado con funciones de control interno de la entidad demandada señaló:

«[...] PREGUNTADO: Usted conoció las razones de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del cargo del señor Jorge Ernesto Rojas Montero? CONTESTADO: No, razones no tengo conocimiento de ninguna «[...]» PREGUNTADO: Qué notó usted positivo o negativo con el nombramiento de la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro. CONTESTADO: Se notó un traumatismo en la Tesorería, pero por ser una persona nueva y las dificultades se notaron por un tiempo y finalmente la señora Gloria renunció a los ocho meses, no alcanzó el año, eso es lo que tengo en la mente de la transición. PREGUNTADO Se afirma en la demanda que a Gloria Mercedes Vargas Barreiro hubo que nombrarle una ayudante. Qué sabe usted de eso? CONTESTADO: Cuando Gloria entró al Infihuila ahí estaba contratada para el área de contabilidad una auxiliar, si no estoy mal a ella se le venció el contrato y continuó en el puesto de trabajo, es decir, no se decir si fue exactamente para ella porque el contrato inicial fue para la parte auxiliar contable «[...]» PREGUNTADO: Se mantuvo el servicio? CONTESTADO: El servicio digamos se siguió prestando y por supuesto el Infihuila seguía operando, pero sí se sentía algunas fallas en la operatividad pero yo pensé que era por la transición en el cargo pero si habia unas personas que decia que un señor de Campoalegre no le habían hecho una operación rápida, que era demorado esa parte «[...]» PREGUNTADO: Conoció usted algunos errores, algunas falencias, que el señor Jorge Ernesto Rojas Montero en ejercicio de su cargo haya cometido? CONTESTADO: Pues al momento en que se hizo la entrega digamos del puesto de trabajo ya, algunos errores, por ejemplo en unos pagos que se hicieron a unas EPS, de la doctora Saturia, unos valores adicionales que dejó en el informe de auditoría, lo mismo que una parte de un convenio con la Universidad Surcolombiana que quedaron en el informe y se protocolizaron allí, unos giros adicionales, hasta esa parte me acuerdo [...]» (Se subraya)



- La señora Luz Mireya Murcia Salgado en su calidad de auxiliar administrativa con funciones de Secretaria de gerencia de la entidad demandada, indicó:

«[...] De las razones de la insubsistencia del nombramiento del señor Jorge Ernesto Rojas Montero en sí, no se cuál fue el motivo de su despedida porque no se qué razones tendría el gerente para retirarlo del cargo, lo cierto es que él lo retiro y hubo muchos problemas «[...]» PREGUNTADO: El gerente le comentó de hechos que motivaran la insubsistencia del cargo del señor Jorge Ernesto Rojas Montero, es decir, conoció usted si él había perdido confianza en la Tesorería que desempeñaba el demandante? CONTESTADO: No de igual manera el gerente que llega ahí, llega a ver cómo puede meter a sus amigos, se oían comentarios de algo que había pasado con unos pagos, pero como todo ser humano cometemos errores, pero Jorge ya había subsanado eso «[...]» PREGUNTADO: El apoyo que solicitó Gloria Mercedes Vargas Barreiro fue dado por expresa solicitud de ella o existía con anterioridad. CONTESTADO: Cuando llegó doña Gloria ya había una niña apoyando, pero tenía un contrato como de un mes, pero cuando llegó doña Gloria ya había alguien apoyando ahí en la tesorería, más que todo era en el área de contabilidad «[...]» PREGUNTADO: Sabe usted si el gerente nombró a Gloria Mercedes Vargas Barreiro por petición de la entonces gobernadora. CONTESTADO: Pues no estoy segura, pero creo que sí por petición de ella. «[...]» PREGUNTADO: Yulimar Morales Polanco a qué iba constantemente al Instituto? CONTESTADO: ella apoyaba a contabilidad y tesorería. PREGUNTADO: Y si no estaba contratada a qué iba al Instituto y qué iba a hacer allá? CONTESTADO: Yulimar tenía contrato cuando entró doña Gloria. Ella fue mucho apoyo para doña Gloria, entonces cuando doña Gloria se le acabó esta prestación de servicio le pidió el favor que ella le colaborara que ella le pagaba de su bolsillo pero que le colaborara mientras le hacían el otro contrato «[...]» (se subraya)

