

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 76001-23-31-000-2011-01138-01 (4852-14)
Demandante: Claudia Cardona Campo
Demandado: Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca
Tema: Declaratoria insubsistencia tácita

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala del recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 19 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

La señora Claudia Cardona Campo, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹ consagrada en el artículo 85 del CCA, en contra de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución 0100 3230-0057 del 18 de enero de 2007, expedida por el director de esa misma entidad, mediante el cual «...se confiere una comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción».

A título de restablecimiento del derecho pidió ordenar a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca reintegrarla a un cargo de igual o superior categoría con retroactividad desde el 21 de febrero de 2011; condenar al pago de los salarios, primas, prestaciones sociales y demás

¹ Folios 60 a 86

emolumentos dejados de percibir desde el momento de su retiro y hasta su reintegro; ordenar el pago de los gastos médicos, odontológicos, quirúrgicos y hospitalarios, medicinas y exámenes de laboratorio en que haya incurrido durante su desvinculación, así como las cotizaciones de salud y pensiones causadas en el mismo periodo; condenar al equivalente de 300 smmlv en razón de perjuicios morales; disponer que todas estas sumas se indexen conforme al IPC según lo previsto en el artículo 178 del CCA; y ordenar que se dé cumplimiento a la sentencia como lo prevén los artículos 176 y 177 del CCA.

1.1.2. Hechos

Como hechos que le sirven de fundamento a la causa pretendida expone los siguientes:

Se vinculó a la entidad demandada el 3 de febrero de 2004 como subdirectora administrativa, en virtud de la Resolución DG 032 del 2 de febrero de 2004.

Luego de un proceso de reestructuración, fue incorporada mediante Resolución DG 499 del 22 de julio de 2005 como directora administrativa de la planta de personal establecida por Acuerdo CD 021 del 25 de mayo de 2005 emanado del Consejo Directivo de la entidad.

Posteriormente, fue encargada del cargo de secretaria general por medio de Resolución 0100 320-0134 del 25 de marzo de 2009, el cual se convirtió luego en nombramiento ordinario conforme a la Resolución 0100 0320-0338 del 16 de junio de 2009.

En agosto de 2010, en virtud de la destitución del gobernador Juan Carlos Abadía Campo, fue designado en su reemplazo Francisco José Lourido Muñoz, quien conforme a los estatutos de la Corporación es el presidente del Consejo Directivo. Así, con el advenimiento del periodo invernal denominado «fenómeno de la niña» el presidente de la República decretó la emergencia económica, social y ecológica a través del Decreto 020 de 2011 y, por considerar que había responsabilidad de las Corporaciones Autónomas

Regionales, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 141 del 21 de enero de 2011 que modificó algunos artículos de la Ley 99 de 1993, entre ellos el 26 sobre composición de los consejos directivos de estas entidades «llegando así nuevos integrantes al consejo directivo quienes junto con el recién designado Gobernador procedieron a presionar a la Gerencia para obtener cuotas burocráticas en la Corporación».²

A finales de enero de 2011 se dio inicio a una campaña de desprestigio contra las directivas de la CVC, acusándolas de politiqueras «con el único fin de justificar la salida de aquellos funcionarios que ocupaban puestos directivos...»,³ en virtud de lo cual la directora, en la primera reunión del nuevo consejo directivo, expidió 10 resoluciones en las que retiró del servicio a servidores públicos que formaban parte del «staff» de la CVC, entre ellos a Claudia Cardona Campo, a quien se le entregó copia de la Resolución 0100 320.057 mediante la cual se le declaró insubsistente en forma tácita al nombrar en su reemplazo al señor Rodrigo Mercado Sánchez, quien no cumplía con los requisitos exigidos para el cargo.

Este retiro tuvo evidentes connotaciones políticas, como quiera que la señora Cardona Campo era prima del saliente gobernador del Valle del Cauca, Juan Carlos Abadía, como se observa en una entrevista efectuada en el diario El País el 27 de febrero de 2011 y que originó, incluso, que la nueva directora general declarara también insubsistente el nombramiento de 3 de los nuevos directivos que ella había nombrado, entre ellos a Rodrigo Mercado, reemplazo de la demandante, quien a su vez fue sustituido por Pedro Nel Montoya mediante Resolución 0100 320-0111 del 4 de marzo de 2011.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-216/11 declaró inexecutable el referido Decreto 020 del 7 de enero de 2011 por el cual el Gobierno Nacional decretó la emergencia económica, social y ecológica en el país, y que sirvió de fundamento para expedir el Decreto 141 de 2011 que modificó la composición de los consejos directivos de las CAR, «dejándolo sin piso jurídico hecho que nuevamente le mereció unos comentarios al gobernador designado Francisco José Lourido Muñoz presidente del consejo directivo de

² Folio 70

³ Folio 71

la CVC, como el expresado a través del periódico El País publicado el 31 de marzo de 2011...». ⁴

Todo lo anterior demuestra en forma objetiva que la directora general de la entidad, María Jazmín Osorio, al expedir el acto acusado obró por presiones políticas, es decir, por motivos diferentes al buen servicio, incurriendo así en la causal de anulación de desviación de poder.

Los señalamientos del señor Francisco José Lourido Muñoz en su doble condición de gobernador y presidente del consejo directivo de la CVC le han generado a la señora Cardona Campo unos perjuicios morales que deben ser reparados a través de una indemnización.

1.1.3 Disposiciones violadas y concepto de la violación

Estima como violados los artículos 1.º, 2.º, 21, 25, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; y 2.º, 3.º, 36, 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo.

Sostuvo que con su desvinculación se violaron las referidas normas superiores, que establecen el respeto a la dignidad humana y los derechos al trabajo, a la prevalencia del interés general y a la honra, ya que, de un lado, el gobernador en declaraciones efectuadas a los diferentes medios de comunicación trató de politiqueros y poco técnicos a quienes desempeñaban cargos directivos en la entidad, y presionó junto con los miembros del consejo directivo a la directora María Jazmín Osorio para que declarara insubsistente al «staff» de la entidad con el único fin de acceder a esas cuotas burocráticas, y, de otro, la propia directora cedió a dichas presiones para retirarla del servicio, a pesar de que se trataba de una funcionaria eficiente y responsable y de que para ello se efectuó una campaña de desprestigio contra su buen nombre.

Adujo que tales determinaciones generaron varios comentarios en los medios de comunicación por parte del gobernador y presidente del consejo directivo, Francisco José Lourido Muñoz, lo cual desembocó en que la

⁴ Folio 72

directora «a pesar de haberles cumplido... con las cuotas burocráticas, en un claro enfrentamiento...»,⁵ también se declarara la insubsistencia de los recién posesionados, entre ellos el ingeniero Rodrigo Mercado Sánchez, quien fue reemplazado por alguien que tampoco reunía requisitos, como lo fue el biólogo Pedro Nel Montoya, acto administrativo que luego fue derogado.

Expresó que el artículo 36 del CCA dispone que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirvieron de causa, y el artículo 209 de la Constitución Política establece que la función administrativa se debe desarrollar con fundamento en los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, por lo que en un Estado Social de Derecho no existen potestades discrecionales omnímodas o ilimitadas, ya que éstas siempre deben enmarcarse en dichos principios, cuestión que no ocurrió en este caso, como quiera que la directora de la entidad obró haciendo uso de su atribución legal pero con motivaciones diferentes al buen servicio público, lo cual es configurativo de una desviación de poder.

Añadió que otro indicio del actuar desviado de la directora es el hecho de que se nombró en su reemplazo a Rodrigo Mercado Sánchez por solo 15 días, el cual también fue sustituido por el funcionario Pedro Nel Montoya Montoya, cuyo nombramiento fue derogado y, solo 2 meses y medio después, se designó al abogado James Antonio López Arango, por medio de Resolución 0100 0320-0301 del 6 de mayo de 2011. Apoyó su dicho en los precedentes jurisprudenciales del 8 de julio de 2004, consejero ponente Alberto Arango Mantilla y del 13 de octubre de 2005, consejero ponente Jesús María Lemos Bustamante.

