

CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA - Creación / CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Características / DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA - De un cargo de libre nombramiento y remoción / DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE UN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Es procedente de manera inmotivada

Visto lo anterior, se puede deducir que el cargo ocupado por el demandante, Asesor de Dirección de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, corresponde a los de libre nombramiento y remoción, por cuanto cumple con las siguientes características: i) es del nivel directivo, y ii) el cargo que desempeñó es de aquellos que implican confianza en la asesoría institucional, es decir, que las funciones que desempeñaba el actor son de aquellas del nivel jerárquico cuyo ejercicio involucra cierta confianza y manejo, en consideración a la administración, coordinación y asesoría propias del Asesor de Dirección; razón por la cual, el Director General, podía disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular por fuera de la regulación propia del sistema de carrera administrativa. La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el demandante, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

DESVIACION DEL PODER - Convicción plena de que el acto se alejo de la finalidad del buen servicio y se uso fines distintos a los previstos en la norma / DESVIACION DEL PODER - Demostrado / FALTA DE CONFIANZA INFUNDADA - Motivación para expedir el acto de insubsistencia / FACULTAD DISCRECIONAL - Retiro del servicio de un cargo de libre nombramiento y remoción / INSUBSISTENCIA DE UN EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Falsa motivación. Prueba

El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio. Sin embargo, la Sala precisa, que demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y

se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión. Se puede concluir, que el clima laboral no era precisamente el más favorable, pues circundaban diferentes situaciones que impedían el desarrollo normal de la Corporación, tales como, la suspensión del Director General, las medidas que tomó el nominador en aras de conocer en qué condiciones se encontraba la entidad y la exclusión del cuerpo directivo en la toma de decisiones. En efecto, lo que se demostró a lo largo del plenario, fue que precisamente, esa falta de confianza infundada ocasionó el despido del actor, pues si bien era cierto que la entidad no estaba cruzando por el mejor momento, también lo es, que el nominador encargado no buscó ningún acercamiento con algunos de sus subdirectores y asesores en aras de encontrar estrategias tendientes a cumplir con los fines propuestos por la entidad. Son estas capacidades, no solamente profesionales, las que se encuentran inmersas en estos cargos directivos, pues se debieron buscar arreglos pacíficos y gerenciales tendientes a adecuar el equipo de trabajo, más aun, cuando era un hecho que el encargo no duraría más allá de dos meses, pues al término de dicho tiempo, se elegiría al titular. Cabe anotar, que la desconfianza no puede llegar al punto de colocar a la entidad en una parálisis total, pues es la comunidad la que se ve afectada con este tipo de actitudes y viola con ello, uno de los principios fundamentales de la Constitución Política. Ahora bien, el hecho de que estuviesen investigando al entonces Director General, por parte de la Procuraduría General de la Nación, no es significado de que el cuerpo directivo esté implicado en las presuntas actividades en que éste pudo haber incurrido, más aun, cuando no se demostró a lo largo del plenario un grado de culpa por parte del actor, para así justificar con ello, su retiro del servicio. Empero, como ya se mencionó, la presunción legal es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla, tal y como sucedió en el presente caso, pues el actor logró demostrar a lo largo del proceso, el móvil oculto y determinante con el que procedió la entidad demandada para declararlo insubsistente, el cual no es otro, que la falta de confianza injustificada por parte del Director General (e) aunada al Oficio que presentaron el demandante y los demás Subdirectores, expresando sus inconformidades. En suma, apreciadas las pruebas en su conjunto se dilucida la manera como el agente administrativo mantuvo la intención de retirar al demandante del cargo, alejándose del objetivo normativo fijado por el Estado, es decir, la buena prestación del servicio, pues se evidencia lo largo del plenario la relación entre los hechos y el acto impugnado, a tal punto, que es ostensible la desviación de poder de la Corporación Autónoma Regional del Cauca. Sobre el particular cabe precisar que facultad es

discrecional siempre y cuando el ordenamiento jurídico no establezca cuándo, cómo y en qué sentido se debe ejercitar; por lo tanto, *“para que el ejercicio de una potestad sea discrecional administrativa no es necesario que sean discretionales los tres aspectos indicados, bastando con que exista discrecionalidad respecto de uno de ellos”*. Lo que constituye un requisito indispensable para que pueda hablarse de discrecionalidad y no de arbitrariedad, es que los fines que se persiguen por cada potestad, estén taxativamente enunciados en el ordenamiento jurídico.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011).

Radicación número: 19001-23-31-000-2004-00011-01(1587-09)

Actor: ALBERTO JOSÉ TORRES

Demandando: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CAUCA

AUTORIDADES NACIONALES-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 30 de junio de 2009, por la cual el Tribunal Administrativo del Cauca, accedió a las pretensiones de la demanda formulada por Alberto José Torres en contra de la Corporación Autónoma Regional del Cauca.

LA DEMANDA

ALBERTO JOSÉ TORRES en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo del Cauca declarar la nulidad del siguiente acto administrativo:

- Resolución No. 1173 de 20 de noviembre de 2003, en virtud de la cual, el Director General (e) de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, declaró insubsistente el nombramiento de Alberto José Torres en el cargo de Asesor de Dirección, Código 1020, Grado 06 de la planta de personal de la misma entidad.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho solicitó:

- Reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de superior categoría.
- Condenar a la entidad demandada a que le reconozca el pago de todos los salarios, prestaciones sociales, auxilios y demás emolumentos a que tiene derecho, desde la fecha en que fue

declarado insubsistente hasta la fecha en que se produzca el reintegro.

- Declarar, para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 178 del C.C.A.
- Condenar al pago de costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de la acción impetrada, expuso los siguientes hechos:

El actor estuvo vinculado a la Corporación Autónoma Regional del Cauca desde el 1º de febrero de 1999 hasta el 20 de noviembre de 2003, fecha en que fue declarado insubsistente del cargo de Asesor de Dirección.