- El señor Ramiro Rengifo Cano, en su calidad de funcionario de Infihuila, al respecto señaló:

«[...] PREGUNTADO: Usted conoce o no los motivos por los cuales fue declarado insubsistente el nombramiento del cargo del señor Jorge Ernesto Rojas Montero. CONTESTADO: No conocí las razones de fondo de la insubsistencia de la insubsistencia «[...]» PREGUNTADO: Cómo fue el desempeño de Gloria Mercedes Vargas Barreiro en el ejercicio del cargo. CONTESTADO: A mí me parece que el desempeño durante el lapso del tiempo, me parece que le faltaba experiencia en el manejo. PREGUNTADO: Esa falta de experiencia en las funciones que generó en el Infihuila. CONTESTADO: Hubo un cambio en la parte funcional, porque de las funciones que tenía el señor Jorge Ernesto Rojas Montero fueron distribuidas en algunos funcionarios, entonces se nota que Jorge era una persona que conocía de fondo el manejo de la Tesorería. PREGUNTADO: Qué cambios tuvo con el ingreso de la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro?. CONTESTADO: Titubeaba en las respuestas y pedía colaboración en el desempeño de sus funciones. «[...]» PREGUNTADO: Usted dijo en respuesta anterior que se había desmejorado el servicio cuando salió Jorge Rojas Montero, díganos a



qué hechos atribuye esa situación teniendo en cuenta que su reemplazante es una profesional en administración? CONTESTADO: A mí me parece que a la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro le hacía falta un poquito de experiencia en el manejo de la parte financiera [...]» (se subraya)

- Yulimar Morales Polanco, contadora pública, en calidad de contratista del Instituto Financiero para el Desarrollo del Huila, indicó:

«[...] PREGUNTADO: Cuando se refiere que es contratista a qué se refiere concretamente? CONTESTADO: Contratista por prestación de servicios profesionales, apoyo el área de contabilidad, tesorería y presupuesto «[...]» lo que conozco es que el gerente anterior de Infihuilá lo destituyó y ya, las razones, él las sabrá «[...]» PREGUNTADO Cuando fue vinculada a Infihuilá y bajo qué modalidad. CONTESTADO: El año anterior yo ingresé a Infihuilá el 22 de marzo mediante contrato de apoyo a la gestión hasta el 30 de abril, después me hicieron otro contrato el 29 de mayo hasta el 30 de junio, también contrato de apoyo a la gestión. De ahí me hicieron otro contrato a partir del 1.º de agosto al 31 de diciembre y este año estoy vinculada con contrato de servicios profesionales hasta el 31 de diciembre. Preguntado: Entre el 1.º y el 29 de mayo usted estuvo prestando algún servicio en el Infihuilá?. CONTESTADO: No señor, lo que sí era es que la tesorera entrante ella me llamaba a pedir alguna explicación de algo que ella no entendiera pues yo muy amablemente iba y se lo explicaba si yo tenía ese conocimiento. PREGUNTADO: Ella por qué la llamaba a usted?. CONTESTADO: Pues porque a ella no le hicieron una entrega formal del cargo, a ella le hicieron entrega documental, pero no le explicaron las funciones y eso, entonces ella al posesionarse ella, yo no era contratista entonces me pedía algún concepto de mis conocimientos estaba lo que ella iba a realizar o no. PREGUNTADO: Usted fue vinculada desde el mes de abril de año anterior, por qué razón?. CONTESTADO: Yo entré el 22 de marzo para apoyar a la contadora que ella estaba encargada de tesorería ya que el doctor Jorge Rojas salía de vacaciones. PREGUNTADO: la doctora Gloria Mercedes Vargas Barreiro le reconoció o pagó alguna remuneración por la colaboración que usted le brindó?. CONTESTADO: No señor. PREGUNTADO Usted siempre ha sido contratada por el Infihuilá?. CONTESTADO: Los contratos que he tenido son directamente con el Infihuilá. «[...]» PREGUNTADO: Manifieste al despacho en qué estado encontró el desarrollo de las obligaciones cuando las realizó el señor Jorge Ernesto Rojas Montero?. CONTESTADO: Pues la verdad la cartera si se encontraba un poco atrofiada debido a que les preguntaron a los de sistemas y decían que como el señor Jorge tenía especialidad en finanzas, él hacía el cálculo de los intereses manualmente, entonces nos tocó hacer la normalización de la cartera «[...]» los soportes de los pagos no coincidían con los pagos que se habían hecho PREGUNTADO: «[...]» Quién autorizaba esos pagos?. CONTESTADO: Como son pagos de un convenio se dice que es función del tesorero quien debe revisar los soportes de las cuentas, realizar las liquidaciones para el pago, porque este ya viene autorizado por la Gobernación. PREGUNTADO: Teniendo en cuenta las actividades y obligaciones que tiene que realizar el tesorero del Infihuilá, esto debería recaer en una persona de extrema confianza del gerente?. CONTESTADO: De