Indicó que ni el ingeniero Mercado Sánchez ni el biólogo Montoya Montoya cumplían con los requisitos para el cargo exigidos en el manual contenido en la Resolución 0100 0084 de 2007, pues el primero de ellos no tenía experiencia en las áreas relacionadas con las funciones del empleo y, en el

⁵ Folio 74

caso del segundo, el título no estaba dentro de los consagrados para ocuparlo. Sustentó esta afirmación en la sentencia del 21 de marzo de 2002, consejera ponente Ana Margarita Olaya Forero.

Finalmente, argumentó que la jurisprudencia ha sido enfática en definir que cuando existen despidos masivos de servidores públicos, la carga de la prueba se invierte y debe ser la entidad demandada a la que le corresponde demostrar las razones del servicio que la llevaron a adoptar tales decisiones.

1.1.4. Contestación de la demanda.

El apoderado de la entidad demandada contestó la demanda⁶ con fundamento en que la actora ejercía el cargo de secretaria general, nivel directivo, grado 22, por lo que era de libre nombramiento y remoción perteneciente al más cercano círculo de funcionarios del director, es decir, que ostentaba un empleo que gozaba de la más alta confianza institucional.

Señaló que de conformidad con la Ley 909 de 2004, adicionada por la Ley 1093 de 2006, en la administración pública existen cargos de libre nombramiento y remoción que, como tales, se sustraen del concepto de carrera administrativa, y por ello resulta «perfectamente legítimo y ajustado a la ley que un director conforme el equipo de trabajo con el personal que considere idóneo y de su confianza para diseñar y ejecutar las políticas institucionales que considere pertinentes».⁷

Esgrimió que no existe ningún reproche frente a la hoja de vida de la demandante, pero ello no le otorga fuero de estabilidad o de inamovilidad; además, porque el ejercicio de la facultad discrecional legalmente conferida al nominador no puede ser catalogada como politiquera, ya que de ser así se podría llegar a pensar que «el nombramiento de la demandante habría obedecido a las mismas razones...».⁸

⁶ Folios 182 a 186

⁷ Folio 183

⁸ Folio 184

Arguyó que las pretensiones adolecen de soporte legal y probatorio, ya que atienden a una interpretación subjetiva del acto acusado; y que la dirección general obró en ejercicio pleno de sus facultades, preservando el interés general establecido en la Constitución y la ley.

1.2 La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante sentencia del 19 de mayo de 2014 accedió a las pretensiones de la demandante⁹ y ordenó, a título de restablecimiento del derecho, su reintegro a la entidad sin solución de continuidad en un cargo igual o de superior jerarquía, así como el pago de salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el 18 de febrero de 2011 y hasta que se le vincule nuevamente, debidamente indexados.

En primer lugar, señaló que no prospera la excepción de caducidad propuesta, por cuanto el acto acusado fue comunicado el 21 de febrero de 2011, mientras la solicitud de conciliación fue presentada el 17 de junio de ese mismo año, y como quiera que la audiencia se llevó a cabo el 25 de julio siguiente, la demanda formulada el 28 de julio de 2011 se presentó dentro del término de 4 meses previsto en el artículo 136 del CCA. En cuanto a las excepciones compensación, caducidad, prescripción, inexistencia del derecho, legalidad del acto acusado, pago e innominada, adujo que no constituyen verdaderos medios exceptivos por cuanto hacen parte del fondo del estudio del asunto.

En segundo lugar, en referencia al mérito del caso, expresó el *a quo* que la demanda se erige en dos ejes que son básicamente la desviación de poder en la expedición del acto acusado mediante el cual se declaró insubsistente en forma tácita el nombramiento de la actora y la falta de requisitos de quien la reemplazó. Adujo que de conformidad con el material probatorio allegado y practicado en el expediente no se encuentra prueba directa que demuestre que el gobernador presionó a la directora de la CVC para que retirara a los cargos directivos de la entidad, pero que esta circunstancia sí se logra acreditar con fundamento en indicios, como son las fechas en las que se

⁹ Folios 272 a 298

declararon las insubsistencias tácitas de un grupo de empleados que venían ocupando cargos directivos, como son: Claudia Cardona Campo, Efraín Quiñonez Bedoya, Sonia Londoño Gallo y Claudia Janeth Sandoval Piñeros el 18 de febrero de 2011; Henry Jhamarilk Cabezas Díaz, Juan Carlos Rengifo Arboleda, Julián Gerardo Benítez Sepúlveda y Henry Peláez Cifuentes, el 21 de febrero de 2011; Diego Fernando Perea Bermúdez y Rigoberto Gil González, el 28 de febrero de 2011; y Rodrigo Mercado Sánchez, el 4 de marzo y luego el 6 de mayo de 2011, de los cuales se desprende que la directora de la CVC procedió a declarar insubsistente el nombramiento de 10 empleados en lo corrido de la segunda mitad de febrero de 2011, 9 de ellos del nivel directivo y 1 de asesor, lo que deja entrever un despido masivo.

Añadió que los testimonios recaudados fueron contestes en afirmar que la directora se vio sometida a presiones políticas del gobernador del Valle, dichos éstos que no pueden ser tomados como un recuento subjetivo de lo ocurrido sino que, por el contrario, son coherentes con el restante acervo probatorio, y con el contexto fáctico del caso en estudio.

Adujo que, respecto del cargo de secretario general que venía ocupando la demandante, se realizaron 3 nombramientos diferentes en un tiempo inferior a 3 meses, lo cual evidencia que no existía vocación de permanencia en ese empleo y que «no existía un verdadero plan de trabajo que en aras de mejorar el servicio hubiera hecho necesaria y justificada la desvinculación, como lo considera la Corporación Autónoma Regional del Valle, lo que a su vez encierra una pésima planeación de la Directora en lo que iba a ser su planta de colaboradores cercanos; y que la facultad discrecional otorgada por la ley para retirar del servicio a un empleado cuyos(sic) cargo era, como en este caso, de libre nombramiento y remoción, simplemente era una justificación de paso para disimular ese uso indebido de la potestad discrecional que atendió a fines diferentes a los del buen servicio, pues lo que se tenía era más bien un afán obstinado e injustificado de desvincular a la actora».¹⁰

¹⁰ Folio 295

Precisó que la facultad discrecional del nominador para desvincular funcionarios de libre nombramiento y remoción no puede servir de excusa para tomar medidas arbitrarias o de carácter político, ni mucho menos tiene poder absoluto para ejercerla; además, no se vislumbra proporcionalidad o razonabilidad alguna ni mejoramiento del servicio, o que la decisión haya atendido razones de conveniencia institucional, por el contrario, todas las pruebas traducen una desviación de poder que desvirtúa la presunción de legalidad del acto acusado y deja sin piso el argumento de la entidad de que actuó en aras del buen servicio público.

1.3. El recurso de apelación

El apoderado de la parte demandada solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda¹¹ con fundamento en los siguientes argumentos:

El tribunal acepta que no tuvo ninguna prueba directa que le diera certeza de la desviación de poder, y aun así desvirtúa la presunción de legalidad con base en un indicio consistente en que se declararon insubsistentes varios nombramientos en fechas más o menos concomitantes, es decir, que creó una nueva figura como es la del «despido colectivo», que existe pero en el derecho laboral privado, no en el derecho administrativo.

No es válido que el *a quo* sugiera que debe ser la administración quien demuestre el mejoramiento del servicio, pues este deber recae en la demandante, a quien le corresponde acreditar que el servicio se deterioró con su retiro, pruebas de las cuales carece el proceso.

El segundo «indicio» consistió en que quien reemplazó a la actora duró poco tiempo en el cargo, lo cual resulta ser un argumento débil, ya que, de un lado, es claro que el ingeniero Mercado Sánchez reunía con creces los requisitos para ejercerlo y, de otro, que no existe una norma o una regla que defina puntualmente cuanto debe durar una persona en un empleo. El *a quo* no tuvo en cuenta las prerrogativas legales del nominador para declarar la

¹¹ Folios 305 a 313

insubsistencia de los nombramientos de los cargos de libre nombramiento y remoción, decisión que, en este caso, no tuvo fin distinto al mejoramiento del servicio.

Sustentar la desviación de poder en estos indicios anula por completo la facultad discrecional y la restringe hasta hacerla nugatoria, pues la directora de la entidad debe administrar la institución bajo su responsabilidad. Además, en gracia de discusión, de existir una persecución política, esta sería atribuible al gobernador y no a la directora, que es quien nombra y separa del cargo en dicha entidad.