Sostiene, que se presentaron algunas situaciones en particular que motivaron la declaratoria de insubsistencia, entre ellos, el hecho que hayan suspendido el 22 de octubre de 2003 al Director de la Corporación Autónoma del Cauca por parte de la Procuraduría General de la Nación, pues debido a esto, nombraron de manera temporal al Antropólogo Álvaro Gómez Cerón, con la recomendación expresa de *“no hacer cambios de personal ni tomar retaliaciones contra funcionarios o los proyectos*

*que avanzan con algunos municipios”, no obstante, una vez posesionado de su cargo, dicho funcionario suspendió los procesos administrativos y aisló la información institucional y la toma de decisiones a todo el personal directivo, lo que ocasionó una tensión en el ambiente laboral que terminó con la paralización de la funciones institucionales, sin dejar de lado, que en tan sólo tres días obtuvo copias electrónicas de los computadores y concluyó que la entidad era “*indeficiente, ineficaz, politiquera, clientelista y corrupta*”*

Por lo anterior, el equipo de asesores y subdirectores de la Corporación Autónoma, mediante Oficio No. 10049 de 19 de noviembre de 2003, presentaron al Director (e), su inconformidad frente al tratamiento que estaban recibiendo; quien como respuesta, procedió a retirar masivamente de todos aquellos funcionarios que habían suscrito el anterior oficio, entre ellos al demandante.

Afirma, que la declaración de insubsistencia no tuvo en cuenta razones del buen servicio y, además, que desatendió las recomendaciones generales que había formulado el Consejo Directivo, relacionadas con no producir cambios de personal ni paralizar proyectos en ejecución.

Por último aduce, que tal fue la imprudencia administrativa por parte del Director (e) al retirar a los funcionarios, que igualmente fue relevado de su cargo por parte del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, y en su remplazo se nombró al señor Álvaro Lobo Amaya en sesión del 1º de diciembre de 2003.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 2 y 29.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 3, 8, 9 y 30 numerales 2 y 10.

De la Ley 734 de 2002, el artículo 34 numerales 15 y 35.

El actor consideró que el acto acusado está viciado de nulidad, por las siguientes razones:

Sostuvo que hubo desviación de poder, al momento en que el Director (e) declaró la insubsistencia, de manera masiva, de los funcionarios que suscribieron el Oficio, mediante el cual manifestaron su inconformidad respecto de la exclusión al que se habían visto sometidos, y alegó, que no logra entender como en un sistema social y democrático de derecho no se pueda exponer su sentir, sin que se le responda con la exclusión laboral.

En sí, las declaraciones de insubsistencia estuvieron fundadas en la retaliación personal del Director (e) a quien le formularon una solicitud.

En el mismo sentido, señaló, que el Director (e) no tuvo en cuenta la recomendación realizada por el Consejo Directivo, en el sentido de no producir cambios de personal, por cuanto se avecinaba el nombramiento del nuevo director, por lo que era inoportuno cambiar al personal directivo y asesor.

Ahora bien, no es propiamente la manera de retirar a unos funcionarios cuando está de por medio una trayectoria profesional y un adecuado funcionamiento de las entidades, con un juicio de desvalor, pues presumió la mala fe en todo lo actuado y lo llevó a suspender todos los procesos institucionales y a descalificar a estas personalidades.

Afirmó, de acuerdo con las declaraciones realizadas por el entonces nominador en diferentes medios de comunicación, que la insubsistencia del demandante se debió, entre otros motivos, a la investigación disciplinaria que se adelantaba en contra del que era el Director titular.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, oponiéndose a las pretensiones del demandante, en los siguientes términos (folios 49 a 63):

Debido a que no se pudo efectuar un empalme con el Director titular, el encargado se vio en la obligación de realizar diferentes acciones con el fin de determinar en qué condiciones se encontraba la Corporación demandada, entre ellas, la recopilación de información de los archivos que se encontraban en los computadores y la actitud permanente al diálogo, lo que condujo a escuchar a las Juntas Directivas de los dos sindicatos que existen en la entidad. Como resultado de esto, encontró que era urgente tomar medidas para salir de la crisis financiera, por lo que efectuó algunos cambios para conformar un equipo técnico de confianza que garantizara un buen funcionamiento, razón por la cual, promovió al personal de la misma Corporación. En ese sentido, no se puede afirmar que existe desmejoramiento del servicio, por cuanto las personas que los remplazaron, se han mantenido por su buen desempeño.

Estimó que el acto acusado fue expedido con fundamento en la facultad discrecional que le asiste al nominador sobre los empleos

de libre nombramiento y remoción e inspirado en el mejoramiento del servicio.

De otro lado, afirmó que la declaratoria de insubsistencia, tuvo como fines el mejoramiento del servicio, pues el objetivo del Director (e) estuvo encaminado a lograr el desarrollo de una política ambiental pública que incluyera a todos los actores del Departamento, y en atender, los requerimientos de la Procuraduría General de la Nación en la investigación que se llevaba en contra del entonces Director titular.

Lo anterior tiene asidero, en el sentido en que se presentó una mala disposición ante la nueva administración, lo cual generó un paro en el funcionamiento de la Corporación, pues el cuerpo directivo no cumplió con los informes y documentos requeridos por la Procuraduría General.

Ahora, dicha declaratoria fue *“proporcional a los hechos que le sirven de causa”*; es decir, estuvo dentro de un ejercicio de razonabilidad y proporcionalidad, pues era importante que el nominador se rodeara del personal de confianza.

Para finalizar propuso como excepción la falta de competencia, por cuanto no está de acuerdo con la cuantía indicada en la

demanda y en ese orden, aduce que el proceso es de única cuantía el llamado a realizar, pues de no tramitarse así, se vulneraría el debido proceso y el derecho a la defensa.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Cauca, accedió a las pretensiones de la demanda formulada por Alberto José Torres en contra de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, en los siguientes términos (folios 126 a 150):

Precisó respecto de la excepción propuesta, que en realidad no se trata de un impedimento para que no se pueda conocer el fondo del asunto, ya que la sentencia C-345 de 1993 estableció que en *“los procesos sobre actos de destitución, declaración de insubsistencia, revocación de nombramiento o cualesquiera otros que impliquen retiro del servicio, conocerán en única instancia los Tribunales Administrativos cuando la asignación mensual correspondiente al cargo no exceda de ochenta mil pesos”*.

Ya en el caso en concreto sostuvo, después de realizar un análisis fáctico, que la suspensión del titular del cargo de Director de la entidad demandada desató un ambiente de tensión sobre la persona que debía asumir la dirección, más aun, si se tenía en cuenta que ese acontecimiento podía propiciar persecuciones

políticas o retaliaciones al interior de la Corporación, lo que obligó al Consejo Directivo a nombrar a una persona imparcial haciendo la recomendación de evitar el cambio de funcionarios de la entidad.

En ese orden de ideas, se estableció que el motivo que ocasionó la desvinculación del actor fue la inmediatez con la que los subdirectores de la entidad presentaron el Oficio y la declaratoria de insubsistencia del demandante, aunado a esto, las tensiones laborales que se venían presentando al punto que eran evidentes.

