

Sentencia T-908/06

VIA DE HECHO POR DEFECTO FACTICO-Dimensión omisiva

VIA DE HECHO POR DEFECTO FACTICO-Omisión o grave defecto en apreciación probatoria

VIA DE HECHO POR DEFECTO FACTICO-Omisión del tribunal de valorar un testimonio para dictar sentencia.

Referencia: expediente T-1392298

Acción de tutela instaurada por Rodrigo Tovar Garcés contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil seis (2006).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso de tutela instaurado por Rodrigo Tovar Garcés contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

### I. ANTECEDENTES

1. Mediante la resolución No. 0036 del 1º de marzo de 1999, el ciudadano Rodrigo Tovar Garcés fue nombrado para ocupar el cargo de Jefe de la División Administrativa y Financiera Código 2040 Grado 24 del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

Luego, a través del memorando No. 172 del 26 de junio de 2002, le fue notificada la resolución No. 0084 del 24 de junio de 2002, por medio de la cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento.

2. En vista de lo anterior, el día 18 de octubre de 2002, el ciudadano Rodrigo Tovar Garcés instauró ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca una demanda de nulidad y

restablecimiento del derecho contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, por cuanto su declaración de insubsistencia habría constituido un desvío de poder. En su demanda solicitó, entre otras cosas, que se declarara la nulidad de la resolución mediante la cual fue declarada la insubsistencia de su nombramiento, que se ordenara su reintegro al cargo y que se condenara a la entidad demandada a pagarle diferentes sumas por distintos conceptos.

El actor expresa que durante su permanencia en el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República nunca recibió una llamada de atención ni una amonestación, ni se abrió en su contra un proceso disciplinario. También anota que estuvo encargado de la Dirección General del Fondo y de la Jefatura de la División de Prestaciones Sociales, lo cual demuestra su buen rendimiento y la confianza de que gozaba.

Señala que, el día 26 de junio de 2002, en presencia de otras personas, fue requerido por el doctor Antonio Martínez para que presentara renuncia al cargo que ocupaba, por cuanto así lo exigía un senador. Añade que ese mismo día radicó el oficio 3112 ante la directora del Fondo, en el que manifiesta:

“Atendiendo la solicitud de presentar renuncia del cargo que actualmente desempeño en la Entidad formulada por el Doctor ANTONIO MARTÍNEZ según exigencia del Senador LUIS EDUARDO VIVES, de manera atenta dejo a su consideración la misma.”

También en ese día le fue notificada la Resolución No. 0084, fechada el día 24 de junio de 2002, por medio de la cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento. La Resolución, que es suscrita por la directora general (e) del Fondo contiene un único artículo, el cual reza:

"ARTÍCULO PRIMERO. Declarar insubsistente el nombramiento del Doctor RODRIGO TOVAR GARCÉS (...) del cargo de Jefe de la División Administrativa y Financiera Código 2040 Grado 24 del FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, a partir del 24 de junio de 2002."

La mencionada resolución fue notificada mediante el memorando N° 172 del día 26 de junio de 2002, suscrito por el Jefe de Personal del Fondo, en el cual se anota:

Atentamente, me permito comunicarle que mediante Resolución N° 00084 del 24 de junio del 2002, su nombramiento como Jefe de la División Administrativa y Financiera Código 2040 Grado 24 ha sido declarado insubsistente a partir del 24 de junio del 2002. Para su conocimiento y fines pertinentes le anexo copia del mencionado acto administrativo."

Al recibir el memorando, y antes de estampar su firma, el actor escribió en un costado del documento lo siguiente: "Recibí. Junio 26 4:05 p.m./2002. Quiero informar que el 26 de junio a las 12 m presenté renuncia al cargo, mediante el radicado N° 3112, solicitada por el señor Antonio Martínez, según exigencia del Senador Luis Eduardo Vives L."

Expresa que el señor Martínez era miembro de la Unidad de Trabajo Legislativo del Senador Vives y que en una de sus conversaciones había manifestado que "en adelante todos los empleados del Fondo deberían ser adeptos políticos del Senador VIVES, circunstancia que en el Fondo se materializó, ya que se nombró a profesionales de la ciudad de Santa Marta, lugar de donde es oriundo, y en general de la Costa Atlántica, en los cargos de Director General, Jefatura de la Oficina de Planeación, el Jefe de Control Interno Disciplinario, el Jefe de Prestaciones Económicas, al Jefe de la División Administrativa y Financiera y al Jefe de la División Médica, todo ello se puede corroborar con los nombramientos que se hicieron sobre los citados cargos en los meses de julio, agosto y septiembre de 2002, notándose que no se buscó un mejoramiento del servicio prestado sino que pone de presente un interés

personalista ajeno a los fines del Estado y desviado al cumplimiento de intereses políticos y partidistas."

Afirma también que la persona que lo reemplazó "tiene un menor perfil profesional y de experiencia relacionada para ejercer el cargo (...) por lo cual se observa que no se buscó un mejoramiento del servicio en la entidad." Al respecto menciona que los dos son contadores públicos, pero que mientras él tiene 13 años de experiencia relacionada y una maestría en Estudios Políticos de la Universidad Javeriana, su sustituto cuenta con 8 años de experiencia y una especialización en tributación.

