

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION DEL NIVEL ASESOR – Por no generación de confianza en los jurídicos conceptos que emite. Facultad discrecional

Entre las funciones atribuidas a los empleos del nivel asesor, se encuentran las siguientes: " Asesorar a las directivas en la formulación, la coordinación y la ejecución de las políticas y los planes generales de la entidad ", " Absolver consultas, prestar asistencia técnica y emitir conceptos en los asuntos encomendados por la administración " y " Aportar elementos de juicio para la toma de decisiones relacionadas con la adopción, la ejecución y el control de los programas propios del organismo " Artículo 3º, numerales 1º, 2º y 3º del Decreto 590 de 1993. Como se advierte, son claramente funciones en las cuales se requiere una confianza y afinidad especial con el empleado que las desempeñe. Si la labor de asesoría consiste en dar un consejo, una opinión, un juicio, a una persona u órgano que tiene que tomar una decisión o fijar una política referente a una entidad, y por tanto, puede tener cierta incidencia en la determinación que se produzca, es necesario que el nominador del Asesor tenga una gran confianza en el criterio del funcionario que realiza tal labor. Así pues, los cuestionamientos que sobre la labor de la actora hicieron los Comisionados, demuestran una desconfianza en su criterio profesional, que podía dar lugar a la insubsistencia, sin perjuicio de que los mismos puedan ser o no admisibles jurídicamente. Los testimonios relacionados llevan a la Sala a la convicción de que la insubsistencia de la actora se dio por motivos netamente institucionales y no personales, habida cuenta de que los criterios por ella esbozados, no le generaban confianza a la mayoría de los Comisionados. El hecho de que en cada campo jurídico donde se debatieron los asuntos conceptuados por la actora, se le haya dado jurídicamente la razón, no le cercena la facultad que constitucionalmente ostenta el nominador frente a sus funcionarios de libre nombramiento y remoción, cual es la de la discrecionalidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-03955-01(1380-08)

Actor: FABIOLA RAMOS BERMUDEZ

Demandado: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

**AUTORIDADES NACIONALES
APELACION SENTENCIA**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por las partes contra

la sentencia proferida por la Subsección "C" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 21 de febrero de 2008, dentro del proceso promovido por Fabiola Ramos Bermúdez contra la Comisión Nacional de Televisión.

ANTECEDENTES

Fabiola Ramos Bermúdez, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad de la **Resolución 873 del 1º de diciembre de 2005**, por medio de la cual el Director de la Comisión Nacional de Televisión la declaró insubsistente del cargo de Subdirectora, grado de remuneración 17, de la Subdirección de Asuntos Legales.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la Comisión Nacional de Televisión reintegrarla al mismo cargo que venía desempeñando, o a otro de igual o superior jerarquía, y el pago de todos los salarios, prestaciones, indemnizaciones y demás derechos laborales dejados de devengar desde su retiro hasta que se haga efectivo el reintegro.

Pide además que se ordene que para todos los efectos legales no ha existido solución continuidad en la prestación del servicio y que las condenas a que haya lugar sean actualizadas en su valor, de conformidad con los artículos 177 y 178 del C.C.A.

Entre los fundamentos fácticos expresa que fue nombrada mediante Resolución No. 961 del 1º de octubre de 2002, para desempeñar el cargo de Subdirector, grado 20, de la Planta de Personal de la Comisión, el cual cambió su denominación, en virtud de las Resoluciones Nos. 116 y 117 del 21 de febrero de 2003, a la de Subdirector grado 17, y en ese orden desarrolló sus funciones en la Subdirección de Asuntos Legales.

Destaca que durante el tiempo en que prestó sus servicios en la citada dependencia demostró ser una empleada honesta, eficaz, dedicada y responsable en el ejercicio de sus labores; no obstante, en sesión ordinaria de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión del 1º de diciembre de 2005, se

acordó declararla insubsistente, decisión que se concretó a través de la Resolución demandada.

Considera que los Comisionados que adoptaron la decisión tenían el interés de retirarla del servicio y por eso acudieron a los conceptos y recomendaciones que había emitido en relación con las labores propias del cargo, con el fin de justificar una insubsistencia.

Dice que lo anterior se vio reflejado en la actitud asumida por los Comisionados Figueroa Clausen, Maestre Cuello y Álvarez Corredor, al imputarle negligencia, irresponsabilidad y mal manejo de un proceso judicial que cursó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sin tener en cuenta que su gestión diligente dio como resultado una decisión favorable por parte del Consejo de Estado.

De igual manera pone de presente la molestia que causó en tales Comisionados el concepto desfavorable que emitió respecto de una conciliación que se quería llevar a cabo con la Universidad del Rosario por valor de \$25.000.000.000, por lo ilegal y lesivo que sería para el patrimonio de la entidad.