El cargo de secretaria general es de la más alta responsabilidad y sobre este pesan altísimos compromisos, de manera que el nominador debe tener la posibilidad jurídica de suplirlo discrecionalmente en el momento que crea oportuno «pues se trata de una facultad paralela a las obligaciones que se le imponen, de administrar eficientemente el servicio público al que está obligado»¹²

No existe coherencia en la decisión adoptada en primera instancia, pues habla de que existió una medida de carácter arbitrario y una persecución política, pero no demuestra nada de ello, y solo alude como fuente probatoria a un comentario periodístico que no concluye nada diferente a que existieron algunos cambios de funcionarios en la entidad. Además, los testimonios rendidos en el proceso fueron de personas que también se desvincularon para la misma época, quienes arguyen haber sufrido persecución del entonces gobernador del Valle del Cauca, pero no por parte de la directora, que es la nominadora y quien expidió el acto acusado.

1.4. Alegatos de conclusión

Ambas partes alegaron de conclusión¹³ y reiteraron los argumentos expuestos en las respectivas oportunidades procesales.

¹² Folio 308

¹³ Folios 346-364

1.5. Concepto del Ministerio Público

La procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el cual solicitó que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda.¹⁴

Consideró la vista fiscal que es función del director general de la CVC, de conformidad con el Acuerdo AC 03 del 26 de marzo de 2010, la de «8. Nombrar y remover al personal de la Corporación y establecer el manual específico de funciones y requisitos para el ejercicio de cargos», y dispone la Ley 909 de 2004, artículo 5.º, que el cargo de secretario general es de libre nombramiento y remoción, por lo que no existe duda de que este empleo goza de dicha naturaleza.

Arguyó que, en consecuencia, al ser de libre nombramiento y remoción, su declaratoria de insubsistencia procede de forma inmotivada y goza de presunción de legalidad, susceptible de ser desvirtuada a través del material probatorio que se presente, tendiente a demostrar que se configuró alguna de las causales de ilegalidad del acto de insubsistencia. En este punto, señaló que la actora adujo como causal de nulidad del acto acusado la desviación de poder, pues, en su sentir, su desvinculación se produjo por presiones políticas del nuevo gobernador y cumplir favores burocráticos de los miembros del consejo directivo.

Consideró que no obstante, del análisis del material probatorio allegado y practicado en el expediente no se demostró la desviación de poder alegada, pues los testimonios practicados no demostraron un móvil oculto que ponga en duda los límites discrecionales del nominador, y los recortes de periódico simplemente informaron a la opinión pública «algunos cambios administrativos, estructurales y apreciaciones subjetivas que se hacían sobre la situación que para la época atravesaba la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca por parte de los medios de comunicación del Departamento y en esas condiciones y basándose en tales recortes, no se

¹⁴ Folios 365-382

puede afirmar que con la declaratoria de insubsistencia se haya desbordado la facultad discrecional de la directora de la Corporación».

Adicionalmente, señaló el ministerio público que los nombramientos que efectuó la directora en esa época eran todos antiguos en la entidad y se encontraban inscritos en carrera administrativa, por lo que no se puede concluir que eran amigos del gobernador o que los retirados pertenecían al grupo político contrario.

Adujo que si bien es cierto hubo varios cambios y movimientos de funcionarios directivos de la entidad en un corto tiempo, este hecho muestra precisamente que la salida de la demandante no fue por una persecución política en su contra sino que en virtud de la oleada invernal que hubo en los años 2010-2011 en el país se presentó la necesidad de efectuar algunos cambios estructurales y de dirección en la entidad cuya función natural era la de administrar todo lo relacionado con temas de medio ambiente.

Señaló que algunos de los testigos que declararon en el proceso carecían de objetividad e imparcialidad en cuanto también fueron desvinculados en esa misma época y el del señor Rodrigo Mercado, persona que reemplazó a la actora, se encauzó a demostrar su trayectoria profesional y académica en la entidad.

En consecuencia, consideró que no fue desvirtuada la presunción de legalidad que amparaba al acto acusado.

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el acto administrativo acusado, por el cual se declara la insubsistencia tácita del nombramiento de la señora Claudia Cardona Campo como secretaria general, nivel directivo, grado 22, en la Corporación Autónoma del Valle del Cauca, está afectado de desviación de poder.

2.2. Marco normativo

El artículo 125 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.
(...)

Parágrafo (adicionado por el artículo 6 del acto legislativo N° 1 de 2003). Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

A su turno, el artículo 1.º de la Ley 909 de 2004 clasifica los empleos públicos de la siguiente forma:

Artículo 1.º. Objeto de la ley.
(...)

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

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

Y el artículo 5.º *ibidem*, preceptúa:

Artículo 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

(...)

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así...

(...)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así...

En estas condiciones fuerza concluir que el cargo de secretario general de la CVC que desempeñaba la actora era de libre nombramiento y remoción.

2.3. Hechos probados

Por medio de la Resolución 032 del 2 de febrero de 2004, el director general de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca nombró a la señora Claudia Cardona Campo como subdirectora administrativa, nivel directivo, grado 19,¹⁵ cargo del cual se posesionó el 3 de febrero siguiente.¹⁶

Mediante la Resolución 499 del 22 de julio de 2005 se incorporó a la planta de personal de la CVC a unos «empleados que vienen prestando sus servicios en cargos de libre nombramiento y remoción», entre ellos a Claudia Cardona Campo, como directora administrativa grado 22 código 0100,¹⁷ cargo del cual tomó posesión el 25 de julio siguiente.¹⁸

Por Resolución 0100 0320-0355 del 7 de julio de 2008 expedido por la CVC se encargó a la actora como director operativo, nivel directivo, grado 22 de la dirección de gestión ambiental.¹⁹

Por medio de Resolución 0100 0320-0134 del 25 de marzo de 2009 expedido por la directora general de la CVC se encargó a la demandante como secretaria general, nivel directivo, grado 22.²⁰

Mediante Resolución 0100 0320-0338 del 16 de junio de 2009 la directora general de la CVC nombró en forma definitiva a la señora Cardona Campo en el empleo de secretaria general,²¹ del cual tomó posesión en la misma fecha.²²

Por medio de la Resolución 0100 320-0057 del 18 de febrero de 2011 la

¹⁵ Folio 10

¹⁶ Folio 11

¹⁷ Folios 12 y 13

¹⁸ Folio 14

¹⁹ Folio 15

²⁰ Folio 16

²¹ Folio 17

²² Folio 18

directora general de la CVC nombró al ingeniero Rodrigo Mercado Sánchez «quien se encuentra inscrito en el escalafón de carrera administrativa, llena requisitos y obtuvo una calificación de servicios en el periodo de febrero 1 de 2009 y enero 31 de 2010 nivel sobresaliente» para desempeñar el cargo de secretario general, nivel directivo, grado 22, en reemplazo de la señora Claudia Cardona Campo.²³

Se demostró que por la misma época de la desvinculación de la actora, se efectuaron los siguientes nombramientos y declaratorias de insubsistencia:

➤ **El 18 de febrero de 2011**

A Martha Helena Arboleda Román «quien se encuentra inscrita en el escalafón de carrera administrativa, llena requisitos y obtuvo una calificación de servicios en el periodo de febrero 1 de 2009 y enero 31 de 2010 nivel sobresaliente, para desempeñar el empleo de directora financiera, nivel directivo, grado 22, de la dirección financiera», en reemplazo de Efraín Quiñónez Bedoya.²⁴

A Mayda Pilar Vanín Montaña «quien se encuentra inscrita en el escalafón de carrera administrativa, llena requisitos y obtuvo una calificación de servicios en el periodo de febrero 1 de 2009 y enero 31 de 2010 nivel sobresaliente, para desempeñar el empleo de jefe de oficina asesora jurídica, nivel asesor, grado 15, de la oficina asesora jurídica», en reemplazo de Sonia Londoño Gallo.²⁵

A Isabel Cristina Caicedo Vallejo «quien se encuentra inscrita en el escalafón de carrera administrativa, llena requisitos y obtuvo una calificación de servicios en el periodo de febrero 1 de 2009 y enero 31 de 2010 nivel sobresaliente, para desempeñar el empleo de directora administrativa, nivel directivo, grado 22, de la dirección administrativa», en reemplazo de Claudia