Asimismo, reprocha que el acto administrativo haya sido firmado por la directora encargada, pues "su escasa permanencia en el encargo no le permitía tener certeza sobre la calidad del servicio prestado por el actor." En este mismo sentido, plantea que ella no tenía competencia para dictar el acto, dada su condición de directora encargada. También critica que el acto administrativo no haya sido motivado, hecho que genera su nulidad "por falta de ese requisito para la validez del mismo." Tampoco se anotaron las razones de su retiro en la hoja de vida, con lo cual se vulneraron sus derechos de "audiencia, defensa y debido proceso."

Asegura que con la declaración de insubsistencia se violaron su derecho al trabajo y los principios constitucionales que rigen el funcionamiento de la función pública (C.P., art. 209). También se vulneraron distintos preceptos legales, tales como el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo y el art. 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, de acuerdo con el cual cuando se produce el retiro de un funcionario de libre nombramiento y remoción debe dejarse constancia en su hoja de vida de los hechos y causas que ocasionaron esta medida.

Considera que el acto administrativo que declara la insubsistencia es ilegal y nulo por las siguientes causas: i) porque el acto no fue motivado; ii) por violación directa de norma

superior, concretamente del mencionado art. 26 del Decreto Ley 2400 de 1968; iii) por falsa motivación, por cuanto no se expresaron los motivos del mismo o se callaron de manera intencional; iv) por desviación de poder, dado que el fin del acto no era el interés general, sino convertir al Fondo en un “verdadero fortín político”; v) por abuso de poder, en razón de que el acto fue expedido por la directora encargada del Fondo, quien además de no aceptar la renuncia presentada por el actor lo declaró insubsistente sin motivación alguna; vi) por el desmejoramiento del servicio, puesto que quien lo reemplazó no tenía las mismas calificaciones que él.

El actor le solicitó al Tribunal que recibiera la declaración de dos personas, Cristina Valdez y Ángela María Varela, “con el objeto de ilustrar al despacho sobre los hechos de la demanda”. También solicitó que se oficiara al Fondo para obtener distintos documentos.

3. Luego de que la demanda fuera subsanada, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó recibir los testimonios solicitados y recopilar las otras pruebas pedidas.

El día 3 de septiembre de 2004 concurrió al Tribunal para rendir su testimonio la señora Ángela María Varela, quien había trabajado como contratista en el Fondo y quien relató los hechos relacionados con el señor Martínez, que habrían producido la declaración de insubsistencia del actor.

4. El 27 de mayo de 2005, la Procuradora Cuarta Judicial Administrativa ante el Tribunal rindió su alegato de conclusión, en el que solicita que se falle a favor del demandante y se condene al Fondo. Manifiesta:

“(...) en la Resolución y la comunicación al Dr. Rodrigo Tovar Garcés, por medio de la cual se

le declaró insubsistente del cargo que venía ocupando, sí hubo desviación del poder, pues si bien es cierto se puede defender la autonomía administrativa para el manejo del personal no incluido en la carrera administrativa quienes tienen una garantía de inamovilidad relativa, no puede llegar a los extremos de retirar del servicio a una persona idónea, de las características del hoy actor, por las razones que se esgrimen en el proceso debidamente probadas."

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Manifiesta que constituyen prueba de lo afirmado por el actor la carta de su renuncia y la constancia que escribió en el memorando en el que se le comunicó la declaración de insubsistencia. Considera que el testimonio rendido por Angela María Varela corrobora lo afirmado por el demandante.

Por tanto, concluye:

"Se dictó con la apariencia de que era un acto administrativo discrecional del nominador, cuando se hizo por no haber cumplido una orden ilegal del Senador Vives, es decir por un interés de un político que nada tiene que ver con la satisfacción de un interés general o para el mejoramiento del servicio.

"(...)

"Además hay desvío del poder, pues lo que determinó la resolución atacada fue un fin innoble, que se materializó con la petición del Doctor Antonio Martínez, abiertamente ilegal, y la negativa a realizarla por parte del Doctor Tovar, que merece una investigación más de fondo para determinar cuál era el interés de levantar los sellos restrictivos en un cheque de un tercero y quién finalmente lo cobró"

5. En su sentencia del día 10 de noviembre de 2005, la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, el Tribunal desestimó el cargo acerca de que el funcionario que expidió el acto administrativo acusado no tenía las facultades para dictarlo, dada su condición de gerente encargada. Afirma que “[d]el Manual de Funciones y Requisitos se colige que el Director General del Fondo tiene la facultad de nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia.” Además, indica que la figura del encargo es una situación administrativa y que “no hay manera de afirmar válidamente que la directora general encargada careciera de competencia por la razón invocada por el demandante.”

En relación con la acusación acerca de la falta de motivación del acto administrativo y de anotaciones en la hoja de vida del actor sobre las razones para la declaración de insubsistencia, expone el Tribunal que el actor ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, razón por la cual “podía ser declarado insubstiente en cualquier momento sin motivación ninguna, de acuerdo con la facultad que para esos efectos confiere la ley al nominador.” Además, menciona que “las normas de la primera parte del C.C.A. no se aplican para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción (artículo 1º del C.C.A.). Por tanto, para la Sala este cargo tampoco prospera.”

Por otra parte, el Tribunal concluye que no se presentó un desmejoramiento en el servicio. Asevera que la persona que reemplazó al demandante reunía los requisitos exigidos por el Manual de Funciones para desempeñar el cargo, “pues ostenta el título de Contador Público, es especialista en tributación y tiene experiencia profesional en el área contable de más de 10 años (...), mientras que el actor aunque también es Contador Público, tiene una Maestría en Estudios Políticos y experiencia de 12 años; es decir para la Sala es claro que no hubo desmejoramiento en el servicio, toda vez que el funcionario que reemplazó al demandante

tiene formación avanzada en Tributación, y además tiene diplomado en Finanzas, lo que significa que tiene estudios más relacionados con el área contable que comprende mejor el manejo de la División Administrativa y Financiera para el cual fue nombrado..."