Estimó, que la garantía de la transparencia en el proceso adelantado por la Procuraduría General de la Nación en contra del Director titular, no constituye razón para el retiro del servicio, pues si bien es cierto, los servidores públicos están en la obligación de colaborar con los organismos de control, el cumplimiento de este deber no es objeto de investigación disciplinaria por la autoridad competente.

En igual sentido, las explicaciones dadas por el Director (e) revelan las intenciones sancionadoras con que fueron tomadas las declaratorias de insubsistencia, alejándose con ello, de las razones del buen servicio, situación que desvirtúa la presunción de legalidad del acto acusado. Resaltó, que el Consejo Directivo a

sabiendas de las condiciones laborales que se venían presentando, recomendó evitar cambios del personal con ocasión a la investigación disciplinaria, adelantada en contra del nominador titular.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la entidad demandada interpuso recurso de apelación contra el proveído anterior, bajo los siguientes argumentos (folios 172 a 189):

Aseguró, que debe prevalecer la facultad discrecional del nominador para decidir acerca de la continuidad del cargo, pues al ser de libre nombramiento y remoción y de confianza, es necesario que prevalezca tal potestad.

En atención a lo anterior, sostuvo que la declaración de insubsistencia fue proporcional a los hechos que sirvieron de causa, pues existía la necesidad de nombrar a alguien de confianza, de tal manera que no se perjudicara el plan operativo de la Corporación, cuya credibilidad estaba asentada por sentimientos de lealtad hacía Director saliente.

Otro de los aspectos relevantes que señaló, es la forma como el A

– *quo* valoró el Acta del 4 de noviembre de 2003 del Consejo Directivo, cuando mencionó la existencia de manifestaciones que la misma no contiene y le atribuyó un efecto jurídico no previsto, pues no se tuvo en cuenta lo allí expuesto, más exactamente, lo revelado por el Director (e) en dicha reunión, respecto de la falta de informes por parte de ciertas subdirecciones y del estado de ineficacia e ineficiencia en el que se encontraba la Corporación. Precisó además, que de varios consejeros recibió su apoyo y propusieron dentro de la asamblea que continuara.

Lo mismo sucedió con el Acta del 1º del diciembre de 2003, pues no se observa que el Consejo Directivo haya reprochado o desautorizado la decisión del Director (e) de retirar del cargo a los subdirectores, todo lo contrario, se aprecia que varios de ellos respetaron la autonomía de la cual se encontraba investido el nominador.

Expresó, que el Director (e) se vio obligado a separar del cargo a los Subdirectores y Asesores, ya que estos funcionarios se encontraban en una situación de rebeldía y presentó la necesidad de conformar un equipo que le brindara la confianza necesaria para desarrollar los objetivos propuestos, afirma, que esa desobediencia se debía a que esperaban se levantara la suspensión del Director titular.

Por último manifiestó, que la sentencia recurrida no consideró la expectativa real del actor en la permanencia del empleo y decidió como si él mismo tuviese la garantía de estabilidad, que por supuesto ninguna norma se lo garantiza.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si se encuentra ajustada a derecho la decisión del Director General (e) de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, de declarar insubsistente el nombramiento de Alberto José Torres, quien se desempeñaba como Asesor de Dirección, Código 1020 Grado 06 de la misma entidad.

Para lo anterior, es preciso determinar la legalidad de la Resolución No. 1173 de 20 de noviembre de 2003 proferida por el Gerente General Encargado de la Corporación Autónoma Regional del Cauca.

Hechos probados

- Mediante Resolución No. 1173 de 20 de noviembre de 2003, el Director General (e) de la Corporación Autónoma Regional del Cauca declaró insubsistente el nombramiento del demandante

quien se desempeñaba como Asesor de Dirección, Código 1020 Grado 06 de la misma entidad (folio 5).

- En virtud de la certificación expedida por la Profesional Especializada 3010-19 (e) de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, se evidencia, entre otros, que el demandante estuvo vinculado a la Corporación demandada ocupando los siguientes cargos (folios 4 a 7):
 - *Secretario General, código 0037, grado 13 desde el 01 de febrero de 1999 hasta el 19 de octubre de 1999 (...).*
 - *Jefe de Oficina de Control Interno, código 2045, grado 21, desde el 20 de octubre de 1999 hasta el 09 de diciembre de 1999 y Subdirector de Control Interno, código 0040, grado 13, desde el 10 de diciembre de 1999 hasta el 22 de marzo de 2001, (...).*
 - *Asesor de la Dirección, código 1020, grado 06, desde el 23 de marzo de 2001 hasta el 07 de octubre de 2001, (...).*
 - *Secretario General, código 0037, grado 13, desde el 08 de octubre de 2001 hasta el 16 de julio de 2002.*
 - *Asesor de Dirección, código 1020, grado 06, desde el 17 de julio de 2002 hasta el 20 de noviembre de 2003”.*
- Por medio del Oficio No. C.R.C 10049 de 19 de noviembre de 2003, los señores Juan José Fernández Mera, Andrea Lucía Ávila, Clara Eugenia Solarte López, Gloria Vivian Ramírez Víafara, Héctor Fernando Flor Piso, Danny Tomas Vivas Angulo, Edgar Darío Daza Garcés y Alberto José Torres; le manifestaron al Director (e), la preocupación y trato que habían recibido como cuerpo directivo de la entidad desde su llegada,

así como también su preocupación respecto de la situación que estaba atravesando la Corporación (folios 18 a 20).

- Mediante carta abierta de 2 de diciembre de 2003, dirigida al entonces Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez, el Gobernador del Departamento del Cauca, le expresó las condiciones en que se habían presentado las declaraciones de insubsistencia de los diez funcionarios de la Corporación Autónoma Regional del Cauca (folios 17 a 19 cuaderno 1 de pruebas).
- En virtud del Oficio No. 08032 de 24 de mayo de 2005, el Secretario General de la entidad demandada, allegó al plenario: i) copia de las Actas Nos. 10 de 28 de octubre, 11 de 4 de noviembre y 14 de 11 de diciembre de 2003 del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca; ii) Resoluciones Nos. 1155, 1156, 1157 y 1158 del 19 de noviembre de 2003 y las Resoluciones Nos. 1170, 1171, 1173, 1174, 1175 del 20 de noviembre del mismo año, suscritas por el Director General (e) donde se evidencian las diferentes declaraciones de insubsistencia; iii) hoja de vida de Alberto José Torres; iv) Resolución No. 1488 del 4 de diciembre de 1995, y; v) Acta de posesión del Director encargado (folios 40 a 110 cuaderno 1 de pruebas).