También trae a colación el caso de unas sanciones que la Comisión había impuesto al cable operador CABLEPACÍFICO como resultado de unas investigaciones adelantadas por la dependencia de la que era titular. De este caso destaca el interés marcado por parte del Comisionado Álvarez Corredor para que se resolviera favorablemente un recurso de reposición que se interpuso contra la decisión sancionatoria, toda vez que este tenía una relación de amistad con el representante legal del referido operador de televisión por suscripción.

Agrega que una vez declarada insubsistente, el citado Comisionado le solicitó a la recién designada Subdirectora de Asuntos Legales, mediante un memorando fechado 21 de diciembre de 2005, que emitiera un nuevo concepto respecto de las sanciones impuestas, por cuanto el emitido por ella carecía de imparcialidad y objetividad.

Resalta que otra actuación que causó molestia entre algunos de los Comisionados que cuestionaban sus actuaciones, fue el hecho de no considerar procedente la segunda prórroga de los contratos de concesión para la prestación del servicio de

televisión por suscripción, pues había recomendado que la adjudicación se hiciera por licitación pública. No obstante lo anterior, la Junta Directiva determinó que los contratos sí eran prorrogables.

Refiere que con el fin de establecer el valor de las prórrogas, la demandada suscribió un contrato de prestación de servicios con la Universidad Nacional, la que en ejecución del mismo conceptuó sobre la improcedencia de la segunda prórroga de los contratos para la prestación del servicio de televisión por suscripción. Añade que la misma posición asumió el Departamento Nacional de Planeación, en virtud de una consulta que elevó el Jefe de la Oficina de Planeación de la Comisión para que conceptuara al respecto.

Advierte que su reemplazo emitió un concepto totalmente contrario a lo preceptuado por el ente universitario y el Departamento Administrativo; con todo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al decidir una acción de cumplimiento, ordenó a la Comisión abstenerse de perfeccionar una nueva prórroga del contrato suscrito con la sociedad TV CABLE S.A. y procediera a agotar el procedimiento de la licitación, dándole jurídicamente la razón en cuanto a la ilegalidad de nuevas prórrogas en dichos contratos.

Considera que estos fueron los motivos que originaron la declaratoria de insubsistencia, la cual fue impulsada por tres de los cinco Comisionados en la reunión ordinaria de la Junta Directiva llevada a cabo el 1º de diciembre de 2005, sin que en el acta de la reunión se dejara constancia acerca de las razones del servicio que sustentaban tal decisión.

Como normas violadas invocó los artículos 1, 2, 6, 53, 121 y 125 de la Constitución Política, y 36 y 84 del Código Contencioso Administrativo. Al desarrollar el concepto de violación, indicó que al proferir el acto acusado la Administración incurrió en falsa motivación, expedición irregular del acto y desviación de poder, los cuales hace consistir, básicamente, en que no se expusieron los motivos que justificaran su salida o las razones del buen servicio que tenía la entidad para tal declaratoria, teniendo en cuenta que el nominador es un órgano colegiado que no tuvo unanimidad al momento de tomar la decisión.

Contestación de la demanda: El apoderado de la Comisión Nacional de Televisión

en la oportunidad procesal correspondiente, se opuso a las pretensiones de la demanda.

Luego de precisar las normas que determinan la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Televisión y el régimen establecido para la administración del personal, expresó que el cargo desempeñado por la actora era de libre nombramiento y remoción y por ende su nombramiento podía ser declarado insubsistente en cualquier tiempo. Agregó que la decisión fue producto de la facultad discrecional que la Ley le otorga al nominador y se dio por razones del servicio, las cuales no fueron desvirtuadas por la parte demandante.

En lo tocante a la desviación de poder, fundada en una persecución laboral en su contra, la cual se vio reflejada en la actitud asumida por algunos Comisionados por los conceptos que emitía en su condición de Subdirectora de Asuntos Legales, dijo que dichos conceptos no eran de obligatorio cumplimiento para la Junta Directiva de la Comisión, debido a que los mismos eran emitidos conforme a lo establecido en el artículo 25 del C.C.A. para consideración de la Junta. Añadió que si la demandante tenía conocimiento de que sus conceptos eran contrarios a intereses personales de los miembros de la Junta Directiva, debió poner el hecho a consideración de las autoridades competentes.

Finalmente propuso la excepción denominada "*Ausencia de legalidad de los Actos Acusados*". (fl. 66)

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la Resolución demandada y en consecuencia, ordenó el reintegro de la demandante al cargo que venía desempeñando, y el pago de salarios y demás prestaciones dejadas de devengar desde el momento del retiro hasta que se produzca el reintegro decretado.