De la misma manera, estimó la Sala que no se había probado de manera fehaciente dentro del proceso "que al demandante se le haya exigido la renuncia al cargo por parte del doctor Antonio Martínez, según exigencia del Senador Luis Eduardo Vives, pues si bien se lee del escrito de presentación de la renuncia por parte del actor (f. 4) de fecha 26 de junio de 2002, también lo es que la resolución por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento es de fecha 24 de junio de 2002, dos días después (sic) de que, según lo afirma el actor (...) se le exigiera la renuncia el 26 de junio de 2002."

Afirma el Tribunal que tampoco se probó que se había presentado una desviación de poder:

"(...) para que opere esa figura [la de la desviación de poder] es necesario que el acto acusado fuese expedido por nociones ajenas a las del buen servicio público, es decir, que con la desvinculación del demandante lejos de procurarse el mejoramiento de éste lo que se buscaba eran fines diferentes a los de la función pública, circunstancias extrañas a las del buen servicio y, además, es obligatorio que la parte que lo alega pruebe que se dieron tales circunstancias y el nexo con el resultado, para que se configure el vicio de la desviación de poder, ya que el acto administrativo impugnado está amparado por la presunción de legalidad, presunción juris tantum que admite prueba en contrario, pero la carga probatoria se encuentra en cabeza de quien lo alegue.

"Para la Sala el cargo de desviación de poder endilgado al acto acusado no puede salir avante en razón a que no probó que se desmejoró el servicio con el retiro del servicio del demandante, pues la persona que lo reemplazó cumple con los requisitos exigidos para desempeñar el cargo de jefe de división código 2040 grado 24 de la División Administrativa

del Fondo demandado...

“Tampoco obra en el plenario prueba alguna de que la autoridad nominadora en la órbita de sus funciones hubiese expedido el acto con fundamento en móviles diferentes a los que ha establecido el Legislador o que ha actuado por intención diferente a la perseguida por la norma que expresa los motivos para los cuales ha sido investida de competencia.”

Finalmente, el Tribunal aclara que “cuando un empleado cumple con la prestación del servicio con las calidades que en la demanda se señalan, dicha circunstancia no implica que adquiera fuero de estabilidad, ni limita ni enerva la facultad discrecional que tiene el nominador.”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

6. El 31 de marzo de 2006, el ciudadano Rodrigo Tovar Garcés instauró, a través de apoderado, una acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, bajo la consideración de que esta corporación judicial incurrió en una vía de hecho al dictar su sentencia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que él había entablado contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, con lo cual habría vulnerado su derecho al debido proceso y el principio de igualdad.

Considera que la sentencia contiene “errores sustantivos de interpretación y de aplicación de la ley, así como un defecto fáctico por falta de observancia del funcionario judicial.” Al respecto anota que el Tribunal no tuvo en cuenta el concepto rendido por la Procuraduría, que “sí hizo una verdadera evaluación de los hechos y las probanzas del proceso, que conllevaron a que ese Ministerio Público concluyera se debiera acceder a las súplicas de la demanda, estudio contrario al contenido de la sentencia que en NINGUNA parte se hizo alusión a las pruebas...” Añade que el testimonio rendido por Ángela María Varela se practicó en presencia del magistrado sustanciador y nunca fue tachado por la contraparte, pero a pesar de ello “NO fue tenido en cuenta en la sentencia.”

Afirma que la vía de hecho se concreta en los siguientes aspectos:

“i) La existencia de un fallo que no entró a realizar un valoración de la prueba, toda vez que se ha omitido tener en cuenta los documentos aportados a la demanda, y como el testimonio indiscutible de la señora ANGELA MARIA VARELA, soslayando de paso el derecho reclamado por el demandante.

“ii) La omisión de este análisis de las pruebas se traslada a una sanción procesal, consistente en la extinción de las pruebas aportadas y practicadas, conllevando a la vulneración del derecho al debido proceso...

“iii) La negación de las pretensiones por parte del magistrado es la configuración de las vías de hecho que han encarnado la decisión y por tanto transgrede el orden jurídico.

“iv) Por otra parte, está demostrado que la parte demandante aportó y probó los hechos fundamento de la demanda (...) y la entidad demandada no desvirtuó en ningún momento las aseveraciones hechas en la misma, como tampoco las pruebas practicadas, y sin embargo no se le respetó de manera debida el derecho de defensa del demandante, pues los argumentos, solicitudes y pruebas contenidas en el expediente tampoco fueron analizados, estudiados ni resueltos por el Tribunal, quien omitió pronunciamiento alguno al respecto, lo cual evidencia que la demanda sólo se falló formalmente.”

Además, menciona que el fallo es contradictorio, por cuanto el fallo no responde a “la realidad existente en el proceso y debidamente probada...” Reitera que la parte demandada “no aportó la más mínima prueba que desvirtuara lo afirmado y probado.” Por eso, considera

que se violó su derecho

al debido proceso, “toda vez que se le impuso una carga que no estaba obligado a soportar, en cuanto se refiere a que quien debe desvirtuar u objetar las afirmaciones o las pruebas allegadas al proceso, le correspondían a la demandada, que como se aprecia esa entidad no lo hizo, quedando plenamente demostrado que quien realizó la vulneración alegada era el Fondo.”