Análisis del asunto

La Sala abordará el tema sometido a consideración, estableciendo I) El marco normativo aplicable al demandante en la Corporación Autónoma Regional del Cauca, II) Desviación de poder, y; III) El alcance de la discrecionalidad del nominador.

I) El régimen aplicable.

Es preciso señalar que la Corporación Autónoma Regional del Cauca nació inicialmente como Corporación para la Reconstrucción y el Desarrollo del Departamento del Cauca, mediante la Ley 11 de 1983, la cual en su artículo 1º dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 1º.-Créase la Corporación para la Reconstrucción y el Desarrollo del Departamento del Cauca como establecimiento público, esto es, como un organismo dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, encargada de promover la reconstrucción de la ciudad de Popayán y demás zonas afectadas por el sismo del pasado treinta y uno (31) de marzo y de procurar el fomento económico y social del Departamento del Cauca.

La Corporación ejercerá sus funciones en todo el territorio del Departamento del Cauca. Sin perjuicio de lo aquí dispuesto, la Corporación Autónoma Regional del Cauca (CVC), continuará ocupándose de la reglamentación, conservación y fomento de la hoya hidrográfica del Alto Cauca hasta la ejecución definitiva de los programas y proyectos que en dicha zona haya iniciado, todo de conformidad con las disposiciones legales vigentes, para lo cual coordinará e integrará sus actividades con las de la Corporación que se crea por la presente ley. La administración, el mantenimiento y, en general, el manejo de las obras que ha construido o construya la CVC

en la hoya hidrográfica del Alto Cauca continuarán siendo de su responsabilidad”.

Luego, en virtud de los Decretos 2225 y 2227 del 3 de agosto de 1983, se organizó el funcionamiento de la Corporación y el control de la gestión fiscal, respectivamente; acto seguido, mediante Decreto 2682 de 1983 se aprobaron los estatutos de la Corporación para la Reconstrucción y el Desarrollo del Departamento del Cauca y se estableció la organización interna de la siguiente manera:

“Artículo 22. La organización interna de la Corporación se regirá por los siguientes principios:

1° Las unidades de nivel directivo se denominarán subdirecciones o secretarías.

2° Las unidades que cumplen funciones de asesorías o Coordinación, se denominarán oficinas o comités y consejos cuando incluyan personas ajenas al organismo.

3° Las unidades operativas, incluidas las que atienden los servicios administrativos internos, se denominarán divisiones, secciones y grupos.

4° Las unidades que se creen para el estudio o decisión de asuntos especiales se denominarán comisiones o juntas”.

Ya en el año de 1993, mediante la Ley 99, se creó el Ministerio del Medio Ambiente, y junto con él, se cambió el nombre de la Corporación, delimitó su jurisdicción y unificó el objetivo y las funciones, así:

“Artículo 23º.- Naturaleza Jurídica. *Las Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la*

ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.

Exceptúase del régimen jurídico aplicable por esta Ley a las Corporaciones Autónomas Regionales, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, creada por el artículo 331 de la Constitución Nacional, cuyo régimen especial lo establecerá la ley.

Artículo 24º.- *De los Órganos de Dirección y Administración. Las Corporaciones Autónomas Regionales tendrán tres órganos principales de dirección y administración a saber: a. La Asamblea Corporativa; b. El Consejo Directivo; y c. El Director General.*

(...)

Artículo 33º.- *Creación y Transformación de las Corporaciones Autónomas Regionales. La administración del medio ambiente y los recursos naturales renovables estará en todo el territorio nacional a cargo de Corporaciones Autónomas Regionales.*

(...)

Las siguientes Corporaciones conservarán su denominación, sedes y jurisdicción territorial actual

(...)

- Corporación Autónoma Regional del Cauca, CRC: tendrá su sede principal en la ciudad de Popayán; su jurisdicción comprenderá el territorio del Departamento del Cauca; (...)."

Posteriormente, mediante el Acuerdo 01 de 1995 expedido por la Asamblea Corporativa, se adoptaron los Estatutos de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, el cual fue aprobado a su vez por parte del Ministerio del Medio Ambiente, mediante Resolución No. 1488 del 4 de diciembre de 1995, dicha norma en su artículo 33 señaló su organización interna:

“ARTICULO 33.- ORGANIZACIÓN INTERNA. De conformidad con el contenido del Plan de Acciones Institucional y Ambiental, el DIRECTOR GENERAL de la C.R.C. previa priorización de necesidades, determinará los programas y proyectos que deban realizarse, el personal que los ejecutará, el tiempo disponible y los recursos que se utilizarán, acudiendo primordialmente a la Planta Global de Personal y en subsidio a la contratación de Recursos Humanos. Tales programas y proyectos, como los Procesos de la C.R.C. estarán enmarcados en las políticas y programas estratégicos del Ministerio del Medio Ambiente”.

En virtud del Acuerdo No. 002 de 1995 se determinó la planta de personal de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, así:

“Artículo 2: Determinar la PLANTA DE PERSONAL de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CAUCA (C.R.C) conforme al siguiente detalle:

<i>“NO. DE EMPLEOS</i>	<i>DEPENDENCIA DENOMINACIÓN EMPLEO</i>	<i>Y DEL CÓDIGO</i>	<i>GRADO</i>
	<i>DESPACHO DEL DIRECTOR</i>		
<i>1 (UNO)</i>	<i>DIRECTOR GENERAL</i>	<i>0015</i>	<i>20</i>
<i>2 (DOS)</i>	<i>ASESOR</i>	<i>1020</i>	<i>6”</i>

Ahora bien, al momento de ser desvinculado el actor, se encontraba vigente la Ley 443 de 1998, la cual establecía las normas de carrera administrativa para los empleados del Estado. Dicha norma en su artículo tercero, señaló su campo de aplicación así:

“ARTICULO 3o. Campo de Aplicación. Las disposiciones contenidas en la presente ley son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades de la Rama Ejecutiva de los niveles Nacional, Departamental, Distrital, Municipal y sus entes descentralizados; en las Corporaciones Autónomas Regionales; en las Personerías; en las entidades públicas que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud; al personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior de todos los niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera; al personal administrativo de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional de todos los niveles; a los empleados no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como a los de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a los anteriores” (lo subrayado es de la Sala).

Por su parte, el artículo quinto de la citada Ley clasificó los empleos como de carrera administrativa, con excepción, para el nivel, los siguientes:

“Artículo 5º.- De la clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente Ley son de carrera, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo conforme a la Constitución y la Ley, aquellos cuyas funciones, deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación y los de trabajadores oficiales.