²³ Folio 2

²⁴ Resolución 0100 320-0055 del 18 de febrero de 2011, folio 46

²⁵ Resolución 0100 320-0056 del 18 de febrero de 2011, folio 47

Janneth Sandoval Piñeros.²⁶

➤ **El 21 de febrero de 2011**

Se declaró insubsistente el nombramiento ordinario de Henry Jhamarilk Cabezas Díaz como asesor, grado 16, de la dirección general de la CVC.²⁷

Se nombró a María Cristina Collazos Chávez «quien se encuentra inscrito(sic) en el escalafón de carrera administrativa, llena requisitos y obtuvo una calificación de servicios en el periodo de febrero 1 de 2009 y enero 31 de 2010 nivel sobresaliente, para desempeñar el empleo de directora operativa, nivel directivo, grado 22, de la dirección de gestión ambiental», en reemplazo de Juan Carlos Rengifo Arboleda.²⁸

Se nombró a María Clemencia Sandoval García «quien se encuentra inscrita en el escalafón de carrera administrativa, llena requisitos y obtuvo una calificación de servicios en el periodo de febrero 1 de 2009 y enero 31 de 2010 nivel sobresaliente, para desempeñar el empleo de directora técnica, nivel directivo, grado 22, de la dirección técnica ambiental», en reemplazo de Julián Gerardo Benítez Sepúlveda.²⁹

Se nombró a María Elena Salazar Prado «quien se encuentra inscrita en el escalafón de carrera administrativa, llena requisitos y obtuvo una calificación de servicios en el periodo de febrero 1 de 2009 y enero 31 de 2010 nivel sobresaliente, para desempeñar el empleo de directora técnica, nivel directivo, grado 22, de la dirección de planeación», en reemplazo de Henry Peláez Cifuentes.³⁰

➤ **El 28 de febrero de 2011**

Se nombró a José Guillermo López Giraldo «quien se encuentra inscrito en el escalafón de carrera administrativa, llena requisitos y obtuvo una calificación

²⁶ Resolución 0100 320-0058 del 18 de febrero de 2011, folio 48

²⁷ Resolución 0100 0320-0064 del 21 de febrero de 2011, folio 49

²⁸ Resolución 0100 0320-0065 del 21 de febrero de 2011, folio 50

²⁹ Resolución 0100 0320-0066 del 21 de febrero de 2011, folio 51

³⁰ Resolución 0100 320-0067 del 21 de febrero de 2011, folio 52

de servicios en el periodo de febrero 1 de 2009 y enero 31 de 2010 nivel sobresaliente, para desempeñar el empleo de director territorial, nivel directivo, grado 18, de la dirección ambiental región norte», en reemplazo de Diego Fernando Perea Bermúdez.³¹

Se nombró a Gloria Patricia López Espinosa «quien se encuentra inscrita en el escalafón de carrera administrativa, llena requisitos y obtuvo una calificación de servicios en el periodo de febrero 1 de 2009 y enero 31 de 2010 nivel sobresaliente, para desempeñar el empleo de director territorial, nivel directivo, grado 18, de la dirección ambiental centro sur», en reemplazo de Rigoberto Gil González.³²

Así mismo, dentro de las pruebas también se acreditó que por medio de Resolución 0100 0320-0111 del 4 de marzo de 2011 la directora general de la CVC nombró a Pedro Nel Montoya Montoya como secretario general, nivel directivo, grado 22,³³ y que posteriormente nombró al señor James Antonio López Arango mediante Resolución 0100 0320-0301 del 6 de mayo de 2011.³⁴

Igualmente se allegaron extractos de artículos del diario El País de Cali del 23 de enero de 2011 «Así ahogó a la CVC la politiquería desbordada»,³⁵ «Así erosionó la peste de la politiquería a la CVC»,³⁶ «Comenzó el revolcón en la CVC»,³⁷ «Consejo de la CVC pidió suspender las contrataciones»,³⁸ «En la CVC se respira un mejor ambiente»,³⁹ «CVC: Directora desafía al Consejo Directivo»,⁴⁰ «Retorna tranquilidad a administración de CVC»⁴¹ e

³¹ Resolución 0100 0320-0083 del 28 de febrero de 2011, folio 53

³² Resolución 0100 0320-0086 del 28 de febrero de 2011, folio 54

³³ Folio 44

³⁴ Folio 45

³⁵ Folio 58

³⁶ Folio 59

³⁷ Folio 60

³⁸ Folio 61, del 19 de febrero de 2011

³⁹ Folios 62 y 63

⁴⁰ Folio 64, del 5 de marzo de 2011

«Incertidumbre en CVC por caída de reforma».⁴²

Dentro de la formación académica de la actora, se demostró que es administradora de empresas,⁴³ con especialización en finanzas,⁴⁴ en gobierno municipal⁴⁵ y en gestión de entidades territoriales,⁴⁶ y maestría en estudios políticos.⁴⁷ Así mismo, participó en diversos seminarios, talleres, simposios, actualizaciones, congresos y encuentros,⁴⁸ y acreditó que laboró como jefe de catastro en la alcaldía de San Juan Bautista de Guacarí durante el año 1992.⁴⁹

En el curso del proceso se recaudaron los siguientes testimonios:

Rigoberto Gil González,⁵⁰ quien manifestó que laboró como director regional de la CVC Buga en la época en que la señora Claudia Cardona era secretaria general de la entidad. Dentro de su exposición manifestó que debido a los problemas políticos de la época por el cambio de gobernador, se vieron perseguidos por Francisco Lourido, quien manifestaba en reuniones y en los medios de comunicación que iba a terminar con la corrupción en la entidad, por cuanto la mayoría de los funcionarios formaban parte del partido político PIN y eran unos corruptos. Que así mismo, la directora general María Jazmín Osorio les expresaba que estaba siendo presionada por el gobernador quien le pedía la cabeza de todos ellos, lo cual efectivamente ocurrió por medio de la declaratoria de insubsistencia o a través de la renuncia. Específicamente en cuanto al retiro de la actora, relató que ella se enteró de su retiro por los medios de comunicación y no directamente, y

⁴¹ Folio 66, del 8 de marzo de 2011

⁴² Folio 67, del 31 de marzo de 2011

⁴³ Folio 17

⁴⁴ Folio 20

⁴⁵ Folio 21

⁴⁶ Folio 23

⁴⁷ Folio 22

⁴⁸ Folios 24-35

⁴⁹ Folio 36

⁵⁰ Folios 210-212

agregó:

PREGUNTADO: Dígale al despacho, si lo sabe, si conoció qué personas solicitaron la desvinculación de la doctora CARDONA y cuáles fueron las razones que adujeron para ello. CONTESTÓ: Sé que la persona que más presionó fue el Gobernador para la época, el doctor FRANCISCO LOURIDO, ya que la misma Directora General y el mismo Gobernador en una reunión con todos los funcionarios manifestó que estaba pidiendo cambios y que quería acabar con la corrupción en la Corporación.

...

PREGUNTADO. Al responder una pregunta del apoderado de la parte demandante, dijo usted que le constaba que el señor Gobernador del departamento había dicho, al ser preguntado por los motivos objeto de este proceso, que iba a sacar la corrupción de la CVC. Sabe usted, realmente el motivo por el cual ella salió? CONTESTÓ: Puedo decir, para mí, que eso fue una persecución política.

...

Henry Jhamarilk Cabezas Díaz,⁵¹ quien dijo haber sufrido la misma «remoción arbitraria», siendo asesor de despacho grado 19, debido a la persecución política de que fue objeto, y que la propia directora de la entidad le dijo de manera verbal que el gobernador Francisco José Lourido estaba pidiendo «sus cabezas», lo cual ocurrió en el primer consejo directivo. Respecto del retiro de la actora, relató lo siguiente:

PREGUNTADO. Manifieste al despacho, si conoció en forma expresa la causa por la cual fue desvinculada la doctora CARDONA. CONTESTÓ: Sí, como víctima que fui de esa removida abrupta de nuestros cargos, considero sin temor a equivocarme, habida cuenta del tiempo que transcurrió entre que posesionaron al Gobernador FRANCISCO JOSÉ LOURIDO y nuestra echada de la CVC, no hubo tiempo para valorar siquiera nuestro desempeño, signo inequívoco de que solo una persecución política hizo que la Directora, por solicitud del Gobernador, nos removiera de nuestros cargos.