También recalca que el fallo no tiene sustento jurídico probatorio, pues no se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas con la demanda ni las practicadas dentro del proceso, especialmente el testimonio rendido por la señora Varela. Sobre él aclara que “NO fue objeto de TACHA, ni desvirtuado por otra prueba, NI POR LAS PARTES.”

Por lo tanto, solicita que se tutelen sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad y que, en consecuencia, se anule la sentencia del Tribunal y se ordene proferir una nueva sentencia “con la observancia y análisis de las pruebas procedentes y oportunamente allegadas al proceso...”

## II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

7. En su sentencia del 24 de mayo de 2006, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado denegó el amparo solicitado.

En primer lugar, en la sentencia se establece que el actor no contaba con otro mecanismo de defensa judicial, por cuanto, por obra de la cuantía y de la entrada en vigencia de la Ley 954

de 2005, el proceso era de única instancia. Además, expone que contra la sentencia no cabía ninguna de las causales del recurso de revisión.

Después de considerar los cargos formulados por el actor acerca de la carencia de competencia de la directora (e) para destituirlo, de la ausencia de motivación del acto y del desmejoramiento del servicio, manifiesta que ellos fueron analizados por el Tribunal, razón por la cual puede concluirse que en el proceso no se vislumbra una violación flagrante de la Constitución Política.

Luego, se ocupa de la afirmación del actor acerca de que el testimonio de la señora Varela no fue valorado. Al respecto manifiesta:

"Para la Sala tal argumento no es de recibo, toda vez que el Tribunal desestimó las pruebas que pretendían demostrar la desviación de poder. Para sustentar lo anterior la Sala transcribirá un aparte del fallo cuestionado:

'Tampoco obra en el plenario prueba alguna de que la autoridad en la órbita de sus funciones hubiese expedido el acto con fundamento en móviles diferentes a los que ha establecido el legislador, o que ha actuado por intención diferente a la perseguida por la norma que expresa los motivos para los cuales ha sido investido. (fl. 62)'

"Lo anterior significa que de las pruebas obrantes en el proceso, ninguna logró demostrar la desviación de poder, incluyendo, tácitamente, el testimonio que rindió la señora Ángela Varela.

“En cuanto a la acusación hecha por el actor en el sentido de que tampoco se tuvo en cuenta el concepto emitido por la Procuraduría Cuarta Judicial Administrativa Delegada, la Sala dirá que dicho concepto no puede interpretarse como una declaración de obediencia frente a un pronunciamiento que carece de fuerza vinculante.”

Por lo tanto, se concluye que “no podrá decirse que la providencia que se cataloga como vía de hecho fue arbitraria, por el contrario, fue explícita e ilustró al actor del por qué el acto acusado se ajustó a derecho, siendo así, mal se haría en decir que existió una grosera y flagrante violación de la ley, o que obedeció al mero capricho del juez...”

El Consejero Alberto Arango Mantilla se apartó de la decisión, por cuanto consideró que contra las providencias judiciales no procedía en ningún caso la acción de tutela.

### III. PRUEBAS RECOPILADAS

8. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca remitió el expediente a la Corte Constitucional, de acuerdo con solicitud que le fuera formulada por el Magistrado Ponente.

### IV. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

CONSIDERACIONES y fundamentos

Competencia

1. Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9, de la Constitución Política.

#### Problema Jurídico

2. En esta ocasión, el análisis de la Sala de Revisión se concentrará en establecer si la Subsección “D” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico - y, por ende, vulneró el derecho del actor al debido proceso - por cuanto habría omitido valorar el testimonio rendido por la señora Ángela María Vergara al dictar su sentencia del 10 de noviembre de 2005, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el actor contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico, por cuanto no valoró de manera específica la prueba testimonial que obraba en el proceso

3. El actor afirma que el Tribunal incurrió en una vía de hecho al dictar su sentencia, como quiera que no valoró el testimonio rendido por la señora Ángela María Vergara.

Por su parte, el juez de tutela manifiesta que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se refirió en forma tácita al testimonio mencionado, al anotar que en el plenario no obraba “prueba alguna de que la autoridad en la órbita de sus funciones hubiese expedido el acto con fundamento en móviles diferentes a los que ha establecido el legislador, o que ha actuado por intención diferente a la perseguida por la norma que expresa los motivos para

los cuales ha sido investido."

Esta Sala de Revisión no comparte el razonamiento del juez de tutela, por las razones que expone a continuación.

4. En la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho el actor allegó algunos documentos y le solicitó al Tribunal que decretara otras pruebas. Así anexó al proceso (1) copia de la resolución mediante la cual fue declarado insubsistente; (2) copia del memorando mediante el cual fue notificado de ella; (3) copia de la renuncia que presentara; (4) relación sobre la remuneración que recibía; y (5) copias de su acta de posesión y de la del señor Leivis Eduardo Martínez Camargo.

A su vez, le solicitó al Tribunal que decretara distintas pruebas, así:

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

"Ruego a la Honorable Corporación oficialar a la entidad demandada para que allegue en copia íntegra y auténtica los siguientes documentos:

"6. Hoja de vida del Actor RODRIGO TOVAR GARCES y de su reemplazo Doctor LEIVIS EDUARDO MARTÍNEZ CAMARGO.

"7. Copia de los radicados de correspondencia de la Dirección del Fondo de Previsión Social del Congreso de los días 24, 25 y 26 de junio de 2002, con el objeto de probar la irregular expedición del acto administrativo acusado desde el punto de vista cronológico y de su

expedición.

“8. Copia de los radicados y control de memorandos de los días 24, 25 y 26 de junio de 2002 de la Jefatura de Personal del Fondo de Previsión Social del Congreso, documentos requeridos para demostrar la incoherencia cronológica en la expedición del acto administrativo acusado.

“9. Certificación del tiempo de servicios y vigencia del encargo como Directora General del Fondo de Previsión Social del Congreso Doctora IVET PATRICIA BERMÚDEZ AREVALO

“10. Favor requerir a la Entidad Demandada para que allegue las actas de posesión de los meses de junio, julio, agosto y septiembre de los siguientes cargos y profesionales que los ocupan: Director General, Jefe de la Oficina de Planeación, Jefe de Control Interno Disciplinario, Jefe de Prestaciones Económicas, Jefe División Administrativa y Financiera, Jefe de División Médica, Secretario General y Pagador...”

Al mismo tiempo, solicitó que se ordenara la práctica de los testimonios de Cristina Valdez y de Ángela María Varela.

Por su parte, en la contestación de la demanda se solicitó que se ordenara recibir los testimonios de Ivett Patricia Bermúdez Arévalo y Antonio Martínez Joyer.

5. En auto del 9 de febrero de 2004, el Magistrado Ponente ordenó oficiar a la Directora General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, para que se allegaran al proceso “las copias y certificaciones solicitadas en los numerales 6, 7, 8, 9 y 10 del acápite de pruebas de la demanda ...” También se ordenó recibir los dos testimonios solicitados por el demandante, para lo cual se fijó la fecha del 3 de septiembre de 2004.

En el auto se decidió negar los testimonios pedidos por la parte demandada, por cuanto se había omitido aportar el domicilio y residencia de los testigos mencionados.

6. En cumplimiento de la orden del Tribunal, mediante los oficios S.P. 052 y S.P. 057 de los días 24 y 25 de marzo de 2004, el Jefe de Personal del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República remitió distintos documentos al Tribunal.

Al respecto es importante anotar que los documentos remitidos por el Jefe de Personal del Fondo no permiten hacer un seguimiento de los radicados de la correspondencia de la Dirección del Fondo ni de los radicados y control de los memorandos de la Jefatura de Personal del Fondo, entre los días 24 y 26 de junio de 2002, como era la pretensión del demandante.

De otra parte, junto con su oficio S.P. 052, el Jefe de Personal envió copia de “los actos de posesión correspondientes a los meses de junio, julio, agosto y septiembre para los cargos de Director General, Jefe Oficina de Planeación y Sistemas, Jefe de Prestaciones Económicas y Jefe de la División Administrativa y Financiera (...) En cuanto a los demás cargos como Jefe de la División Médica, secretario General y Tesorero, durante ese período no se suscribieron actos de posesión.” Los documentos pertinentes dan cuenta de que:

\* el 14 de junio de 2001 (sic), Alberto Luis Campo Díaz asumió el cargo de Jefe de la División de Prestaciones Económicas Código 2040 Grado 24, para el que había sido designado mediante la resolución N° 00059 del 13 de junio de 2001 (sic)

\* el 13 de junio de 2002, Bertha Luz Bueno Leal asumió el cargo de Jefe de la Oficina de Planeación y Sistemas Código 2405 Grado 25, para el que había sido designada mediante la resolución N° 0065 del 11 de junio de 2002

\* el 28 de junio de 2002, Leivis Eduardo Martínez Camargo asumió el cargo de Jefe de la División Administrativa y Financiera Código 2040 Grado 24, para el que había sido designado mediante la resolución N° 00085 del 27 de junio de 2002.

7. Finalmente, el día 3 de septiembre se realizó la audiencia para recibir los testimonios ordenados. Puesto que la testigo Cristina Valdés no concurrió, se escuchó únicamente el de Ángela María Varela.

El testimonio de Ángela María Varela respalda las afirmaciones del actor acerca de que había sido forzado a renunciar por un miembro de la Unidad de Trabajo Legislativo de un senador de la República. Dice la parte pertinente:

“PREGUNTADO: Conoce Usted a Rodrigo Tovar Garcés, si esto es así, indique cuánto hace, por qué lo conoció y qué tipo de vínculo existe o existió con él. CONTESTÓ. Sí lo conozco, no me acuerdo de la fecha exacta, el día en que ingresé a trabajar al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República en julio de 1999, seguimos siendo amigos después de haber trabajado con él , como lo soy de todos con quienes he trabajado. PREGUNTADO. Narre al despacho lo que le conste sobre los hechos que pudieron dar lugar a la demanda instaurada por Rodrigo Tovar Garcés contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República. CONTESTÓ: En razón de mis funciones que eran diversas en el Fondo, correspondientes a