Consideró que la declaratoria de insubsistencia se profirió sin que la minoría de los miembros del órgano colectivo supiera las razones o motivos que tuvo la mayoría para tomar tal decisión.

Coincidió con la declaración rendida por el Comisionado Eduardo Noriega de la Hoz, en cuanto dijo que la Comisión confunde la motivación del acto con las razones para prescindir de los servicios de la funcionaria, las cuales debió dejar plasmadas en el acta de la reunión ordinaria donde por decisión mayoritaria se acogió la propuesta de la declaratoria de insubsistencia de la actora, toda vez que los Comisionados que no estuvieron de acuerdo con la decisión nunca supieron los verdaderos motivos de la insubsistencia.

Aunado a lo anterior, trajo a colación las declaraciones rendidas por José Orlando Rodríguez Guerrero, Germán Roy Yances Peña y Jaime Niño Díez, las cuales hacen referencia a las calidades personales y profesionales de la actora, que a pesar de que no otorgan por sí solas fuero de estabilidad alguno, fueron considerados como un elemento indicador para comprobar que la razón del retiro no fue la de mejorar el servicio.

LA APELACION

La sentencia fue apelada por ambas partes.

Del extenso escrito allegado por la **parte demandada** se pueden extraer las siguientes inconformidades con la sentencia proferida por el a-quo (fls. 385 a 419):

Afirma que la Resolución acusada no tenía porqué explicar los propósitos que animaron a la Administración a tomar tal decisión, toda vez que la misma se emitió en ejercicio de la facultad discrecional.

Advierte que la solicitud de nulidad en la demanda recayó sobre la Resolución 873 del 1º de diciembre de 2005 y sin embargo, la crítica que el Tribunal hace frente al caso concreto está orientada hacia el Acta de la Junta Directiva No. 1207, documento que no fue objeto de censura por la parte demandante.

Considera que en la sentencia de primera instancia existe una contradicción cuando se afirma que la decisión de insubsistencia se tomó sin explicación alguna de las razones o motivos que el nominador colectivo tuvo para retirarla del servicio, cuando es sabido que el acto que declara insubsistente un nombramiento respecto de un cargo de libre nombramiento y remoción, no necesita ser motivado.

Destaca que a lo largo del debate procesal no se allegó prueba alguna que demostrara que la decisión adoptada por la Junta Directiva de la Comisión se haya llevado a cabo por causas distintas al mejoramiento del servicio. Agrega que ninguna de las versiones contenidas en las declaraciones recepcionadas en primera instancia logra demostrar que con la designación del reemplazo de la actora se hubiere desmejorado el servicio.

Dice que la declaratoria de nulidad del acto acusado con base en una supuesta desviación de poder, tuvo su sustento en imputaciones genéricas de la parte demandante que quedan en el campo de las meras especulaciones y conjeturas, olvidando con esto la jurisprudencia que al respecto ha sentado el Consejo de Estado, en el sentido de que quien alegue una desviación de poder tendrá que demostrar no sólo que el acto se expidió en contravía del interés general, sino que se profirió con otro fin diferente y que este último no sea acorde con el servicio.

Finalmente critica la valoración que el a-quo le dio a las declaraciones recepcionadas, por considerar que de estas no se logra inferir que con la desvinculación de la actora y el nombramiento de su reemplazo, se haya desmejorado el servicio, y que por lo mismo haya existido irregularidad en la expedición del acto administrativo.

Por su parte, **el apoderado de la actora** solicita que se revoque el fallo del Tribunal en lo relacionado con la orden de descontar lo percibido por la demandante en otras entidades públicas mientras estuvo desvinculada de la Comisión, pues a su juicio la prohibición de la doble asignación está relacionada necesariamente con el impedimento para desempeñar dos o más empleos públicos a la vez, situación que no ocurrió con la actora.

CONSIDERACIONES

Corresponde en esta instancia determinar si en la expedición de la Resolución 873 del 1º de diciembre de 2005 (fl.2) el nominador incurrió en falsa motivación, desviación de poder o expedición irregular del acto.

En primer lugar se dirá que de conformidad con la Ley 182 de 1995¹ el cargo de Subdirectora, grado 17 de la Subdirección de Asuntos Legales que venía desempeñando la actora hasta el momento de su desvinculación era catalogado como de dirección y confianza² y por ende de libre nombramiento y remoción según lo establecido en el artículo 15 de la misma disposición, la cual se transcribe:

“ARTÍCULO 15. FUNCIONARIOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Los empleados de la Comisión Nacional de Televisión tendrán la calidad de empleados públicos, y como tales estarán sometidos al correspondiente régimen constitucional y legal de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades.

Son empleados de libre nombramiento y remoción aquellos que estén adscritos al nivel directivo de la Comisión, o que no perteneciendo a éste desempeñen cargos de dirección o confianza. Los demás empleados serán de carrera administrativa.”

Así las cosas, el nombramiento de la señora Fabiola Ramos Bermúdez podía ser declarado insubsistente en cualquier momento por la Junta Directiva de la entidad, por ser el nominador, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 182 de 1995, en virtud de la facultad discrecional que le otorga la Ley sin que en el acto que así lo dispusiera se expresaran las razones o motivos que dieron origen a tal declaratoria.

Por lo anterior, la Resolución acusada se limitó a declarar insubsistente el nombramiento de la actora sin expresar los motivos o razones que tuvo, siendo entonces un acto inmotivado, es decir sin motivo expreso; y teniendo en cuenta que la causal de nulidad “falsa motivación” de un acto administrativo, hace referencia a su fundamento **fáctico**, por ser contrario a la realidad, resulta imposible para la Sala que respecto de él pueda predicarse una falsa motivación.

Ahora, el Acta de Junta Directiva No. 1207, sobre la cual recae la mayor parte de las críticas en este asunto, sólo contiene la propuesta, que no la decisión propiamente dicha, de unos Comisionados de solicitar el retiro de la actora y su correspondiente reemplazo.

¹ “Por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones”

² inciso 3 del literal g del artículo 12 ibidem

La referida Acta No. 1207, correspondiente a la reunión ordinaria de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, trató el tema de la declaratoria de insubsistencia de la actora así:

"4. VARIOS.

*La comisionada ADELA MAESTRE CUELLO **somete a consideración y a votación de la JUNTA DIRECTIVA** la insubsistencia de la Dra. FABIOLA RAMOS y en su reemplazo propone se nombre a la Dra. MARIA DEL PILAR BAHAMON abogada que ha sido funcionaria de la CNTV.*

EL DIRECTOR somete a votación la propuesta de la Comisionada ADELA MAESTRE CUELLO.

El Comisionado EDUARDO NORIEGA DE LA HOZ solicita oír la razón de la declaración de insubsistencia de la Dra. FABIOLA RAMOS y que ella quede consignada en el Acta.

La Comisionada ADELA MAESTRE CUELLO expresa que es discrecional de la JUNTA DIRECTIVA decidir sobre los cargos de libre nombramiento y remoción.

El Comisionado EDUARDO NORIEGA DE LA HOZ solicita quede constancia en el Acta de su opinión jurídica, la cual es que existe reiterada, clara y suficiente jurisprudencia sobre que los cargos de libre nombramiento y remoción no significan que el nominador, en este caso la JUNTA DIRECTIVA de la CNTV pueda tomar decisiones arbitrarias sin explicar la razón de la propuesta, que si se aprueba, sería una decisión arbitraria.

El Comisionado FERNANDO ALVAREZ CORREDOR manifiesta que mirando las decisiones anteriores en tal sentido, cree que la Dra. MAESTRE CUELLO tiene razón sobre la discrecionalidad y deja constancia de que el Dr. NORIEGA DE LA HOZ quiere motivar una cosa que no se debe motivar.

El Comisionado EDUARDO NORIEGA DE LA HOZ explica que una cosa es que el acto administrativo no se motive, pero que el nominador si debe tener unas razones y como este es un cuerpo plural se pide exponer las razones de quien tiene la iniciativa, razones para declarar la insubsistencia y razones para nombrar a la candidata que se propone en reemplazo de la Dra. FABIOLA RAMOS.

(...)

La Comisionada ADELA MAESTRE CUELLO solicita que se someta a votación su propuesta.

EL DIRECTOR somete a votación la propuesta realizada por la Dra. MAESTRE CUELLO.

El Comisionado DARIO MONTENEGRO TRUJILLO expresa que la propuesta acompañada por el, es la de pedir la renuncia a todos los funcionarios de libre nombramiento y remoción, de lo contrario no.

El Comisionado FERNANDO ALVAREZ CORREDOR expresa estar en desacuerdo con la propuesta del Dr. MONTENEGRO TRUJILLO, respecto a que hay que reevaluar funcionarios de los que permanentemente se oyen quejas, así como de otros no, creyendo se debe votar lo propuesto por la Dra. MAESTRE CUELLO y evaluar permanentemente a los demás para el mejoramiento de la calidad de la Comisión, siendo perfectamente legítimo decidir sobre un caso y permanentemente seguir mirando las demás personas.

(...)

EL DIRECTOR somete a consideración la propuesta de la Dra. MAESTRE CUELLO.

El Comisionado DARIO MONTENEGRO TRUJILLO cree que existen dos propuestas una la insubsistencia y otra el nombramiento.

EL DIRECTOR entonces somete a consideración la insubsistencia de la Subdirectora de Jurídica y manifiesta que acoge la propuesta de la Dra. MAESTRE CUELLO así como la del nombramiento de la Dra. MARIA DEL PILAR BAHAMON.

El Comisionado EDUARDO NORIEGA DE LA HOZ vota negativamente la insubsistencia de la Dra. FABIOLA RAMOS y pide que a la elaboración de esta Acta, se le de toda la prioridad y quiere además invitar a la Junta para que reflexione seriamente como se esta manejando la Entidad, la cual considera esta siendo dirigida de manera totalmente desacertada, como miembro de la Junta Directiva va a preocuparse permanentemente por la dirección y administración que se le de y que hay una exigencia adicional a quien es el Director. Encuentra absolutamente inexplicable que a una funcionaria que ha dado muestras de excelencia en su trabajo como la que más, se declare insubsistente en un momento en que se necesita claridad jurídica y, que a la Junta no se traen las decisiones que hay que adoptar con urgencia (...)

El Comisionado FERNANDO ALVAREZ manifiesta que acompaña tanto la propuesta de insubsistencia de la Dra. FABIOLA RAMOS, como la segunda propuesta de nombrar a la Dra. MARIA DEL PILAR BAHAMON (sic), como Subdirectora de Asuntos Legales.

El Comisionado DARIO MONTENEGRO (sic) TRUJILLO vota negativamente la propuesta de insubsistencia de la Dra. FABIOLA RAMOS y positivamente el nombramiento de la Dra. MARIA DEL PILAR BAHAMON.

El Comisionado EDUARDO NORIEGA DE LA HOZ vota negativamente el nombramiento de la Dra. MARIA DEL PILAR BAHAMON por considerar la declaratoria de insubsistencia de la Dra. FABIOLA RAMOS, irregular e ilegal, siendo consistente con sus decisiones y no teniendo nada que ver con quien se propone nombrar, a quien conoce y aprecia.

La JUNTA DIRECTIVA con el voto de los Comisionados JORGE FIGUEROA CLAUSEN, ADELA MAESTRE CUELLO Y FERNANDO ALVAREZ CORREDOR declara insubsistente el nombramiento de la Dra. FABIOLA RAMOS, como Subdirectora de Asuntos Legales de la CNTV.

La JUNTA DIRECTIVA con el voto de los Comisionados JORGE FIGUEROA CLAUSEN, ADELA MAESTRE CUELLO, FERNANDO ALVAREZ CORREDOR y DARIO MONTENEGRO TRUJILLO nombra a la Dra. MARIA DEL PILAR BAHAMON como Subdirectora de Asuntos Legales de la CNTV.” (fls. 15 a 19)

Las intervenciones que reposan en dicha Acta no pueden tomarse sino como un indicio, que junto con otros deben llevar al Juez de conocimiento a la convicción de que la razón que tuvo la Administración para expedir el acto acusado no fue el mejoramiento del servicio público.

Por eso, la Sala analizará los argumentos relacionados con la desviación de poder, los cuales hace consistir la actora en la persecución desatada en su contra, por cuanto en su despliegue laboral emitió algunos conceptos en contravía de los intereses particulares de algunos Comisionados

Para ello se pondrán de presente los siguientes testimonios:

Jaime Niño Díez, quien conoció a la actora por haber desempeñado el cargo de miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión entre el 7 de mayo de 2001 y el 5 de octubre de 2005, manifestó:

*“Los motivos exactos no los conocí, porque **yo ya no era miembro de la Junta Directiva en ese momento** pero si recuerdo que cuando era Comisionado la posibilidad del retiro de ella si se debatió en la junta a solicitud de los Comisionados Adela Maestre y Fernando Álvarez, **aduciendo como motivos los conceptos elaborados por la Comisión referidos primero al proceso del señor José Enoc Cano Mora contra la CNTV; segundo respecto al contrato de prestación de servicios No. 002 del 2003 entre la Universidad del Rosario y la CNTV con respecto a una posible conciliación entre ellas; tercero respecto a unas sanciones impuestas por la Junta Directiva al operador del servicio por suscripción Cablepacífico y cuarto a una posible segunda prórroga de los contratos de concesión para la prestación del servicio de televisión por suscripción.** Estos fueron conceptos ampliamente estudiados y analizados por la Junta Directiva y conocidos por mí como miembro de ella y antes de mi retiro y con las cuales expresé mi respaldo y conformidad por encontrarlos ajustados estrictamente a la ley...” (fl. 285)*

Lo primero para decir sobre este testimonio, es que el deponente para la época de los hechos no era miembro de la Comisión, luego su dicho acerca de los motivos que dieron origen a la insubsistencia de la actora, caen en el terreno de las suposiciones y conjeturas.