...

Rodrigo Mercado Sánchez,⁵² quien fue nombrado en el 2011 como secretario general (e) de la entidad y reemplazó a la actora cuando fue desvinculada. Narró que fue la directora general María Jazmín Osorio quien nombró como secretaria general a la demandante y que trabajaron juntas durante 2 años antes de ser declarado insubsistente su nombramiento, por lo que conocía su trabajo. A continuación relató que antes de ser nombrado como secretario general llevaba 30 años con la entidad y efectuó una

⁵¹ Folios 214-216

⁵² Folios 222-226

descripción de su trayectoria laboral, así como de sus títulos profesionales; que luego de haberse desempeñado como secretario general fue director técnico ambiental y director territorial de la dirección ambiental regional pacífico este de la CVC, y que su nombramiento fue fruto de las cualidades técnicas, profesionales y humanas en el ejercicio de sus funciones, así como de la calificación sobresaliente de sus servicios, no por apoyar a ningún grupo político.

Agregó que a finales de 2010 y comienzos de 2011 en el Valle del Cauca y en el resto del país se presentó la mayor problemática ambiental en materia de inundaciones y deslizamientos producidos por la ola invernal, por lo que se requería tener entidades muy técnicas para atender dichas calamidades. Igualmente, que luego de su llegada al cargo de secretario general los servicios que prestaba la Corporación en ningún momento se vieron afectados.

Nancy Stella Vásquez,⁵³ quien fue miembro del consejo directivo de la CVC en representación de los alcaldes del Departamento en el año 2010-2011, manifestó que debido a la ola invernal que hubo en la época se generó un gran caos en materia ambiental que obligó a la Corporación a intervenir para mitigar el problema y atender así a las comunidades afectadas; que lo anterior, sumado a la llegada del nuevo gobernador Francisco Lourido, en reemplazo de Juan Carlos Abadía quien había sido destituido, originó un ambiente hostil de muchos señalamientos a quienes formaban parte de dicho consejo y dio lugar a la salida de muchos funcionarios, entre ellos la actora, quien a su vez era secretaria del consejo directivo. Específicamente respecto de la desvinculación de la actora, expresó lo siguiente:

PREGUNTADO. Sírvase informar al despacho si conoció que el presidente del consejo directivo hubiera solicitado que se desvinculara a la señora CLAUDIA CARDONA. En caso afirmativo manifieste todo lo que hubiere conocido de ese hecho. CONTESTÓ: La función de la designación o desvinculación de funcionarios no es una labor del consejo directivo por tanto yo no recuerdo que ese tema se hubiese tocado comentado(sic) en el seno del consejo directivo. Me sorprendió muchísimo pues cuando se estaba en plena crisis una vez terminado un consejo directivo donde no se habló de ese tipo de actuaciones al día siguiente los medios de comunicación muy a las 6 de la

⁵³ Folios 28-30 cuaderno 3

mañana recuerdo que era un sábado estaban preguntándome por unos supuestos cambios que en el nivel directivo de la Corporación y allí se me preguntaba por la salida de la Dra. CLAUDIA CARDONA situación que desconocía pues no fue ese el tema tratado en el consejo directivo.

2.4. Caso concreto

2.4.1. Del nombramiento en cargos de libre nombramiento y remoción. Límites constitucionales y legales para el ejercicio de la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de estos empleos.

En el *sub examine* está probado que la actora, al momento de ser retirada del servicio, se encontraba nombrada como secretaria general, nivel directivo, grado 22, de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca –CVC-, cargo de libre nombramiento y remoción del cual podía ser desvinculada en ejercicio de la facultad discrecional.

Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia⁵⁴, la regla general es que el ingreso a la función pública opere a través del sistema de carrera administrativa implementada por el constituyente desde el referendo plebiscitario de 1957, mandato reiterado por el artículo 125 de la actual Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que el nominador requiere de cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados, en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En efecto, se trata del ejercicio discrecional en la facultad nominadora que se predica respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción, cuya existencia en la administración pública se justifica en la necesidad, para ciertos funcionarios, de conformar su equipo de trabajo con personal de la más alta confianza, con miras al mejoramiento del servicio. Tal potestad se traduce en la libre escogencia de sus inmediatos colaboradores, máxime si se trata de seleccionar a aquellos que demandan una mayor confidencialidad

⁵⁴ Ver entre otros la providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, radicación: 050012333000201200285 01 (3685-2013), Actor: Edgar Augusto Arias Bedoya.

y cercanía con las políticas a implementarse por parte del administrador de turno.

Así, la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción viene a ser una excepción al sistema de la carrera administrativa, ya que permite el ingreso al servicio público de personas que, sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos, desempeñen empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales, se reitera, se requiere el más alto grado de confianza.

Por ende, resulta razonable que el factor determinante en la provisión de estos empleos sea la confianza, la cual se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección y manejo institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión, empero, la remoción debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. En tal sentido, se han identificado⁵⁵ como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza y, c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

2.4.2. De la desviación de poder

Este vicio se genera por afectación del elemento teleológico del acto administrativo, es decir, del propósito u objetivo que se busca alcanzar con el acto ya que siempre debe ser el previsto por el ordenamiento jurídico, esto es, el interés general.

⁵⁵ Sentencia T-372 de 2012.

Todo acto administrativo tiene un fin o se profiere para cumplir el fin señalado en la Constitución y la ley, conforme lo señala el artículo 21 de la norma superior «ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley». Así, el fin no lo señala la administración, pues el acto se profiere para cumplir los fines señalados en normas superiores⁵⁶ y no puede ser otro que el buen servicio público, el interés general⁵⁷.

Según lo señala la doctrina «en la desviación de poder el funcionario actúa con una finalidad distinta a la que señala la ley o actúa con una finalidad personal o para beneficiar a un tercero. En la arbitrariedad el funcionario se aparta “de lo objetivamente determinado por la razón y el derecho”». ⁵⁸

Este vicio también⁵⁹ es conocido como «abuso de autoridad», «ya que en realidad el poder se desvía y abusa cuando persigue fines distintos a los que la ley señala. Respecto de esta ilegalidad debe tenerse presente que la finalidad que debe perseguirse por el agente administrativo es siempre la satisfacción del interés público, no cualquiera, sino el interés concreto que debe satisfacerse por medio de la competencia atribuida a cada funcionario.»

Respecto de la finalidad como elemento del acto administrativo se tiene que reside, como lo señala Bonnard «en el resultado final que debe alcanzar el objeto del mismo acto; es decir, en este resultado que determina el efecto jurídico producido por el acto»⁶⁰. De manera que «el fin así concebido, aparece como el efecto final del acto, el resultado último que se consigue con su contenido, por lo que el fin es subsiguiente al acto, en cuanto a su

⁵⁶ Penagos, Gustavo, *El acto administrativo*, Op. Cit. P. p. 428 y 429

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ Serra Rojas, Andrés. *Derecho administrativo*, Editorial Porrúa, S.A., 1985, P. 251

⁵⁹ Fraga, Gabino. *Derecho administrativo*. Editorial Porrúa, S.A., 1996, P. 301

⁶⁰ Bonnard, citado por Prat, Julio A., *Derecho administrativo*, Tomo III, Vol II, Montevideo, Editorial Arcali, 1978, en Largacha Martínez, Miguel y Posse Velásquez, Daniel, *Causales de anulación...* Op. Cit. P. 177

realización, de modo que partiendo de los motivos, pasando por el objeto, teniendo competencia, se llega al fin de los actos administrativos». ⁶¹

El tratadista italiano Guido Zanobini alude como móviles característicos de la desviación de poder, los siguientes ⁶²:

- Personal, cuando el agente profiere el acto con un propósito egoísta, bien de carácter privado (una venganza) o bien de carácter político (favorecer o eliminar un candidato en una elección, etc.)
- Cuando se profiere con el propósito de perjudicar a un tercero y favorecer a otro.
- Cuando se pretende favorecer un interés general, pero diferente el perseguido por la ley en que se fundamenta el acto.