revisión de indexaciones, elaboración de bonos pensionales, seguimiento a la instalación de software administrativo y financiero y seguimiento a las circulares y comunicaciones de la Superintendencia Bancaria y demás entes de control del Fondo; me correspondía checar la correspondencia de la División Administrativa de Financiera, el miércoles que se produjo la insubstancia del Dr. Tovar, como todos los días entré a la oficina del Dr. Tovar a recoger los documentos y estaba con el Sr. ANTONIO MARTÍNEZ, el Dr. Martínez le estaba solicitando al Dr. Tovar se levantara el sello restrictivo de un cheque girado a favor del señor Alfonso Gómez Oñoro por solicitud de un tercero del cual no estoy segura porque no me consta, el cheque era del Banco Ganadero (...) por retroactividad y pensión de Alfonso Gómez Oñoro (...) El Dr. Rodrigo Tovar se negó a levantar el sello restrictivo para que se cobrara el cheque por dos razones. 1. Una circular expresa de la Superbancaria (...) en donde lo prohibía expresamente y 2. Ya teníamos un caso anterior que se había puesto en conocimiento de la Oficina de Control Interno por un cheque de Carlos Serra García (...) PREGUNTADO: Qué tienen que ver estos hechos y datos de los documentos que está leyendo con la insubstancia del Dr. Tovar Garcés. CONTESTÓ. Porque ante la negativa de levantar el sello del Dr. Tovar, el Sr. Martínez solicitó la renuncia inmediata del Dr. Tovar. Quiero anexar al expediente copias Memorando 278 donde se menciona la prohibición del levantamiento de sellos restrictivos a cheques de mencionadas (sic) pensionales, copia de la comunicación del Dr. Rodrigo Tovar informando a control interno del incidente y copia del cheque que no presenta el endoso del beneficiario y las constancias y autorizaciones del Sr. Carlos Serra García radicadas en el Fondo, en donde las firmas ni las cédulas coinciden. PREGUNTADO: Sírvase manifestar por qué motivo se encontraba Usted presente en la reunión entre el Dr. Antonio Martínez y el Dr. Rodrigo Tovar y exprese qué cargo desempeñaba el Dr. Martínez. CONTESTÓ. Como lo mencioné antes, entre mis funciones se encontraba la de revisar la correspondencia y proyectar parte de las respuestas que tenía que firmar el Dr. Rodrigo Tovar y entré a la oficina como todos los días lo hacía entre 9:00 y 9:30 A.M. Antonio Martínez era un trabajador de la Unidad de Trabajo Legislativo del Senador Luis Vives. El señor Antonio Martínez estaba regularmente dando órdenes, presumo que por considerar que el Fondo es un fortín político del Sr. Vives él da órdenes. (...) PREGUNTADO: Por qué presume Usted que esta reunión dio lugar a la insubstancia del nombramiento del Sr. Tovar en el Fondo de Previsión Social del Congreso. CONTESTÓ. Yo no presumo, yo oí cuando el Sr. Antonio Martínez le dijo al Sr. Tovar 'o haces esto o pasas la renuncia' y cuando fue a salir de la oficina el Dr. Martínez le dijo 'el Senador espera su renuncia y si no ya sabe.'

PREGUNTADO: En qué fecha se produjo la insubsistencia del nombramiento del Dr. Tovar? CONTESTÓ. Lo que me consta es que el Dr. Tovar salió y le dictó una carta de renuncia a su secretaria Sra. Cristina no recuerdo el apellido. PREGUNTADO: Pudo Usted hablar con el Director del Fondo de Previsión Social sobre la causa a la que Usted atribuye la insubsistencia del nombramiento del Dr. Tovar. CONTESTÓ. No, no tuve la oportunidad de hablar con la Directora Ivette Bermúdez (samaria) sobre esto. PREGUNTADO: Si lo conoció, exprese qué otra versión ha conocido sobre las causas de la insubsistencia del nombramiento del Dr. Tovar. CONTESTÓ. No, no conozco otra versión. PREGUNTADO: Sabe Usted si el Dr. Tovar tiene la misma versión suya sobre estos hechos CONTESTÓ. Tiene que ser la misma porque fue lo que pasó. PREGUNTADO: Si ocurrió, cuéntele al Despacho en qué oportunidad trató Usted el tema con el Dr. Tovar. CONTESTÓ. Él me comentó que iba a demandar y me preguntó si me podía poner de testigo para que dijera lo que me constaba y yo le contesté que sí..."

Es importante anotar que el apoderado del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República estuvo presente en la audiencia. Él interrogó así a la testigo:

"PREGUNTADO: Sírvase manifestar si conoció al Dr. Tovar antes de vincularse al Fondo del Congreso. CONTESTÓ: No, lo conocí el día que ingresé al Fondo del Congreso, ese día me lo presentaron. PREGUNTADO: Sírvase manifestar cómo se enteró de la existencia de FONPRECON y a través de qué dependencia fue su vinculación contractual. CONTESTÓ: Un empleado de la Superintendencia Bancaria, no me acuerdo su nombre, y que ejercía la vigilancia de FONPRECON y en su momento ejerció la vigilancia del Fondo de Pensiones de Cundinamarca en donde yo coordiné dicho Fondo durante dos años y él me dijo que en FONPRECON estaban buscando una persona para desarrollar las funciones de indexaciones y bonos pensionales. La primera persona con la que yo hablé en FONPRECON fue el Dr. Rodrigo Tovar, porque él era el Jefe de la División Administrativa y Financiera, luego hablé con el Sr.

Iván Gutiérrez Noguera quien me entrevistó ese día como director del Fondo y luego me envió donde Constanza Vanegas Jefe de Servicios Generales para hacer el contrato conmigo.

PREGUNTADO: Sírvase manifestar si Usted sabía que el señor Martínez no es funcionario del Fondo de Previsión del Congreso CONTESTÓ: Sabía que era de la Unidad de Trabajo Legislativo del Senador Vives pero en repetidas ocasiones lo vi en el Fondo dando órdenes.