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

(...)

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

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:
Presidente; Director o Gerente; Rector de Institución de Educación Superior distinta a los Entes Universitarios Autónomos (...). (Lo subrayado y en negrilla es de la Sala)

Visto lo anterior, se puede deducir que el cargo ocupado por el demandante, Asesor de Dirección de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, corresponde a los de libre nombramiento y remoción, por cuanto cumple con las siguientes características: i) es del nivel directivo, y ii) el cargo que desempeñó es de aquellos que implican confianza en la asesoría institucional, es decir, que las funciones que desempeñaba el actor son de aquellas del nivel jerárquico cuyo ejercicio involucra cierta confianza y manejo, en consideración a la administración, coordinación y asesoría propias del Asesor de Dirección; razón por la cual, el Director General, podía disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular por fuera de la regulación propia del sistema de carrera administrativa.

La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el demandante, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado.¹

No obstante lo anterior, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla.

¹ Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1º de noviembre de 2007, Expediente No. 250002325000199902672 01 (4249-2004), Actora: Yolanda Teresa Gómez Fajardo, Consejero Ponente : Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y *“opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia”*².

Por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su supresión, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo que aduce como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C.P.C., aplicables al asunto por remisión de los artículos 168 y 267 del C.C.A.

II) Desviación de poder.

Sostiene el recurrente que la declaración de insubsistencia fue proporcional a los hechos que sirvieron de causa, pues existía la necesidad de nombrar alguien de confianza, de tal manera que no se viera perjudicado el plan operativo de la Corporación, cuya credibilidad estuviese dirigida por sentimientos de lealtad del

² DROMI, ROBERTO, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1995, página 98.

Director saliente. Por ello, se hace necesario abordar la desviación de poder como causal de nulidad, con el fin de establecer si la entidad demandada incurrió en ella, al declarar la insubsistencia del actor.

El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio³.

Sin embargo, la Sala precisa, que demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la **convicción plena** de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión.

³ Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: *“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 sirven de causa”*.

Pues bien, bajo la anterior premisa pasa la Sala a analizar tanto los testimonios rendidos como las demás pruebas allegadas al presente proceso.

- Prueba testimonial:

Testimonio de Silvia Liliana Vela Galíndez (folio 20 a 22 cuaderno 1).

“PREGUNTADO: sírvase decir todo cuanto sepa y le conste sobre las circunstancias administrativas y laborales que rodearon la declaración de insubsistencia del señor Torres realizadas entre los días 19 y 20 de noviembre de 2003. CONTESTO: para esa fecha había iniciado labores de la C.R.C. el Doctor ÁLVARO GÓMEZ quien había sido nombrado por el consejo directivo de la entidad, para que desempeñara ese cargo por el tiempo que (sic) una suspensión del director titular. Posteriormente con la llegada del Dr. Gómez a la entidad lo que yo pude apreciar desde la subdirección donde trabajo es que se paralizaron los procesos tanto de ejecución como de programación de actividades en la corporación, lo cual trajo como consecuencia que los subdirectores y asesor de la entidad intentaron en reiteradas oportunidades dar continuidad a los procesos que se venían ejecutando sin encontrar respuesta positiva por parte del director, posteriormente conocí a través de una cartelera pública de la entidad sobre un oficio que ellos enviaban al director y luego se dio el proceso de insubsistencia. (...) PREGUNTADO: manifieste cuales (sic) fueron los motivos que tuvo el director para paralizar todos los procesos de ejecución y programación en curso en la CRC CONTESTO: inicialmente creo que se debe a que el Dr. Álvaro Gómez estaba realizando un remplazo al director titular y también debido a la falta de comunicación entre el (sic) y subdirectores y asesores que son las personas que trabajan conjuntamente con el (sic) en dar los lineamientos para la entidad. PREGUNTADO: describa el ambiente y las condiciones laborales que se vivieron durante la corta administración del señor ÁLVARO GÓMEZ CONTESTO: yo podría decir que fueron días difíciles en la parte laboral porque se especulaba

mucho acerca del proceso de reestructuración, la paralización de los proyectos y sobre la falta de confianza del director de la entidad y los subdirectores y asesores que repercutían en el grupo técnico”.

Declaración de Martha Alejandra Parra Chavarro (folios 24 a 27 cuaderno 1)

“PREGUNTADO: sírvase decir todo cuanto sepa y le conste sobre las circunstancias administrativas y laborales que rodearon la declaración de insubsistencia del señor Torres realizadas entre los días 19 y 20 de noviembre de 2003. CONTESTO: frente a esta situación conozco que así como él y los demás miembros del cuerpo directivo fueron declarados insubsistentes por el Dr. Álvaro Gómez Cerón director encargado de esa época, así como de la parálisis que sufrió la corporación y de una comunicación que fue suscrita por los subdirectores incluyendo al Dr. Torres la cual fue publicada en la cartelera de la CRC, dirigida al Dr. Álvaro Gómez en la que ellos manifestaban la parálisis que se estaban presentando en las actividades de la corporación y lo invitaban a dialogar y a que lo recibiera; de otro lado el día de esa comunicación aproximadamente fueron declarados insubsistentes. (...) PREGUNTADO POR EL APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE: usted menciona una parálisis de la corporación en la época en que se declaró la insubsistencia al Dr. Torres. Manifieste en qué consistió esa parálisis y cuáles fueron las causas CONTESTO: desconozco las causas que la originaron, simplemente con el cambio de director (sic) decir con la designación del Dr. Álvaro Gómez como director encargado de la corporación debido a la suspensión del ingeniero Romero los procesos que tenía a mi cargo quedaron paralizados hasta tanto se produjo el nuevo cambio de director designándose al Dr. ÁLVARO LOBO quien de manera inmediata le dio el trámite respectivo. Quiero precisar que se trataba de las escrituras de constitución de servidumbre para el acueducto de alcantarillado de Popayán y otras de compraventa que pese a que iban con mi visto y el de mi jefe inmediato la Dra. ANDREA LUCÍA ÁVILA ILLERA no fueron firmadas por el director ÁLVARO GÓMEZ CERÓN aunque personalmente fui a hablar con él para explicarle de las urgencia de las mismas y que yo era la persona que había tramitado dicho proceso de escrituración en lo que se refiere al acueducto desde su inicio, sin embargo no fueron suscritas; cuando se encargó al Dr. Álvaro Lobo se efectuaron los cambios de papelería”.

Manifestación de Yonne Galvis Agredo (folios 28 y 29 cuaderno 1).