acuerdo a las obligaciones sí, porque es el manejo de los recursos de la entidad, eso tiene que ser de una persona de confianza, porque al fin y al cabo el gerente es el representante legal de la entidad y sobre él recae el peso de la ley si se hace algo indebido. «[...]»
PREGUNTADO: En el acta que consagró la visita de la Procuraduría quedó expresamente consagrado y ahí aparece su firma de la manifestación expresa que usted trabajaba para la firma Moyano software para ese día porque razón se contradice con lo que acaba de manifestar?. **CONTESTADO:** Ese día yo no dije que trabajara para la firma Moyano software, de pronto que hayan escrito así pero yo no dije ese día que yo trabajara para esa firma. Yo dije que la muchacha de Moyano software me pidió una información, la cual yo se la estaba brindando, pero yo nunca dije que estaba trabajando con ella «[...]» (se subraya)

(...)

- El señor Jorge Ernesto Rojas Montero no probó el desmejoramiento del servicio.

En primer lugar, se observa que los testigos coinciden en manifestar que durante la gestión en el cargo de tesorero, el demandante cometió errores que incluyen dobles pagos, pagos en exceso y errores que implicaron un detrimento patrimonial de la entidad demandada.

Corroborar lo anterior, la auditoría externa realizada a la entidad demandada y el oficio de control interno de gestión que dan fe de esta situación y a pesar que estos documentos se produjeron con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante, lo cierto es que demuestran falencias en la prestación del servicio, sin que estos mismos errores se hubieran presentado en el período en que la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro ejerció sus funciones como tesorera en la entidad demandada.

Así mismo, a pesar de que los testigos señalaron que con el nombramiento de la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro se generó un traumatismo, sin embargo, según sus declaraciones esto se generó por la transición en el cargo, toda vez que el demandante no realizó la entrega formal del mismo. Lo anterior, se corrobora con el oficio dirigido por la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro al gerente de la entidad demandada de fecha 26 de mayo de 2012 en donde da cuenta de esta situación.

Cabe señalar, que los testigos coinciden en indicar que la prestación del servicio del área de tesorería se realizó en forma continua y que no se presentaron cambios en las funciones misionales de la entidad, lo que se produjo fue un cambio en la operatividad, sin embargo, la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro desarrollaba sus funciones.

(...)

- Por tanto, de las pruebas aportadas se colige que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante en el cargo de profesional universitario, código 219, grado 15 con funciones de tesorero fue producto de la facultad discrecional con que contaba el gerente del Instituto Financiero para el Desarrollo Territorial, por ser un cargo de libre



nombramiento y remoción.

Adicionalmente porque las funciones desempeñadas por el demandante implicaban un grado de confianza para la ejecución de las políticas de la entidad demandada toda vez que era la persona que maneja el presupuesto de la entidad y en esa medida se encuentra razonada.

En conclusión: El demandante no probó que la decisión discrecional de insubsistencia de su nombramiento en el cargo de libre nombramiento y remoción denominado profesional universitario, código 219, grado 15 con funciones de tesorero del Instituto Financiero para el Desarrollo del Huila tuvo origen en móviles políticos y burocráticos y, no en el mejoramiento del servicio, toda vez que no basta con las simples afirmaciones, se deben aportar al proceso o practicar las pruebas para demostrar dicha situación.”²⁵ Subrayado del original.