En este orden de ideas, esta causal se configura cuando el nominador dicta un acto que está dentro de sus atribuciones, observa las formalidades prescritas por la ley y se ajusta en sus términos a las normas superiores; sin embargo, al proferirlo, se tienen en cuenta motivos distintos de aquellos para los cuales se le confirió el poder, es decir, contrarios al buen servicio público a cargo de la entidad que representa. La desviación de poder se presenta, entonces, cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley.

Respecto de este cargo la demandante lo enfocó en que: (i) fueron razones de persecución política, específicamente debido a la presión ejercida por el gobernador del Departamento del Valle del Cauca, Francisco Javier Lourido, las que llevaron a la directora general a retirarla del servicio; (ii) dichas presiones se demuestran precisamente en el hecho de que por esos días se declaró insubsistentes los nombramientos de todo el equipo directivo de la entidad; y que (iii) en su reemplazo se nombró una persona con inferiores calidades y cualidades laborales, profesionales y de experiencia a la suya.

Con el fin de dar por probados las dos primeras afirmaciones, la actora allegó y solicitó la práctica de una serie de pruebas documentales y testimoniales

⁶¹ Citado en Largacha Martínez, Miguel y Posse Velásquez, Daniel, *Causales de anulación...* Op. Cit. P. 177

⁶² Op. cit. P. 232

mediante los cuales pretende hacer ver que su retiro de la entidad demandada, por declaratoria de insubsistencia tácita de su nombramiento, tuvo una finalidad ajena al mejoramiento del servicio, en relación con las cuales, la Sala hará las siguientes precisiones:

Como se detalló en el acápite probatorio, obran los testimonios de los señores Rigoberto Gil González y Henry Jhamarilk Cabezas Díaz, quienes expresaron en líneas generales que la directora de la entidad actuó bajo presión del gobernador de la época -y miembro del consejo directivo-, Francisco Lourido, que solicitaba sus cabezas porque quería acabar con la corrupción reinante en la entidad. Afirman que también fueron declarados insubsistentes sus nombramientos en la misma época que la actora y que la razón de su desvinculación y de la demandante fue la «persecución política».

A su turno Nancy Stella Vásquez expresó que, siendo miembro del consejo directivo de la época, en ese entonces se dieron dos situaciones: el advenimiento de la ola invernal que generó un caos ambiental en el Departamento del Valle y obligó a la Corporación a intervenir para mitigar la problemática producida en las comunidades afectadas y la llegada del nuevo gobernador Francisco Lourido, quien generó un ambiente hostil e incluso agresivo con la directora de la entidad. No obstante afirma que el consejo directivo no tuvo ninguna injerencia en la decisión de desvinculación de la demandante.

Por su parte, Rodrigo Mercado manifestó ser la persona que reemplazó a la actora y que para la época de su desvinculación se presentaba una problemática ambiental producida por la ola invernal, lo que llevó al Gobierno Nacional a promulgar decretos para la reestructuración del sector, entre ellas las Corporaciones Autónomas Regionales. Agregó que si se observa el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y la normatividad posterior, se requería tener entidades muy técnicas para atender las calamidades del país.

Al analizar las anteriores declaraciones, se puede concluir que las de los señores Gil González y Cabezas Díaz no gozan de la imparcialidad y objetividad requeridas, por cuanto también fueron desvinculados en la misma época que la actora, circunstancia que debe ser evaluada por el juez al

momento de su valoración, de acuerdo con lo establecido en el artículo 211 del Código General del Proceso, y que lleva a concluir que sean tenidos como testigos que no generan credibilidad.

La prueba testimonial o el testimonio es un medio de prueba en el que una persona, que no es parte dentro del proceso (tercero), relata al juez lo que conoce acerca de la ocurrencia de un determinado hecho relacionado con el caso que se analiza.

La doctrina⁶³ ha definido el testimonio como «un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto de un hecho de cualquier naturaleza». El testimonio es entonces «un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo⁶⁴».

A su vez la jurisprudencia ha manifestado sobre el particular que «...el testimonio es aquel medio de prueba que reside en la declaración o relato que hace un tercero, sometido a interrogatorio, de los hechos que se le pregunten y de los que le consten o tenga conocimiento, previa identificación y bajo la exigencia de jurar no faltar a la verdad...». ⁶⁵

Constituye también un medio de prueba indirecta en tanto que el juez conoce el hecho a probar a través de quien relata y lo único que logra percibir de forma personal es el testimonio. En otras palabras «Es prueba indirecta, en el sentido de que no se identifica con el hecho por probar, que es su objeto, por lo que el juez llega al conocimiento de este de manera mediata, a través del testimonio del cual lo induce». ⁶⁶

⁶³ Devis Echandía Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II quinta edición, 1995, pág. 33.

⁶⁴ Carnelutti. *La Prueba Civil*, Edición Arayú, Buenos Aires, 1955, núm. 25, pág. 119.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 25000-23-42-000-2012-01021-02(2142-16). Actor: Cesar Augusto Pinzón Arana. Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C. 7 de diciembre de 2017.

⁶⁶ Devis Echandía Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II quinta edición, 1995, pág. 33 citando a Carnelutti. *La Prueba Civil*, edición Arayú, Buenos Aires, 1955, núm. 12, págs. 53 a 55.

De igual manera, es una prueba histórica por medio de la cual, dentro del proceso, se reconstruyen hechos que ya pasaron o que, aunque existen, su ocurrencia viene de tiempo atrás⁶⁷.

Así, la doctrina ha definido que el testimonio de terceros tiene las siguientes características: i) es una declaración consciente de una persona, es un acto jurídico y no un simple hecho jurídico⁶⁸; ii) es un acto procesal, es indispensable que ocurra dentro del proceso⁶⁹; iii) es un medio de prueba judicial, es una prueba indirecta, histórica, representativa⁷⁰, personal⁷¹ y; iv) consiste en la exposición de unos hechos ocurridos con anterioridad, es una declaración específica de ciencia o conocimiento⁷².

Este último aspecto adquiere relevancia porque significa que el testimonio no puede ser considerado como una declaración de verdad, en tanto que lo dicho por el testigo puede serlo o no. Así, la concepción de que es una declaración de ciencia implica que lo relatado puede o no corresponder con la realidad de los hechos, lo que conlleva la obligación para el juez de estudiar su contenido bajo un riguroso análisis⁷³.

En efecto, el juez debe valorar la prueba acudiendo a la aplicación de la sana crítica, entendida esta como «la comprobación hecha por el operador jurídico que de acuerdo con la ciencia, la experiencia y la costumbre sugieren un grado determinado de certeza de lo indicado por la prueba⁷⁴». Este discernimiento le corresponde efectuarlo de manera objetiva y atendiendo las

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Páginas 33 y 36 *ibidem*.

⁶⁹ Página 36 *ib.*

⁷⁰ De acuerdo con Carnelluti el testimonio es la representación de un hecho pero no la de su percepción ni de su veracidad, que puede ser falsa. Por lo que afirmó que «el testimonio es un sí una declaración representativa y no una declaración de verdad». Carnellutti. La Prueba Civil, edición Arayú, Buenos Aires, 1955, núm. 23, pág. 105.

⁷¹ De acuerdo con la doctrina, para que pueda hablarse de la existencia procesal del testimonio uno de los requisitos es que debe ser personal, lo que implica que no puede rendirse por conducto de apoderado o mandatario. Devís Echandía Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II quinta edición, 1995, pág. 94.

⁷² Al respecto ver Devís Echandía Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II quinta edición, 1995, pág. 37.

⁷³ Respecto a la diferenciación entre declaración de verdad o de ciencia el autor expresó «la primera como aquella que se limita a representar lo verdadero (si es declaración de verdad) o lo que narra (si es declaración de ciencia y aunque no corresponda con la verdad». *Ibidem*, página 38.

⁷⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 05001-23-000-2017-02571-01(3814-18). Actor: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES. Demandado: Beatriz Elena Cardona Arango y otros. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D.C. 27 de mayo de 2019.

circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el testigo⁷⁵ conoció el hecho que interesa al proceso y, en conexidad con los demás medios de prueba aportados en forma válida dentro del proceso⁷⁶.

Además, en la valoración de la prueba testimonial es necesario tener en cuenta aspectos puntuales y de gran relevancia como la imparcialidad del testigo y la coherencia en lo que relata, de modo que la conclusión obedezca a criterios objetivos y razonables⁷⁷.

En ese sentido, el juez no puede obviar el contenido del artículo 211 del Código General del Proceso en tanto prescribe circunstancias que permiten tachar al testigo por razones de credibilidad o imparcialidad, como son el parentesco, la dependencia, los sentimientos o el interés en relación con las partes etc. Estos aspectos deben ser considerados por el juez en el instante de la valoración del testimonio, según se dijo con las reglas de la sana crítica, a fin de evitar que la justicia sea engañada.

Así lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación al referirse al citado artículo:⁷⁸

En relación con la valoración del testigo sospechoso, esta Sección ha considerado que, para la valoración de la prueba testimonial, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de “sospechoso” porque ello sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna el régimen probatorio; «[...] sin embargo, las razones por las cuales un declarante puede tildarse de sospechoso (amistad, enemistad, parentesco, subordinación, etc.), deben ser miradas por el juzgador como aquellas que

⁷⁵ Al respecto la Corte Suprema de Justicia manifestó: « En relación con la prueba testimonial, el examen que de ella hace el fallador sobre si las declaraciones son o no responsivas, exactas y completas, o si resultan coincidentes en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, para dar o no por acreditados los supuestos de hecho de la demanda, cuya estimación constituye el pilar del fallo atacado, dicho análisis debe corresponder a las circunstancias personales de cada testigo, y su entorno, evaluándolos en “*recíproca complementación de sus dichos a fin de determinar hasta donde han de ser pormenorizados los datos que cada [deponente] aporte*”⁷⁵, los cuales permitan el convencimiento de la posesión deprecada». Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC19903-2017. Radicación: 73268-31-03-002-2011-00145-01. Magistrado ponente Luis Armando Tolosa Villabona. Bogotá, D. C. 29 de noviembre de 2017.

⁷⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Radicación: 25000-23-42-000-2016-02966-01(PI). Actor: Leonardo González Márquez. Demandado: Roger José Carrillo Campo. Consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez. Bogotá D.C. 19 de septiembre de 2018.

⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 68001-23-31-000-2001-02484-02(2587-11). Actor: Antonio José Chacón Pinzón. Demandado: E.S.E Hospital Universitario Ramon González Valencia en Liquidación. Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Bogotá, D.C. 26 de abril de 2012.

⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Radicación: 25000-23-42-000-2016-02966-01(PI). Actor: Leonardo González Márquez. Demandado: Roger José Carrillo Campo. Consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez. Bogotá D.C. 19 de septiembre de 2018.

pueden colocar al testigo en capacidad de engañar a la justicia; **pero para ello, el juez debe hacer uso del análisis de la prueba, en su conjunto, a fin de llegar a una convicción aplicando las reglas de la sana crítica [...]**».

Así las cosas, el análisis de un testimonio que puede resultar poco creíble o engañoso exige un mayor rigorismo. En palabras de la Corte Constitucional «...el juez no tiene facultad para abstenerse de valorar un testimonio que considere sospechoso. En su lugar, debe efectuar una práctica más rigurosa del mismo y una evaluación detallada de cada una de las afirmaciones que lo compongan [...]». En conclusión «[...] el juez, como director del proceso, debe asumir la responsabilidad de valorar bajo parámetros objetivos todas las pruebas allegadas a la investigación. Sólo puede descartar aquellas respecto de las cuales compruebe su ilegalidad o que se han allegado indebida o inoportunamente y, en todo caso, cualquiera que se haya obtenido con la vulneración del debido proceso»⁷⁹.

En virtud de lo expuesto y, analizando las circunstancias bajo las cuales se rindieron las declaraciones de los señores Gil González y Cabezas Díaz, la Sala encuentra que no gozan de la imparcialidad y objetividad requeridas, puesto que el hecho de que los testigos hubiesen sido desvinculados en igual época que la demandante permite inferir que tienen un interés directo en las resultas del proceso y, por ende, no son testigos que generen credibilidad.

Ahora bien, en relación con el testimonio de la señora Vásquez encuentra la Sala que no prueba las afirmaciones de la actora, ya que solo indicó el ambiente hostil que se presentó en la entidad demandada al momento de la llegada del nuevo gobernador Lourido. Señala que, no obstante, ninguna incidencia tuvo el consejo directivo del que ella formaba parte en la decisión de desvinculación, por lo cual desconoce las causas de esta decisión.

Coincide la anterior declaración con la del señor Mercado en materia de la situación caótica que vivía la entidad al momento en que se adoptaron las decisiones de insubsistencia, debido a la calamidad originada por la ola invernal que padecía el país. El dicho de este último testigo se concentró, además, en justificar su experiencia profesional y académica para ocupar el

⁷⁹ Sentencia T-1090 de 2005, Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández, Sala Novena Corte Constitucional.

cargo de secretario general en reemplazo de la demandante, pero no aporta ningún otro elemento adicional respecto de su desvinculación.

Al ver las anteriores declaraciones, se puede concluir que ninguno de los testigos conoce en realidad las razones que tuvo la administración para desvincular a la señora Cardona Campo, pues lo que sí es cierto es que la entidad en ese momento estaba pasando por un caos debido a la crisis invernal que debía ser conjurada por la administración de turno, bajo la dirección del nuevo gobernador Francisco Lourido, que entró a formar parte del consejo directivo en la misma época en que fueron declarados insubsistentes los nombramientos de varios miembros directivos de la CVC.

Respecto de esta última circunstancia, valga aclarar que no solo la actora sino la mayoría de los desvinculados, fueron reemplazados por personas que estaban en carrera administrativa y habían obtenido calificación nivel sobresaliente en el periodo febrero 1.º de 2009 y enero 31 de 2010, lo cual constituye una razón, antes que torticera o amañada, de mejoramiento del servicio y de estímulo al ascenso en el régimen de carrera administrativa.

Ahora, si bien algunos de los testigos indicaron que las razones que tuvo la administración para retirar a la señora Cardona Campo obedecieron a fines políticos, lo cierto es que, de un lado, como se explicó, sus dichos carecen de la fuerza de convicción suficiente, y, de otro, no hay prueba alguna que demuestre que la actora hiciera parte activa de algún movimiento y que esa fuera la causa de su despido.

En efecto, no solo se requería de la afirmación de los declarantes, sino también de elementos adicionales que permitieran concretar las circunstancias en las que la afinidad partidista de la demandante pudo influir en la decisión que tomó la administración de despojarla del cargo que venía ocupando, puesto que en los procesos en los que se alega la desviación de poder resulta insuficiente la mera declaración sobre la existencia de una presión política como razón del comportamiento ilegal de la administración, motivo por el que deben existir otros medios probatorios que permitan concluir que la directora de la CVC tuvo la intención injusta de retirar a

aquellos funcionarios que supuestamente no eran del querer de la autoridad departamental.

De otra parte, en relación con el valor probatorio que se le asigna a las publicaciones periodísticas, la jurisprudencia el Consejo de Estado ha sostenido que los recortes de prensa sólo constituyen evidencia de la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido ya que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación de un tercero o sólo constituyen la versión de quien escribe.⁸⁰

Ahora, en atención a lo previsto por el artículo 242 del Código General del Proceso⁸¹, la relación cronológica entre las noticias publicadas y la decisión de insubsistencia no son un indicio necesario⁸² de la supuesta injerencia que el gobernador tuvo en la determinación del nominador, pues para ello deben existir otros medios de convicción que permitan llegar a la certeza de la existencia de las referidas presiones y su relación de causalidad con la expedición del acto administrativo de retiro, pues no puede dejarse de lado que para que un hecho pueda ser considerado indicio debe estar debidamente probado en el proceso⁸³.

En este orden de ideas, para la Sala no es posible concluir que existió una presión política ejercida sobre el nominador que llevara a determinar el retiro de la actora, pues los únicos medios aportados en ese sentido fueron los testimonios ya analizados y los recortes de prensa que dieron a conocer la noticia.

⁸⁰ Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sentencia del 1º de marzo de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 25000-23-31-000-1998-10649-01(16587); Sentencia de 27 de junio de 1996, Rad. 9255, C.P. Carlos A. Orjuela G.; Sentencia de 25 de enero de 2001, Rad. 3122, C.P. Alberto Arango Mantilla; Sentencia de 6 de junio de 2002, Rad. 739-01, C.P. Alberto Arango Mantilla; Sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 10 de noviembre de 2000, Radicación número: 18298, C.P. Ricardo Hoyos Duque y; Sentencia de 16 de enero de 2001, Rad. ACU-1753, C.P. Reinaldo Chavarro.

⁸¹ Artículo 242. Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.

⁸² PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Librería Ediciones del Profesional LTDA. Bogotá D.C. 2011, p: 633, define el indicio necesario como «aquel hecho que de manera infalible e inequívoca demuestra la existencia del hecho investigado.»

⁸³ Artículo 240 del Código General del Proceso.

De manera, pues, que de la valoración en conjunto de los medios de prueba no se concluye que el acto de declaratoria de insubsistencia tácita del nombramiento hubiera sido expedido con un fin torcido; además, no puede dejarse de lado que la especial confianza del nominador en el servidor de libre nombramiento y remoción es lo que justifica, en gran medida, su permanencia en el empleo y que es precisamente lo que habilita para que disponga su retiro de manera discrecional.

El último de los fundamentos del cargo de desviación de poder se sustentó en que la actora fue reemplazada por el señor Rodrigo Mercado Sánchez, quien, según expone, no cumplía con los requisitos, calidades y cualidades profesionales y de experiencia exigidos en el manual de funciones para desempeñar el empleo, situación que, en su sentir, desvirtúa la presunción legal según la cual el objeto de la desvinculación consistió en el mejoramiento del servicio.

La jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional⁸⁴ ha sido pacífica en sostener que es discrecional del nominador la desvinculación de empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, y que la decisión en tal sentido, se presume tomada en aras del buen servicio.

Sin embargo, también se ha sostenido que pese al carácter discrecional de esa medida, cuando se demuestre que las razones que la motivaron fueron ajenas al buen servicio⁸⁵, se puede desvirtuar la legalidad del acto.

El primer argumento abordado por la actora para atacar esa presunción legal respecto del acto acusado se relaciona con la idoneidad en la prestación del servicio; sin embargo, tal aseveración no constituye una razón que impida al nominador hacer uso de la facultad discrecional, pues, el actuar recto, adecuado y cumplido de las funciones atribuidas por parte de un empleado, tan solo es prueba del comportamiento esperado de quien ejerce la función

⁸⁴ Ver, entre otras, las sentencias de 24 de junio de 2015, consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación: 44001-23-33-000-2013-00023-01(1471-14) y T-372 de 2012, magistrado ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸⁵ Ver, entre otras, la siguiente: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón, sentencia de 20 de octubre de 2014, radicación 25000-23-25-000-2004-08619-01(1735-09).

pública; por tal razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente en que esa circunstancia, por sí sola, no es garantía de inamovilidad en el cargo, menos aun cuando se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción. Así se ha discurrido⁸⁶:

Ahora bien, sobre el argumento de su excelente desempeño laboral, la jurisprudencia de esta Corporación y en particular la de la Sección Segunda, ha sido reiterativa en afirmar que el buen desempeño de las funciones legalmente asignadas no generan por si solas fuero de estabilidad y permanencia, ni limitan la potestad discrecional, pues lo normal es que el empleado cumpla con ellas de la mejor manera, honrando su juramento de cumplir bien, fiel y honradamente con las funciones de su cargo. La prosperidad de un cargo con base en esta tesis, tendría que evidenciar que el servicio se desmejoró en la función propia y no por mera conjetura y silogismo, lo cual no sucede en este caso particular, de manera que tampoco hay prosperidad de la nulidad por esta causa⁸⁷.

Con fundamento en lo anterior, es válido afirmar que la sola circunstancia de ejercer una función cumplida y responsable no impedía ejercer la potestad de remoción atribuida al nominador.

El segundo argumento está referido a que la prestación del servicio se vio desmejorada por la falta de requisitos de quien entró a sucederla en el cargo, respecto del cual se debe señalar que el manual de requisitos y competencias laborales funciones de la planta de personal para la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca vigente en la época de la desvinculación de la actora (septiembre de 2005),⁸⁸ establecía como requisitos para el cargo de secretario general los siguientes:

Educación

- Título profesional en derecho, administración de empresas, administración pública, administración ambiental y de los recursos naturales, economía, comunicación social, ingeniería ambiental, ingeniería civil, ingeniería agrícola, ingeniería forestal o ingeniería sanitaria; y
- Título de postgrado en la modalidad de maestría en áreas

⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 20 e agosto de 2015, radicación: 25000-23-25-000-2010-00254-01(1847-12), consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve.

⁸⁷Esta cita es propia del texto transcrito: Entre otras, Radicado No. 1866-10, actor: Diego Villamarín Idrobo. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁸⁸ Folios 100-104

relacionadas con las funciones del empleo; o

- Título de postgrado en la modalidad de especialización en áreas relacionadas con las funciones del empleo.

Experiencia

- Sesenta (60) meses de experiencia profesional relacionada con las funciones del empleo; o
- Setenta y dos (72) meses de experiencia profesional relacionada con las funciones del empleo

Por su parte, se acreditó que el señor Rodrigo Mercado, quien reemplazó a la demandante, a la fecha de su designación (18 de febrero de 2011) era ingeniero civil,⁸⁹ con especialización en gestión ambiental⁹⁰ y máster en ingeniería de regadíos,⁹¹ además de que estaba nombrado en la CVC desde el 21 de septiembre de 1981⁹², por lo que cumplía sobradamente con los requisitos de educación y experiencia para el empleo.

De lo anterior se extrae que el señor Mercado Sánchez además de tener los requisitos mínimos, era un profesional preparado y capacitado con experiencia significativa en el sector público.

Debe recordarse que, como ya lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación⁹³, lo que debe cuantificar el juez, a efecto de calificar la no idoneidad del reemplazo, son los requisitos mínimos para el desempeño del cargo, frente a lo que se logró establecer más que suficientemente que en este caso sí cumplió con las exigencias mínimas para ostentarlo.

En consecuencia, la Sala no encuentra fundamento al dicho de la demandante de que con su reemplazo se desmejoró el servicio, pues conforme a lo probado, esta persona reúne los requisitos necesarios, tiene

⁸⁹ Folio 115

⁹⁰ Folio 117

⁹¹ Folio 120

⁹² Folio 106 y 107

⁹³ Al respecto ver Sentencia de 4 de septiembre de 2008, Expediente No Interno: 0883-2005, Actor: Guillermo Jiménez Barragán, consejero ponente Jesús María Lemos Bustamante.

un nivel académico superior y experiencia profesional afín con el cargo ocupado, motivos que hacen razonable la presunción de buen servicio con la decisión discrecional analizada.

Se insiste: los cargos de libre nombramiento y remoción están destinados a la dirección y conducción de las entidades oficiales y, en tal contexto, los referentes que gobiernan la provisión y retiro no pueden ser otros diferentes a la confianza y lealtad, enmarcada en la afinidad funcional e ideológica que permita definir y ejecutar de manera mancomunada las políticas de aquellas hacia el mismo propósito. Por ello, un empleado en tal cargo que no esté en sintonía con el representante y responsable de la institución pública, al margen de sus capacidades y desempeño, bien puede ser separado del empleo, ya que en la dinámica administrativa, la facultad discrecional está instituida, entre otras, para ese tipo de situaciones, sin que ello suponga sanción o juicio de valor a la actividad laboral.

En consecuencia, la facultad discrecional ejercitada para la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora fue adecuadamente utilizada, pues conforme a la prueba obrante en el proceso no existen indicios que permitan inferir intenciones desviadas del nominador. De ahí que no tiene vocación de prosperidad este cargo de la demanda.

3. Conclusión

Por las razones que anteceden no se hallan demostrados los cargos de nulidad propuestos contra el acto acusado y, en consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia, para en su lugar denegar las pretensiones de la actora.

En mérito de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad que le confiere la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia proferida 19 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. En su lugar,

DENEGAR las pretensiones de la demanda incoada por la señora Claudia Cardona Campo, en contra de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca.

Reconócese a Gabriel Antonio Penilla Sánchez como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos el poder conferido a folio 398 del expediente.

Devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

AMHG