“(...) PREGUNTADO POR EL APODERADO DE LA DEMANDANTE: en (sic) por qué el nuevo director ÁLVARO GÓMEZ no atendió o se entendió con el cuerpo directivo que encontró en la CRC CONTESTO: porque el manifestó que desconfiaba de todo el mundo por tal razón no los tenía en cuenta creándose la parálisis de que ya hable con anterioridad”.

- Oficio No. C.R.C 10049 de 19 de noviembre de 2003, por medio del cual los señores Juan José Fernández Mera, Andrea Lucía Ávila, Clara Eugenia Solarte López, Gloria Vivian Ramírez Víafara, Héctor Fernando Flor Piso, Danny Tomas Vivas Angulo, Edgar Darío Daza Garcés y Alberto José Torres, le manifestaron al Director (e), la preocupación y trato que habían recibido como cuerpo directivo de la entidad desde su llegada. De este documento se destaca lo siguiente:

“(...) 2.- Sin embargo, la realidad fue otra. La exclusión del cuerpo directivo es total. Nuestras opiniones ni siquiera han tenido un espacio para poder ser expresadas, ni mucho menos discutidas. Las poquísimas oportunidades en que hemos podido lograr su atención han sido por iniciativa y motivos por la necesidad y preocupación profunda de dar cumplimiento a nuestras labores. Su actitud ha sido, por decir lo menos, francamente descortés. Debe usted reconocer que para una persona que no ha estado permanentemente relacionada con la entidad, no es posible conocer en veinte días la indudable labor que se ha realizado en tres años de administración.

(...)

3.- *Es indudable que la CRC, se encuentra en una parálisis total, producto de una absurda paranoia, basada en todo lo que provenga de la anterior administración, per se, tiene un manto de duda. Esto sumado a la falta de orientación y de directrices claras frente al quehacer corporativo, ha llevado al desconcierto y a que algunos funcionarios asuman actitudes de mando que no les corresponden. Esta irresponsable actitud no solo (sic) ha agudizado la polarización del ambiente laboral, sino que ha dejado de lado el interés por la misión corporativa, concentrándose en otras actividades encaminadas a deslegitimar y desconocer la gestión institucional adelantada”. (Lo subrayado es de la sala)*

- Carta abierta que fue dirigida al Presidente de la República por parte del Gobernador del Departamento del Cauca del 2 de diciembre de 2003, en la cual se lee:

“(...) En esa dirección presentamos una queja a la Procuraduría General de la Nación en el mes de agosto. Su resultado, después de una investigación previa condujo a la suspensión temporal del Director de la Corporación, Libardo Antonio Romero Ordóñez, por incumplimiento del plan de acción trianual que terminará el próximo 31 de diciembre. El Consejo Directivo, designó en su reemplazo, por consenso, al Dr. Álvaro Gómez Cerón, persona con amplia experiencia y reconocimiento en el manejo de los recursos naturales y el medio ambiente, quien se desempeñaba como Director de la Unidad Especial de Parques Naturales Nacionales, Regional Surandina, en Popayán.

Este acto administrativo, acorde con los Estatutos de la Corporación, posibilitó mantener el normal funcionamiento de la entidad y evitar cualquier obstáculo a la investigación que la Procuraduría General de la Nación actualmente adelanta. Así mismo facilita la evaluación del cumplimiento del Plan de Acción Trianual y garantiza los trámites para su ejecución en el tiempo que queda del periodo o de su extensión a los primeros meses del año entrante, y permite el proceso de reestructuración administrativa, que no pudo terminarse con el Director suspendido. El doctor Álvaro Gómez Cerón, en su calidad de nuevo Director y en ejercicio de sus funciones estatutarias, declaró insubsistentes (sic), a diez funcionarios de libre nombramiento y remoción, los cuales fueron reemplazados en su mayoría con funcionarios de planta, generando con ello un ahorro presupuestal.

(...)

Transcurrieron apenas 8 días del nombramiento por encargo del doctor Álvaro Gómez Cerón, cuando le fue solicitada una carta de renuncia protocolaria a su cargo oficial por el Director de la Unidad de Parques Nacionales doctor Juan Carlos Riscos. Inexplicablemente la recién posesionada Ministra del Medio Ambiente la acepta, dejándolo sin respaldo jurídico para continuar al frente de la dirección de la CRC. Esta inoportuna determinación ha contribuido a agudizar aun más la histórica crisis institucional que padece esta entidad”.

De lo anterior se colige que efectivamente, al cambiar de administración, se presentó una parálisis laboral que impedía seguir adelante con los procesos administrativos que se estaban llevando a cabo, debido a la falta de confianza que le generaban no solamente los Subdirectores sino también los Asesores de la entidad demandada al Director General (e).

No obstante, previo a realizar tales afirmaciones, es preciso examinar las Actas de las Juntas Directivas, con el fin de establecer las posibles causas que motivaron al nominador para declarar insubsistente a algunos miembros del Despacho del Director.

- Acta No. 10 de octubre 28 de 2003 (folios 41 a 48).

“(...) Finalmente se llegó a un acuerdo para designar temporalmente al Doctor Álvaro Gómez Cerón mientras se analizan las hojas de vida de los candidatos. Se convoca a una nueva sesión para el próximo martes 4 de noviembre de 2003, fecha en que definitivamente se hará la designación del director encargado de la CRC. Acta No. 11 de 4 de noviembre de 2003, sesión Ordinaria Consejo Directivo CRC”.

- Acta No. 11 de noviembre 4 de 2003 (folios 49 a 54)

“(…)

El antropólogo Álvaro Gómez Cerón hace una síntesis de su hoja de vida donde presenta su recorrido laboral que se ajusta a los requerimientos del cargo. Expresa que los últimos 12 años los ha dedicado al trabajo en el Cauca desde entidades como la Cruz Roja, El Sena, el Inpa, la Federación de Cooperativas del Cauca, CRC, el Ministerio del Medio Ambiente y la Dirección Territorial Surandina de Parques Nacionales Naturales, cargo que actualmente ocupa y desde donde fue comisionado para el encargo de la Dirección de la CRC. En todas estas instituciones su función ha estado centrada fundamentalmente al trabajo con las comunidades del departamento en el plano ambiental y la defensa, protección y conservación de los recursos naturales, dada la riqueza biodiversa y los ecosistemas estratégicos que se presentan en el Cauca.

Seguidamente se le solicita hacer un relato respecto al estado en que encontró la Corporación en estos pocos días al frente, expresa que por las razones conocidas fue imposible realizar un empalme pero ha realizado varias acciones que le permiten tener un marco de referencia sobre lo que sucede al interior de la CRC.