PREGUNTADO: Sírvase manifestar en qué momento pensó tomar fotocopias de los documentos que aporta a la diligencia y cómo obtuvo esos documentos CONTESTÓ: Yo proyecté para la firma del Dr. Tovar la carta referida al cheque del Sr. Serra García Carlos, igualmente estuve pendiente del suministro de la copia del cheque cobrado en el Banco Ganadero de este beneficiario. El ejercicio de mi profesión en cargos públicos y privados frente a la administración financiera de las empresas me ha enseñado que cuando existen incidentes como el del Señor Serra García se debe informar y guardar por un tiempo prudencial copia de los documentos sobre el incidente.

PREGUNTADO: Sírvase manifestar si guardó esos documentos en su archivo personal o los puso en conocimiento de la autoridad competente.

CONTESTÓ: Como lo manifesté guardé fotocopias pero después de haberse informado a la Oficina de Control Interno del Fondo como consta en la copia del memorando que se anexa a mi declaración.

PREGUNTADO: Sírvase manifestar si había otras personas presentes en la oficina del Dr. Rodrigo Tovar el día que ocurrieron los hechos y que puedan corroborar su versión de los hechos.

CONTESTÓ: Me parece que la afirmación del Dr. Antonio Martínez pidiendo la renuncia a nombre del senador fue escuchada por mucha gente, porque él gritó, por su secretaria Cristina que vive bajando por la calle 67 debajo de la Caracas y había un muchacho que hacía vueltas allí, era de servicios generales EDGAR VALDERRAMA

PREGUNTADO: En qué momento ocurrió su desvinculación del Fondo del Congreso y por qué se occasionó CONTESTÓ: Fue en el 2002, unos días después del retiro del Dr. Tovar, por cancelación de la orden de trabajo con FONPRECON, sin embargo quiero manifestarle que el señor Leivis Martínez luego de terminar mi contrato solicitó mi colaboración para la realización de su trabajo en varias oportunidades y se la presté para indicadores y análisis de riego de entidades vinculadas al Fondo, cálculo del patrimonio técnico de las entidades vinculadas, porque este señor reemplazó al Dr. Tovar y además me dijo que era primo del Sr. Antonio Martínez.

PREGUNTADO POR EL DESPACHO: Tiene algo que agregar a esta audiencia.

CONTESTÓ: Básicamente creo que las órdenes del Fondo si eran de parte del Senador y obviamente uno tiene convicciones y debe hacerlas valer por encima de las órdenes.”

8. En los alegatos de conclusión, el Ministerio Público valora las afirmaciones de la testigo y manifiesta que ellas corroboran lo manifestado por el actor. También la apoderada del actor fundamenta buena parte de su alegato en el testimonio de la señora Vergara.

Por su parte, la apoderada del Fondo destina su escrito a explicar que el actor era un funcionario de libre nombramiento y remoción y que, por lo tanto, podía ser declarado insubsistente en ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración, mediante un acto administrativo que no fuera motivado. Solamente el último párrafo se refiere de manera tangencial al testimonio que obraba dentro del proceso:

“En cuanto a la afirmación que la renuncia le fue solicitada por una persona no vinculada a la entidad, no existe en la hoja de vida del doctor RODRIGO TOVAR GARCES, documento alguno en el cual denunciara esta irregularidad, con excepción de una nota colocada a mano en el memorando N° 172 del 26 de junio de 220, por medio del cual se le comunica la resolución N° 00084 del 24 de junio de 2002, que declara su insubsistencia, tampoco aparece probado dicha afirmación durante el proceso, por consiguiente no puede ser tenida en cuenta.”

9. La sentencia menciona el testimonio en el aparte en que relaciona las pruebas recaudadas con las siguientes palabras: “Obra a folios 195 a 198 del expediente el testimonio de Ángela María Varela.” Luego, en el punto 7, “Solución por parte de la Sala al caso en estudio”, analiza en profundidad los cuestionamientos del actor acerca de que la directora (e) no tenía facultades para declarar la insubsistencia del actor; acerca de la falta de motivación del acto administrativo y de la no anotación de las razones de la declaración de insubsistencia en la hoja de vida del demandante; y acerca del desmejoramiento en el servicio, por causa de la

mayor experiencia del actor.

Después, anota:

"Finalmente, la Sala observa que tampoco se probó fehacientemente dentro del proceso que al demandante se le haya exigido la renuncia al cargo por parte del doctor Antonio Martínez, según exigencia del Senador Luis Eduardo Vives, pues si bien se lee del escrito de presentación de la renuncia por parte del actor (f. 4) de fecha 26 de junio de 2002, también lo es que la resolución por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento es de fecha 24 de junio de 2002, dos días después (sic) de que, según lo afirma el actor en el hecho N° 7 de la demanda se le exigiera la renuncia el 26 de junio de 2002."

Y para terminar manifiesta que no se había probado que se hubiera dado un desvío de poder. Para ello afirma que no se había demostrado que se hubiera materializado un desmejoramiento en el servicio. Además, expresa:

"Tampoco obra en el plenario prueba alguna de que la autoridad nominadora en la órbita de sus funciones hubiese expedido el acto con fundamento en móviles diferentes a los que ha establecido el Legislador o que ha actuado por intención diferente a la perseguida por la norma que expresa los motivos para los cuales ha sido investida de competencia."

Este párrafo es el que menciona precisamente el juez de tutela para rebatir la aseveración del actor en la demanda de tutela acerca de que el testimonio de la señora Varela no había sido valorado. El Consejo de Estado afirma que el Tribunal se había referido tácitamente al testimonio al indicar que en el proceso no obraba ninguna prueba que sustentara la aseveración del actor acerca de que el acto administrativo había sido expedido con propósitos diferentes a los establecidos por el Legislador.

10. La Sala de Revisión no comparte la posición del juez de tutela. Sin duda alguna, el testimonio de la señora Vergara versa sobre lo afirmado por el actor en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho acerca de que había sido presionado a renunciar por un asistente de un miembro del Senado de la República. Puesto que el testimonio versó claramente sobre este aspecto, el Tribunal no podía dejar de analizar de manera específica la prueba, bien sea para asumir lo que en ella se expresa o para desestimarla. Es decir, el Tribunal tenía que establecer en su sentencia una posición explícita respecto de esta prueba para determinar si la desechaba o la valoraba positivamente.

Por eso, no puede aceptarse que la hubiera descartado de una manera tácita, con la simple indicación de que no obraba en el proceso “prueba alguna” acerca de que el acto administrativo había sido expedido con móviles distintos a los establecidos por el Legislador. En realidad, en el proceso obra una prueba que versa sobre las aseveraciones del actor. Y si ello es así, lo menos que cabe esperar es que el juez determine específicamente si esa prueba tiene valor para el proceso. No hacerlo constituye una vía de hecho por defecto fáctico, por omitir el análisis de una prueba determinante para el desenlace del litigio.

En efecto, sobre la vía de hecho por defecto fáctico, en su dimensión omisiva, dijo la Corte en la sentencia SU-159 de 20021:

“Si bien el juzgador goza de un amplio margen para valorar el material probatorio en el cual ha de fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, ‘inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (arts. 187 C.P.C y 61 C.P.L)’<sup>2</sup>, dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria; su actividad evaluativa probatoria implica, necesariamente, la adopción de criterios objetivos<sup>3</sup>, no simplemente supuestos por el juez, racionales<sup>4</sup>, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos<sup>5</sup>, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.

“Así, los defectos fácticos pueden agruparse en dos clases. La primera, la dimensión omisiva, comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez<sup>6</sup>. La segunda, la dimensión positiva, abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución<sup>7</sup>.

“Por eso, en lo que respecta a la dimensión omisiva, ‘no se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba’<sup>8</sup> que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración<sup>9</sup>, cuando sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente<sup>10</sup>.”

Por lo tanto, se declarará que el Tribunal incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico, por omitir el análisis de una prueba que era determinante para definir el sentido de la sentencia. Esta omisión vulneró el derecho del actor a gozar de un debido proceso. De esta manera, se revocará la sentencia de tutela y, en su lugar, se concederá la protección solicitada. En

consecuencia, se ordenará al Tribunal que dicte una nueva sentencia, en la que deberá analizar de manera expresa y específica el testimonio rendido por la señora Vergara, para determinar si lo descarta o si lo valora positivamente. Nada de lo dicho en la presente sentencia implica una valoración por parte de esta Sala de dicho testimonio.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

### RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dictada el 24 de mayo de 2006, mediante la cual se negó la acción de tutela presentada por Rodrigo Tovar Garcés contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En su lugar, se CONCEDE la tutela impetrada.

Segundo.- Dejar sin efecto la sentencia dictada por la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 10 de noviembre de 2005, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Rodrigo Tovar Garcés contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República. La Subsección deberá dictar una nueva sentencia en la que analice explícitamente el valor del testimonio rendido por Ángela María Vergara.

Tercero.- Ordenarle a Secretaría General que envíe a la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Rodrigo Tovar Garcés contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

Cuarto.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, la Sección Segunda del Consejo de Estado notificará esta sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la comunicación a la que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto.- Líbrese por la Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado Ponente

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

2 Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

3 Cfr. sentencia SU-1300 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte encontró perfectamente razonable la valoración de las pruebas que hizo el Juez Regional en la sentencia anticipada. El Juez no omitió ni ignoró prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento objetivo. “El hecho de que el incremento patrimonial no justificado del procesado, se derivó de actividades delictivas se probó a través de la confesión de {varios testigos}, y de un conjunto concurrente de indicios, entre los cuales sobresale el hecho de que las cuentas en las cuales se consignaron la mayoría de los 23 cheques recibidos por el peticionario, fueron abiertas por él usando información falsa y las fotocopias de las cédulas

de sus empleados que aparecían en los archivos de las empresas constructoras de la familia".

4 Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

5 Cfr. sentencia T-538 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa oportunidad se le concedió la tutela al peticionario por la indebida apreciación que hace el juez de la conducta asumida por una de las partes, que se atuvo a la interpretación que de unos términos hizo el secretario del juzgado, que le lleva a negarle la interposición de un recurso del que depende la suerte del proceso penal.

6 Cfr., por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994.

7 Cfr. la ya citada sentencia T-538 de 1994.

8 Ibíd. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell. Se dijo en esa oportunidad: "Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales".

9 Cfr. sentencia T-576 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía. En aquella oportunidad se concedió la tutela, pues todos estos antecedentes, y, en especial, el hecho de que el Inspector tomó la decisión en contra de la parte lanzada sin sustento probatorio, conducirán a la Sala a la conclusión de ver aquí una vía de hecho, y a la decisión de tutelar el derecho al debido proceso de Norma Sánchez, aclarando que si bien, en principio, la Corte no puede sustituir al funcionario de policía en la apreciación de las pruebas, cuando hay una transgresión ostensible y grave de los más elementales principios jurídicos probatorios, la Corporación no puede permanecer impasible frente a la violación del derecho al debido proceso, derecho constitucional fundamental según el artículo 29 de la Carta.

10 Cfr. sentencia T-239 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Para la Corte es claro que, "cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante

en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.