En lo que se refiere a la segunda censura, que está sustentada en que el reemplazo no cumplía con los requisitos del cargo, en la sentencia se argumentó lo siguiente: *“A pesar que el demandante aportó su hoja de vida y que de la misma se concluye que cuenta con una alta preparación académica y que no posee sanciones penales y disciplinarias, ni llamados de atención en el ejercicio del cargo, esta Corporación, ha señalado, que este sólo hecho por sí no otorga estabilidad, toda vez que son atributos que deben observar todos los servidores del Estado. || Además, no probó que Gloria Mercedes Vargas Barreiro, nombrada en su reemplazo no cumpliera con los requisitos para el desempeño del cargo.”*

Enseguida el fallo plateó lo siguiente: *“El señor Jorge Ernesto Rojas Montero no probó el desmejoramiento del servicio. || En primer lugar, se observa que los testigos coinciden en manifestar que durante la gestión en el cargo de tesorero, el demandante cometió errores que incluyen dobles pagos, pagos en exceso y errores que implicaron un detrimento patrimonial de la entidad demandada.”*

Para soportar esa afirmación hizo referencia nuevamente a los testimonios y a la auditoría externa realizada a la entidad. Además, se refirió al comportamiento de la prestación del servicio en la entidad de la siguiente manera: *“Cabe señalar, que los testigos coinciden en indicar que la prestación del servicio del área de tesorería se realizó en forma continua y que no se presentaron cambios en las funciones misionales de la entidad, lo que se*

²⁵ Folio 694 al 706 del expediente en préstamo.



produjo fue un cambio en la operatividad, sin embargo, la señora Gloria Mercedes Vargas Barreiro desarrollaba sus funciones”.

Conocido el contenido de la sentencia, advierte la Sala que el defecto fáctico no se configura en el caso que nos ocupa, pues como se observó la autoridad judicial acciona sí valoró los testimonios solicitados por las partes del proceso ordinario, en especial los de las señoras Ruby Conde Gutiérrez, Satoria Chávarro Cabrera y Luz Mireya Murcia Salgado, solo que los mismos no le permitieron a la conclusión que la declaratoria de insubsistencia se dio por motivos políticos o burocráticos.

Así las cosas, resulta evidente para la Sala que la actividad intelectual que realiza el fallador en materia de apreciación y valoración de pruebas, hace parte de la autonomía e independencia de la que gozan los jueces de la república y, por lo mismo, ni las partes y mucho menos el juez constitucional, puede imponer a toda costa su criterio, interpretación y lógica sobre la del natural, como si se tratara de un juez superior e infalible y con ello, sustituir de manera arbitraria el juicio valorativo de aquel.

Por lo anterior, al no configurarse el defecto alegado por el accionante se confirmará la sentencia del 13 de diciembre 2017 proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación en la que se negó el amparo deprecado.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 13 de diciembre de 2017, dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación, que negó las pretensiones de la acción de tutela presentada por el señor **JORGE ERNESTO ROJAS MONTERO**, por las razones expuestas en esta providencia

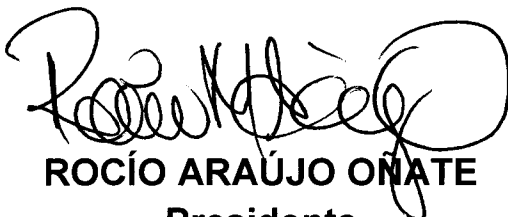
SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.



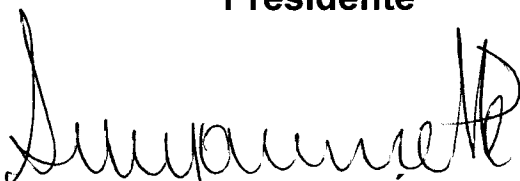
TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: Devuélvase el expediente ordinario allegado en calidad de préstamo al despacho judicial de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ROCÍO ARAÚJO ONATE
Presidente



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero



ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