Lo segundo, es que los “motivos” que existieron en un tiempo para justificar el retiro de la actora eran netamente relacionados con su labor como Asesora de la Comisión, pues se le cuestionaron sus conceptos respecto de un proceso contra la Comisión Nacional de Televisión, otro relacionado con un contrato con la Universidad del Rosario, uno más por unas sanciones a un Cable Operador y otro por una posible prórroga a los contratos de concesión para la prestación del servicio de televisión por suscripción.

Y de acuerdo con el decreto ley 1042 de 1978, el cual establece la clasificación de los empleos de la administración pública en el orden nacional, el nivel asesor “agrupa tanto los empleos cuyas tareas consisten en *asistir y aconsejar directamente a los funcionarios que encabezan los organismos principales de la administración* como los cargos ocupados por funcionarios que hagan parte de los cuerpos asesores del gobierno” (subrayas fuera del texto) (art. 5º).

Entre las funciones atribuidas a los empleos del nivel asesor, se encuentran las siguientes: " Asesorar a las directivas en la formulación, la coordinación y la ejecución de las políticas y los planes generales de la entidad ", " Absolver consultas, prestar asistencia técnica y emitir conceptos en los asuntos encomendados por la administración " y " Aportar elementos de juicio para la toma de decisiones relacionadas con la adopción, la ejecución y el control de los programas propios del organismo " Artículo 3º, numerales 1º, 2º y 3º del Decreto 590 de 1993.

Como se advierte, son claramente funciones en las cuales se requiere una confianza y afinidad especial con el empleado que las desempeñe.

Si la labor de asesoría consiste en dar un consejo, una opinión, un juicio, a una persona u órgano que tiene que tomar una decisión o fijar una política referente a una entidad, y por tanto, puede tener cierta incidencia en la determinación que se produzca, es necesario que el nominador del Asesor tenga una gran confianza en el **criterio** del funcionario que realiza tal labor.

Así pues, los cuestionamientos que sobre la labor de la actora hicieron los Comisionados, demuestran una desconfianza en su criterio profesional, que podía dar lugar a la insubsistencia, sin perjuicio de que los mismos puedan ser o no admisibles jurídicamente.

En el mismo sentido se pronunció el Comisionado **Eduardo Noriega de la Hoz** en su declaración, cuando ante la pregunta de que si había existido algún antecedente de problemas surgidos por las opiniones o conceptos jurídicos expresados por la actora y los Comisionados que votaron en favor de la propuesta, respondió:

Sí. A mi juicio los comisionados citados no estaban conformes con algunas opiniones jurídicas emitidas por la Doctora Ramos y por esta circunstancia había de manera informal planteado ante los miembros de junta inconformidad con ella, sin embargo en esa ocasión anterior había prevalecido nuestra opinión, comisionados Montenegro y Noriega, en relación con el desempeño eficiente de la Dra. Ramos." (fl.144)

Los testimonios relacionados llevan a la Sala a la convicción de que la

insubsistencia de la actora se dio por motivos netamente institucionales y no personales, habida cuenta de que los criterios por ella esbozados, no le generaban confianza a la mayoría de los Comisionados.

El hecho de que en cada campo jurídico donde se debatieron los asuntos conceptuados por la actora, se le haya dado jurídicamente la razón, no le cercena la facultad que constitucionalmente ostenta el nominador frente a sus funcionarios de libre nombramiento y remoción, cual es la de la discrecionalidad.

Sumado a lo anterior se pone de presente el testimonio de **José Orlando Rodríguez Guerrero**, quien para la época de los hechos era Asesor del Comisionado Darío Montenegro Trujillo, y que ante la pregunta de si sabía o le constaba de manera personal y directa las razones de la insubsistencia de la Doctora Ramos manifestó:

“Si se, me consta. A finales del año 2005 yo me encontraba en la oficina de la Dra. Fabiola Ramos conversando algunos temas jurídicos, cuando fuimos interrumpidos por el Dr. Jorge Figueroa Clausen, quien para la época era el Director de la Comisión Nacional de Televisión, quien deseaba hablar con la Dra. Fabiola, y al tratar de retirarme de la oficina el Dr. Figueroa me solicitó que continuara en el sitio. Acto seguido, le dijo a la Dra. Fabiola que sentía mucho tener que informarle que ya le era insostenible su posición de respaldo, que ella sabía como la apreciaba y la quería y como admiraba su profesionalismo, pero que la ministra de Comunicaciones le había exigido que acompañara la determinación del gobierno de separar a la Dra. Ramos del cargo de Subdirectora Jurídica.

(...)

*La Doctora Fabiola le preguntó que le dijera las razones y el dijo **“Tu sabes Fabiola que los conceptos tuyos y sobre todos los últimos sobre TV Cable y sobre el Comisionado Fernando Álvarez nos han dado muchos problemas.”***
(Destaca la Sala)

Para establecer el valor de convicción de la declaración del testigo, debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, **la razón del dicho, la concordancia entre unas y otras**, y por supuesto, deben desecharse los juicios de valor o conceptos referentes a las causas o efectos de los hechos que conocieron basados en simples deducciones personales o de terceros.

Si bien el testimonio rendido por el señor Rodríguez Guerrero no es de aquellos denominados de “oídas”, pues estaba presente cuando le dieron a la actora la supuesta razón del por qué se le iba declarar insubsistente, lo cierto es que la Sala no puede tomar como “razón” o “fundamento” de la insubsistencia las supuestas

presiones por parte del Gobierno, a través de la Ministra de Comunicaciones como lo afirmó el Comisionado Figueroa Clausen, pues no es lógico ni sano pensar que un miembro de la Junta Directiva de un Organismo de derecho público de rango Constitucional, como es la Comisión Nacional de Televisión, acceda a presiones de un funcionario frente al cual no tiene relación de jerarquía alguna.

Para que dichas presiones pudieran tenerse como ciertas o reales, se necesitan pruebas contundentes y provenientes del mismo hostigador, que pudiera llevar al Juez a pensar que el nominador tomó decisiones contrarias a derecho llevado por las presiones y no por razones del servicio.

Como quiera que el plenario carece de dichas probanzas, afirmaciones como la expuesta por el Comisionado Figueroa a la señora Ramos Bermúdez no pasan de ser para la Sala justificaciones pueriles, carentes de respaldo probatorio, que buscan retirar del servicio a personas con las que se tiene algún tipo de afinidad.

Con base en todo lo anterior, no puede concluirse, como lo hizo el a-quo, que el objetivo que pretendió alcanzar el nominador con la expedición del acto no fue la satisfacción del interés público ni el progreso de la administración, pues qué más inspirado en fines a los queridos por el constituyente y el legislador que retirar del servicio a una Asesora, cuyos criterios y conceptos no gozaban de credibilidad ni confianza por parte de sus superiores.

Al rompe, serían suficientes los argumentos hasta aquí expuestos para revocar la sentencia proferida por el a-quo, como quiera que no se logró desentrañar los aspectos subjetivos de la determinación discrecional que se tomó en el caso de autos; sin embargo, es posible seguir ahondando en el asunto pues son más los elementos de juicio que tiene la Sala para demostrar que la decisión discrecional tomada por la Junta Directiva se ajustó a los límites trazados por el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

De todo el material probatorio que reposa en el expediente, no existe prueba que indique que con el nombramiento del reemplazo de la actora se hubiere desmejorado la prestación del servicio público.

A pesar de que en el testimonio del ex Comisionado Jaime Niño Díez se dice que

quien reemplazó a la demandante fue su antecesora, la cual había sido declarada insubsistente en dos oportunidades por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión (fl. 288) lo cierto es que tal situación no significa *persé* que el servicio haya sido desmejorado, pues tal y como lo ha dicho esta Sección en múltiples oportunidades, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento no tiene carácter sancionatorio, pues las razones del servicio que pudo tener el nominador de la época para ejercer la facultad discrecional respecto de la Doctora Bahamon Falla -Reemplazo de la actora- pudieron ser de diversa índole y no necesariamente relacionadas con mal desempeño o faltas disciplinarias.

Es cierto, y en eso es copioso el material probatorio allegado por la parte demandante, que de los documentos que componen la hoja de vida laboral de la actora visible en el Cuaderno No. 2, no se evidencia sanción disciplinaria o amonestación por parte de sus superiores, además de los buenos comentarios que acerca de su labor hicieron algunos deponentes; sin embargo, esta Sección ha afirmado en numerosas oportunidades que las cualidades laborales y personales de un funcionario, por sí solas no otorgan inamovilidad en el empleo ni coartan la facultad discrecional.

Así las cosas, no siendo suficientes los elementos de prueba atrás referenciados para demostrar los vicios de ilegalidad endilgados al acto acusado, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, debiéndose proceder a revocar el fallo apelado, para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

REVÓCASE la sentencia proferida el 21 de febrero de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda Subsección "C", en el proceso instaurado por Fabiola Ramos Bermúdez contra la Comisión Nacional de Televisión. En su lugar se dispone:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada, aprobada por la Sala en sesión de la fecha y ordenada su publicación.

GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Expediente No. 1380-08 ACTOR: Fabiola Ramos Bermúdez

ANEXO

EXPEDIENTE No.: 1380-08
ACTOR: FABIOLA RAMOS BERMUDEZ
DEMANDADO: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

ACTOS DEMANDADOS: Resolución 873 del 1º de diciembre de 2005, por medio de la cual el Director de la Comisión Nacional de Televisión la declaró insubsistente del cargo de Subdirectora, grado de remuneración 17, de la Subdirección de Asuntos Legales.

SINTESIS DEL PROBLEMA JURIDICO: Se pide la nulidad de la citada Resolución, por considerar que la misma fue expedida con "*falsa motivación*", desviación de poder y expedición irregular.

DECISION DEL TRIBUNAL: (Cundinamarca Dr. Arevalo Perico.) Accede

Consideró que la declaratoria de insubsistencia se profirió sin que la minoría de los miembros del órgano colectivo supiera las razones o motivos que tuvo la mayoría para tomar tal decisión. Coincidió con la declaración de uno de los testigos en cuanto se la Comisión confunde la motivación del acto con las razones para prescindir de los servicios de la funcionaria, las cuales debió dejar plasmadas en el acta de la reunión ordinaria donde por decisión mayoritaria se acogió la propuesta de la declaratoria de insubsistencia de la actora, toda vez que los Comisionados que no estuvieron de acuerdo con la decisión nunca supieron los verdaderos motivos de la insubsistencia.

PROYECTO DE DECISION: Se REVOCA Y SE DENIEGAN las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

- 1) Que la actora ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, luego podía declararse insubsistente su nombramiento sin que el acto que así lo dispusiera estuviera motivado.
- 2) Se dijo que el acta de Junta Directiva No. 1207, que no fue demandada y sobre la cual recae la mayor parte de las críticas en este asunto, sólo contiene la propuesta, que no la decisión propiamente dicha, de unos Comisionados en solicitar el retiro de la actora y su correspondiente reemplazo.
- 3) Se advirtió que los "motivos" por los que dice la declararon insubsistente fueron netamente relacionados con su labor como Asesora de la Comisión.
- 4) La labor de Asesor consiste en dar un consejo, opinión o juicio, a una persona que tiene que tomar una decisión o fijar una política referente a una entidad, pudiendo tener cierta incidencia a la determinación que se produzca, **por lo que es necesario que el nominador del Asesor tenga una gran confianza en el criterio del funcionario que realiza tal labor.**
- 5) Si en el proceso se logró demostrar que los Comisionados no estaban de acuerdo con ciertos conceptos, no significa que la actora fuera "un impedimento" para el logro de sus objetivos, sino más bien que dichos conceptos no le generaban confianza a la mayoría de los Comisionados, lo que podía dar lugar a la insubsistencia, sin perjuicio de que los mismos pudieran ser o no admisibles jurídicamente. Además, que los conceptos si bien tienen ingerencia en la decisión final, no son vinculantes para los superiores.
- 6) Referente al testimonio de otro Asesor donde dice que el Comisionado Figueroa Clausen le había dicho a la actora que su insubsistencia la había pedido la Ministra De Comunicaciones, se advirtió que al mismo no puede dársele total veracidad, pues si bien escuchó eso del Comisionado, lo cierto es que el

argumento que este miembro dio para justificar la insubsistencia de la actora, carece de respaldo probatorio. **Además que no es lógico ni sano pensar que un miembro de la Junta Directiva de un Organismo de derecho público de rango Constitucional, como es la Comisión Nacional de Televisión, acceda a presiones de un funcionario (Ministro) frente al cual no tiene relación de jerarquía alguna.**

7) Se advirtió que para tomar dichas presiones como ciertas o reales, se necesitan pruebas contundentes y provenientes del mismo hostigador, que pudiera llevar al Juez a pensar que el nominador tomó decisiones contrarias a derecho llevado por las presiones y no por razones del servicio.

8) Se dijo que el acto acusado estuvo inspirado en fines a los queridos por el constituyente y el legislador, pues que más razones para retirar del servicio a una Asesora cuyos criterios y conceptos no gozaban de credibilidad ni confianza por parte de sus superiores.

9) Se recordó que la excelencia en el trabajo y la falta de sanciones disciplinarias no crean fuero de estabilidad en un funcionario público.

10) No se demostró que con el reemplazo se haya desmejorado el servicio público.

Proyectó: Jorge Mario Segovia Armenta

Revisó: Angelica Maria Hernandez