Inicialmente realizó una recopilación en backup de todos los archivos con corte a octubre 28 de 2003, solicitó la información sobre licencias de aprovechamiento forestal, estados de los proyectos, ejecución financiera y revisión del informe de control interno, verificó el informe de austeridad en el año 2003 y el estado de pérdida de bienes. Así mismo informó que los vehículos oficiales de la CRC permanecieron el fin de semana en el parqueadero de la corporación y se restringió el ingreso de funcionarios durante el fin de semana, excepto en algunos casos especiales. De igual manera con la entrega de los desprendibles de pago para los funcionarios a quienes convocó a la oficina de la Dirección, realizó una encuesta para conocer sugerencias e inquietudes de los funcionarios, la cual les entrega a los consejeros para su conocimiento.

Manifiesta el director encargado, Álvaro Gómez Cerón, que la Subdirección Financiera entregó un reporte trimestral, la sub-Dirección de gestión también entregó informe de bienes y servicios, Planeación, Control Interno y Administrativa no han entregado los informes pese a que ya se les ha solicitado en dos ocasiones. En cuanto al proceso de reestructuración considera que debe mantener su espíritu de lograr

una corporación eficaz y eficiente en el cumplimiento de su misión institucional y por tanto debe tratarse con los mejores criterios técnicos y conforme a las normas legales que rigen la institución a fin de evitar litigios.

Considera que el clima laboral está muy resquebrajado por la coyuntura que se presenta en la actualidad y es necesario encontrar mecanismos que permitan mejorar el ambiente laboral.

El director encargado Álvaro Gómez Cerón, hace un resumen del estado de ejecución financiera a octubre 31 y considera que es urgente tomar medidas radicales para salir de la crisis por la ineficiencia, politiquería (al parecer) corrupción que afecta a la CRC.

(...)

El director encargado Álvaro Gómez Cerón expresa que los alcaldes pueden estar tranquilos pues su recorrido laboral jamás ha estado a la política partidista y ni siquiera maneja discurso político. En tal razón su único interés es desarrollar una política ambiental pública que incluya a todos los actores del departamento y que valla de la mano con la autosostenibilidad financiera”.

- Acta No. 14 del 1 de diciembre de 2003 (folios 55 a 61).

“(...)

El director Álvaro Gómez, expresa que desde el momento en que se posesiono (sic) encontró mala disposición por parte de algunos subdirectores, quienes prácticamente generaron un paro en el funcionamiento de la CRC y especialmente los requerimientos que estaban haciendo la Procuraduría, pero dichos funcionarios no cumplieron.

Esto lo obligó a efectuar algunos cambios para conformar un equipo técnico de confianza que garantizara la transparencia en los procesos que actualmente se adelantaban en contra del director suspendido Libardo Romero. (...)”

Visto lo anterior, se puede concluir, que el clima laboral no era precisamente el más favorable, pues circundaban diferentes situaciones que impedían el desarrollo normal de la Corporación, tales como, la suspensión del Director General, las medidas que

tomó el nominador en aras de conocer en qué condiciones se encontraba la entidad y la exclusión del cuerpo directivo en la toma de decisiones.

Lo anterior ocasionó, que algunos funcionarios de la Corporación, entre ellos el demandante, radicaran un Oficio al nominador manifestando ciertas inconformidades que se venían presentando al interior de la entidad por la falta de confianza, sin razón, que éste tenía hacia su personal directivo, es por esto, que la Sala acoge el planteamiento realizado por el *A – quo*, en el sentido, en que dicho Oficio fue lo que terminó por motivar al Director encargado para declarar insubsistente al demandante.

En efecto, lo que se demostró a lo largo del plenario, fue que precisamente, esa falta de confianza infundada ocasionó el despido del actor, pues si bien era cierto que la entidad no estaba cruzando por el mejor momento, también lo es, que el nominador encargado no buscó ningún acercamiento con algunos de sus subdirectores y asesores en aras de encontrar estrategias tendientes a cumplir con los fines propuestos por la entidad.

Son estas capacidades, no solamente profesionales, las que se encuentran inmersas en estos cargos directivos, pues se debieron buscar arreglos pacíficos y gerenciales tendientes a adecuar el

equipo de trabajo, más aun, cuando era un hecho que el encargo no duraría mas allá de dos meses, pues al término de dicho tiempo, se elegiría al titular.

Cabe anotar, que la desconfianza no puede llegar al punto de colocar a la entidad en una parálisis total, pues es la comunidad la que se ve afectada con este tipo de actitudes y viola con ello, uno de los principios fundamentales de la Constitución Política⁴. Ahora bien, el hecho de que estuviesen investigando al entonces Director General, por parte de la Procuraduría General de la Nación, no es significado de que el cuerpo directivo esté implicado en las presuntas actividades en que éste pudo haber incurrido, más aun, cuando no se demostró a lo largo del plenario un grado de culpa por parte del actor, para así justificar con ello, su retiro del servicio.

Otro hecho que salta a la vista, es que dentro del proceso no se observa prueba alguna que acredite que los retiros se produjeron como consecuencia del mejoramiento del servicio; todo lo contrario, se evidencia la constante inseguridad con la que contaba el nominador, tan es así, que se vio avocado a distanciarse a su grupo de apoyo en la toma de decisiones.

⁴ "ARTICULO 2º. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo".

Así mismo, sostiene el recurrente que el Director (e) tuvo que separar del cargo a los Subdirectores y Asesores, ya que estos funcionarios se encontraban en una situación de rebeldía; sin embargo, no se evidencia prueba alguna que demuestre lo afirmado, todo lo contrario, se observa a través de las declaraciones rendidas, que el demandante en compañía de los demás Subdirectores, estuvieron atentos a impulsar las tareas que se encontraban pendientes.

De otro lado, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado en relación con los empleos de libre nombramiento y remoción, en los que se exige una especial confianza⁵, lo siguiente:

*“Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en manifestar que las facultades discrecionales no son omnímodas, sino que tienen que estar encaminadas a la buena prestación del servicio público, por lo cual cabe estudiar el vicio de ilegalidad del acto demandado frente al cargo del uso indebido que hace el nominador de tal potestad. Así mismo, **ha insistido la jurisprudencia que cuando se trate de cargos que implican una especial responsabilidad y dignidad, como era el caso de la demandante, las exigencias para ejercer la potestad discrecional se tornan más amplias.***

*(...) Por ello resulta como una medida acorde con el buen servicio el retiro de la funcionaria que se encuentre en tales circunstancias. **Y el anterior razonamiento se hace más exigente para los funcionarios que ocupan cargos de alta jerarquía en una institución, pues es sabido que la alta dignidad de un empleo***

⁵ Sentencia de 7 de julio de 2005, Radicación 2263-04, Accionante Lilia Elvira Sierra Reyes, Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero

implica compromisos mayores y riesgos de los cuales no pueden sustraerse dichos servidores estatales, debido, precisamente, a que su desempeño se torna de conocimiento público y que cualquier actuación puede dar lugar a situaciones incómodas para el organismo y para el nominador, en este caso el Alcalde, a quien no se le puede pedir una conducta distinta que actuar en aras del interés general.

Detentar la investidura de un alto cargo impone al funcionario ceder su interés particular ante cualquier situación en que se vea comprometido el interés público, ya que la pulcritud en el desempeño de estos empleos debe ser mayor que la que deben acusar los demás funcionarios, como se dijo anteriormente.”. (Negrilla fuera del texto).

De acuerdo con lo expuesto, la situación en la que se encuentran los empleados que gozan de fuero de relativa estabilidad laboral, no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, pues respecto de estos se predica un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente es razonable, pues consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo.

Empero, como ya se mencionó, la presunción legal es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla, tal y como sucedió en el presente caso, pues el actor logró demostrar a lo largo del proceso, el móvil oculto y determinante con el que procedió la entidad demandada para declararlo insubsistente, el cual no es otro, que la falta de confianza

injustificada por parte del Director General (e) aunada al Oficio que presentaron el demandante y los demás Subdirectores, expresando sus inconformidades.

En suma, apreciadas las pruebas en su conjunto se dilucida la manera como el agente administrativo mantuvo la intención de retirar al demandante del cargo, alejándose del objetivo normativo fijado por el Estado, es decir, la buena prestación del servicio, pues se evidencia lo largo del plenario la relación entre los hechos y el acto impugnado, a tal punto, que es ostensible la desviación de poder de la Corporación Autónoma Regional del Cauca.

III) El alcance de la discrecionalidad del nominador.

Alega el recurrente, que debe prevalecer la facultad discrecional del nominador para decidir acerca de la continuidad del cargo, pues al ser de libre nombramiento y remoción y de confianza, es necesario que prevalezca tal potestad.

Sobre el particular cabe precisar que facultad es discrecional siempre y cuando el ordenamiento jurídico no establezca cuándo, cómo y en qué sentido se debe ejercitar; por lo tanto, *“para que el ejercicio de una potestad sea discrecional administrativa no es*

*necesario que sean discrecionales los tres aspectos indicados, bastando con que exista discrecionalidad respecto de uno de ellos*⁶. Lo que constituye un requisito indispensable para que pueda hablarse de discrecionalidad y no de arbitrariedad, es que los fines que se persiguen por cada potestad, estén taxativamente enunciados en el ordenamiento jurídico.

Lo anterior indica, que la función de la administración se ha constituido con el fin de servir a los intereses generales, que previamente ha establecido el legislador; sin embargo, en los casos en que no esté específicamente la protección a dicho interés general, la administración cuenta con la capacidad de sopesar todos los hechos e intereses comprometidos en cada caso en concreto con el fin de *“elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea que le confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional”*⁷.

Como sustento de lo anterior, esta Sección ha manifestado que el nominador goza de un margen discrecional razonable en la escogencia y separación de los empleados de libre nombramiento y remoción, lo que no quiere decir que pueda retirarlos o

⁶ Entrena Cuesta, Rafael. “Curso de Derecho Administrativo”, cit., P 175.

⁷ Mozo Seoane. “La discrecionalidad de la administración”, cit., P 411.

nombrarlos de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo sus calidades, experiencia e idoneidad en el desempeño de las funciones, pues su actuación debe basarse en razones, sólidas y explícitas⁸, y en la buena prestación del servicio.

En el mismo sentido, la Sala se permite citar las siguientes referencias doctrinales, de acuerdo con las cuales el examen judicial de las facultades discrecionales reclama, entre otros aspectos, la congruencia y coherencia de la Administración al momento de tomar la decisión, de manera que si la misma resulta completamente ajena a la realidad o a pronunciamientos que haya emitido con anterioridad frente a la misma situación; se rompe la razonabilidad que debe acompañar el ejercicio de las mentadas facultades de discrecionalidad :

“(...) arbitrario, y por tanto constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión (...)”⁹

“La conclusión a extraer es pues que el tribunal no se sitúa en lugar de la Administración y decide lo que es razonable sino que comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe

⁸ Ver entre otras, sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente No. 2459-99, actor Doris Isabel Ceballos Mendoza, Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado; fallo del 22 de junio de 2000, expediente No. 2468-99, actor Pastor Baena Gutiérrez, Consejero Ponente Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

⁹ Fernández, Ramón Tomás, Discrecionalidad Administrativa y Constitución cit., Tecnos, Madrid, página 84.

exigir de un buen y coherente administrador” (Destacado fuera de texto)

Así las cosas, parece claro y además razonable, que se demande a la Administración, desde la perspectiva del control judicial, que el legítimo ejercicio de sus facultades discrecionales no se lleve de calle principios elementales de congruencia y coherencia, no sólo con la realidad sino con las propias decisiones previas de la institución, y que, además, el ejercicio de la discrecionalidad corresponda a una evaluación juiciosa de los elementos de eficiencia y eficacia.

Por ende, si bien la desviación de poder¹⁰ está llamada a ser utilizada con el fin de salvaguardar tanto la legalidad como la moralidad de la actividad administrativa, también es cierto que el acto por medio del cual fue declarado insubsistente el actor, adolece de esta causal de nulidad en tanto no obedeció a mejorar los fines generales y de interés público.

En conclusión, al configurarse el cargo formulado en la demanda y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad del acto impugnado, la Sala deberá confirmar la decisión del *A - quo*, que accedió las pretensiones de la demanda.

¹⁰ Maurice Hauriou, expresa que “la desviación de poder es el hecho de una autoridad administrativa que, cumpliendo un acto de competencia, observando las formas prescritas y sin cometer ninguna violación formal de la ley, usa su poder por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales dicho poder le ha sido conferido, es decir, otros motivos distintos de la salvaguarda del interés general”

DECISIÓN

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de 30 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por Alberto José Torres contra el la Corporación Autónoma Regional del Cauca de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Cópiese, Notifíquese Devuélvase al Tribunal de Origen, Cúmplase|

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA