

**INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION
– Desviación de poder. Calificación satisfactoria a empleada sindicalizada**

Agrega que el señor Villaneda Jiménez antes de salir a vacaciones procedió a calificar el desempeño de la señora Rosalba Flórez en forma satisfactoria, haciéndolo a conciencia; hechos de los cuales se enteró el Director del INPA por voces del Secretario General a través de quien le indicó al demandante que si no cambiaba la calificación, lo declararía insubsistente, lo que aconteció finalmente. Las testigos coinciden en la alta trayectoria del accionante, su idoneidad y profesionalismo en la asunción de las responsabilidades a él asignadas; y el comentario generalizado era que había sido declarado insubsistente por la calificación satisfactoria que había emitido a favor de una funcionaria sindicalizada, lo cual supo todo el mundo; por lo que mal pueden aceptarse por esta Corporación las afirmaciones hechas por la accionada en el sentido que el retiro del actor obedeció al mejoramiento del buen servicio, pues de igual manera el INPA no demostró en qué quería mejorar el servicio. Las anteriores pruebas integralmente analizadas, son las que desvirtúan la presunción de legalidad del acto acusado, por haberse configurado la desviación de poder en su expedición; a juicio de la Sala, las circunstancias que rodearon la situación anterior a la insubsistencia, constituyen indicio serio de que lo verdaderamente pretendido por el Instituto Nacional de Pesca y Agricultura, no fue el mejoramiento del servicio, sino sancionar al demandante por la calificación satisfactoria que profirió a favor de una funcionaria sindicalizada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-00492-01(0388-09)

Actor: ABRAHAM ALBERTRO VILLANEDA JIMENEZ

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE PESCA Y AGRICULTURA

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 31 de julio de 2008 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Abraham Villaneda Jiménez contra el Instituto Nacional de Pesca y Agricultura – INPA.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No, 000310 de 26 de julio de 2001, por medio de la cual el Director General del Instituto Nacional de Pesca y Agricultura - INPA declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Subdirector de Investigaciones, Código 0040, Grado 17.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al cargo que venía ocupando o a otro de igual o superior categoría, así como el pago de los salarios, quinquenios, primas, bonificaciones, subsidios, auxilios, vacaciones, prestaciones, cesantías, aportes y cotizaciones a seguridad social y demás emolumentos dejados de percibir, con sus respectivos reajustes; con la declaratoria de que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio; dando cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El actor es Biólogo Marino egresado de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, en 1973.

Se vinculó al INDERENA desde 1974 hasta 1991, cuando liquidada la Entidad fue transferido al Instituto Nacional de Pesca y Agricultura, donde ocupó diferentes cargos hasta ser declarado insubsistente el 27 de julio de 2001 en el cargo de Subdirector de Investigaciones.

Para la fecha en que fue declarado insubsistente contaba con 27 años de servicio al Estado, es decir, que le faltaban un (1) años y tres (3) meses para completar los requisitos pensionales.

En el año 2002 se nombró nuevo Director General del INPA, quien profirió la Resolución No. 00086 de 13 de marzo de 2001, ordenando la modificación a la estructura interna de la Entidad, para lo cual dispuso la reubicación de algunos cargos de la planta de personal, entre ellos, el traslado del demandante en el cargo de Subdirector de Investigaciones a la Estación Piscícola de la Regional de Repelón – Atlántico.

Para adelantar la reestructuración administrativa del INPA, se creó un Comité integrado por varios funcionarios, entre los cuales se encontraba el actor, a quien

el Director General le manifestó que los Directivos Sindicales había que sacarlos de la Entidad y por tanto era necesario suprimir los cargos que desempeñaban.

Además dispuso que se adscribieran a las Subdirecciones y Jefaturas de Oficinas del Nivel Central, para que calificaran en forma insatisfactoria a los funcionarios sindicalizados.

Afirma que en su condición de superior jerárquico de la señora Rosalía Flores Quijano (funcionaria sindicalizada), debió calificarle el desempeño y lo hizo en forma satisfactoria.

El accionante disfrutó sus vacaciones del 2 al 24 de julio de 2001, siendo encargado de sus funciones el Secretario General del INPA, periodo durante el cual fue informado que el Director General de la Entidad se enteró que la calificación emitida por el actor había sido satisfactoria, por lo que entró en cólera y ordenó que de inmediato se reintegrara el demandante.

El 25 de julio de 2001 una vez se reintegró el actor, se reunió con el Director General del INPA quien lo recriminó por la calificación que emitió y la razón por la cual no se declaró impedido y había desatendido sus instrucciones de calificar insatisfactoriamente a la funcionaria sindicalizada, lo cual era un acto de deslealtad.

Como consecuencia de lo acontecido, le fue solicitada la carta de renuncia por el Secretario General (en forma verbal), por lo que mediante escrito de 27 de julio de 2001, le informó al Director que no presentaría la renuncia porque le faltaba 1 año y 3 meses para cumplir los requisitos pensionales.

Sin embargo mediante Resolución No. 000310 de 26 de julio de 2001 fue declarado insubsistente, decisión que le fue comunicada el día siguiente.

En el mismo acto de insubsistencia, se procedió a encargar al Profesional Especializado, Código 3010, Grado 17, de las funciones de Subdirector de Investigaciones y hasta la fecha de presentación de la demanda aún no se había designado su reemplazo en propiedad.

Teniendo en cuenta las situaciones acontecidas, previas a la declaratoria de insubsistencia, el acto acusado fue expedido sin motivación, con desviación y abuso de poder, en contra del ordenamiento jurídico.

NORMAS VIOLADAS

Como normas violadas señala las siguientes:

Constitución Política, artículos 2º, 25, 29, 53 y 229; Decreto Ley 2400 de 1968, artículo 26; Código Contencioso Administrativo, artículos 2º, 3º, 36 y 84. (Fls. 27-55)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Director General del Instituto Nacional de Pesca y Agricultura – INPA por intermedio de apoderado dio contestación a la demanda de folios 63 a 71, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, con la siguiente fundamentación:

El actor se encontraba nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción en consecuencia podría ser retirado del servicio discrecionalmente, por voluntad del Director General.

Precisó que la hoja de vida del actor era intachable y ejemplar, lo cual no era suficiente para mantenerse en el cargo, ya que la cierta garantía de estabilidad que genera la buena prestación del servicio no lo torna inamovible.

La conducta del Director General siempre estuvo orientada a una mejor prestación del servicio, para lo cual designó a una persona no con menos cualidades y atributos que el actor, con la finalidad de crear un grupo sólido de trabajo, con el único fin de prestar un mejor servicio en la administración en procura de satisfacer el interés general.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. (Fls. 247-257) Al respecto argumentó:

Las diferentes calificaciones de la señora Rosalba Flores Quijano (Fls. 183-194) correspondientes a diferentes periodos, incluida la proferida por el demandante, se observa que siempre obtuvo calificación satisfactoria, resaltándose que los evaluadores fueron diferentes, lo que permite inferir que la calificación otorgada por el accionante fue objetiva y consiente

Conforme a las pruebas aportadas al proceso y los testimonios, se pudo constatar que las relaciones entre el Director General del INPA y la señora Rosalba Flores

Quijano, evidencian la conexidad entre la declaratoria de insubsistencia del actor y la calificación de servicio satisfactoria que hiciera a la referida señora, por lo que se estructura el vicio de desviación de poder.

No es posible que se declare insubsistente un nombramiento porque se haya cumplido con el deber legal de calificar a un inferior jerárquico, atendiendo los criterios y procedimientos legales establecidos.

EL RECURSO

En Instituto Nacional de Pesca y Agricultura – INPA, de folios 271 a 274 interpuso recurso de apelación en que solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar, se despachen desfavorablemente las súplicas de la demanda.

Cuando se produjo el acto acusado, el demandante se encontraba nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción, es decir, que no estaba inscrito en Carrera Administrativa, ni gozaba de período fijo, como tampoco tenía a su favor ningún otro fuero de relativa estabilidad.

Siendo así, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento, sin motivación ninguna, es decir en forma como se hizo, de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la Ley al nominador.

Conforme al material probatorio obrante en el proceso, se evidencia que no se probó por ningún medio, que en efecto al demandante se le hubiesen impartido instrucciones en la forma y términos aludidos en la demanda, es más ni siquiera existen elementos que permitan comprobar tales circunstancias.

Por el contrario, el retiro del servicio del actor obedeció, a la necesidad de prestar un servicio más eficiente, situación que se evidencia al analizar la hoja de vida de la persona que se nombró en el cargo que venía desempeñando el demandante.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se circunscribe a dilucidar si el actor, por desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, podía ser retirado discrecionalmente ó si el acto en virtud del cual se declaró insubsistente su nombramiento se incurrió en desviación de poder.

ACTOS ACUSADOS

Resolución No. 000310 de 26 de julio de 2001, suscrito por el Director General del Instituto Nacional de Pesca y Agricultura – INPA, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante, en el cargo de Subdirector de Investigaciones, Código 0040, Grado 17. (Fls. 5)

HECHOS PROBADOS

Del Tiempo de Servicio del Actor

A folio 8 del cuaderno No. 2 está probado que el demandante prestó sus servicios al INDERENA desde el 16 de mayo de 1974 hasta el 31 de octubre de 1991, y que el último cargo desempeñado fue el de Jefe de la División de Agricultura.

Conforme a la certificación visible a folio 226 del cuaderno No. 2, suscrita por la Jefe de la División de Recursos Humanos del Instituto Nacional de Pesca y Agricultura – INPA, quedó demostrado que el actor prestó sus servicios a la Entidad desde el 1° de noviembre de 1991 hasta el 27 de julio de 2001, desempeñando el cargo de Subdirector de Investigaciones, Código 0040, Grado 17.

Mediante Oficio No. A.R.H.-355 de 27 de julio de 2001, la Jefe de la División de Recursos Humanos del Instituto Nacional de Pesca y Agricultura – INPA, le comunicó al demandante, que mediante Resolución No. 000310 del 26 del mismo mes y año, fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de Subdirector de Investigaciones. (Fls. 4)

De las Situaciones Previas a la Declaratoria de Insubsistencia del Actor

Mediante Decreto No. 0045 de 15 de enero de 2001 se designó nuevo Director General del Instituto Nacional de Pesca y Agricultura – INPA.

Por Resolución No. 000086 de 13 de marzo de 2001, el Director General del INPA, resolvió *“modificar a partir del catorce (14) de marzo del año 2001, la ubicación del cargo de Auxiliar Administrativo, Código 5120, Grado 15, de la Subdirección de Investigaciones, de la Sede Central del Instituto Nacional de Pesca y Agricultura – INPA, a la Estación Piscícola de Repelón de la Regional Atlántico. (Fls. 6)*

El 13 de marzo de 2001, la señora Rosalba Flórez Quijano en su condición de Representante de los Trabajadores del INPA, mediante escrito dirigido al Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, le informo sobre la reunión que sostuvo con el Director de la Entidad el 1° del mismo mes y año, así como de algunas de las irregularidades que acontecían, razón por la cual inició las correspondientes investigaciones y en represalia se dio la orden de traslado. (Fls. 14-15)

Mediante Resolución No. 000097 de 22 de marzo de 2001, se revocaron las Resoluciones Nos. 00086¹ y 00087 de 13 de marzo de 2001. (Fls. 6-8)

Según da cuenta la Resolución No. 000098 de 23 de marzo de 2001 (Fls. 8), el Director General del INPA, modificó a partir de 26 de marzo de 2001, la ubicación del cargo de Auxiliar Administrativo, Código 5120, Grado 15, de la Subdirección de Investigaciones, al Grupo de Suministros e Inventarios de la Subdirección Administrativa y Financiera de la Sede Central del Instituto Nacional de Pesca y Agricultura – INPA, cargo en el cual ubicó a la señora Flórez Quijano.

Según da cuenta el Oficio No. 003212 de 26 de marzo de 2001, la señora Rosalba Flórez Quijano, en calidad de Representante de los Trabajadores y como Secretaria de SINTRAINPA, instauró denuncia penal en la Dirección General de Fiscalías de Bogotá, contra el Director General del INPA, por los presuntos delitos de prevaricato y contra la libertad de asociación. (Fls. 17-21)

El 31 de mayo de 2001, el actor en su condición de Subdirector de Investigaciones, Código 0040, Grado 17 y superior jerárquico de la señora Flórez Quijano, procedió a realizar la evaluación de desempeño Laboral, obteniendo una calificación satisfactoria de 949.95 puntos. (Fls. 13)

¹ Resolución No. 000086 de 13 de marzo de 2001, por la cual el Director del INPA, resolvió modificar la ubicación del cargo de Auxiliar Administrativo, Código 5120, Grado 15, de la Subdirección de Investigaciones, de la Sede Central del Instituto Nacional de Pesca y Agricultura – INPA, ocupado por la señora Flórez Quijano, a la Estación Psicológica de Repelón de la Regional Atlántico.

Por Resoluciones Nos. 000255 y 000363 de 20 y 22 de junio de 2001, el Director General del INPA, le autorizó al demandante el disfrute de las vacaciones durante el periodo comprendido del 3 al 24 de julio de 2001. (Fls. 226 C-2)

El 27 de julio de 2001 el actor mediante escrito dirigido al Director General del INPA, le comunicó:

“He recibido su mensaje verbal que por medio del (...) Secretario General del Instituto, Usted me ha transmitido para presentar mi renuncia al cargo de Subdirector de Investigaciones.

Lamento comunicarle que no estoy en capacidad de presentar la renuncia debido a que me encuentro a un año y tres meses de cumplir mis requisitos de pensión y ello desmejoraría dicha liquidación.

Considero que he cumplido mis deberes y funciones como Subdirector. Así mismo veo oportuno manifestarle que la calificación de servicios por cambio de dependencia que le otorgué a la funcionaria Rosalba Flórez en el presente año, se basó exclusivamente en su desempeño laboral como Secretaria de esta Subdirección.” (Fls. 3)

ANÁLISIS DE LA SALA

Naturaleza Jurídica del Cargo de Subdirector de Investigaciones del INPA

De conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política, en la Administración Pública, existen empleos de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, de elección popular, los trabajadores oficiales, y los demás que determine la Ley.

La Ley 443 de 1998 por la cual se expiden normas de carrera en su artículo 5º hace referencia a la clasificación de los empleos en los organismos y entidades regulados por la presente Ley, con las siguientes excepciones:

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

a. Los de dirección, conducción y orientación institucionales, que adelante se indican, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, así:

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente; Secretario General; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Rector, Vicerrector y Decano de Institución de Educación Superior distinta a los entes universitarios autónomos; Director de Unidad Hospitalaria; Jefe de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; y Jefe de Control Interno. (...).²

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 e 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. (...)

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-195 de 21 de abril de 1994, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, con relación a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, dijo:

“(...) Por tanto, como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del **sistema de carrera**, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. **Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política.** En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometido a su permanente vigilancia y evaluación. (...)”

La Corte considera -de acuerdo con la jurisprudencia sentada en la Sentencia C-023 de 1994- que siendo distintas las condiciones de los empleados de libre remoción a la de los empleados de carrera, es totalmente desproporcionado aplicar, en materia de desvinculación, ingreso, permanencia y promoción, las reglas de los primeros a la condición de los empleados de carrera. Ello porque la discrecionalidad es una atribución necesaria en cabeza de algunos funcionarios que ejercen una labor eminentemente política, o que requieren de colaboradores de su más absoluta confianza para el logro de sus fines. Como se manifestó en la Sentencia citada "no puede prosperar una hipótesis administrativista para regular una función eminentemente política". Pero tampoco puede darse el otro extremo:

² **Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-599-00** de 24 de mayo de 2000, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; y, **aparte tachado declarado INEXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante Sentencias **C-506-99** de 14 de julio de 1999, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

regular con criterio político una función que corresponde a la esencia del sistema de carrera. (...)”

Observa la Sala que el demandante no probó que estuviese amparado por fuero alguno de Carrera Administrativa que le significara una estabilidad o garantía de inamovilidad, por lo que ha de entenderse que su vinculación era de libre nombramiento y remoción.

En el sub-examine está probado que el actor, al momento de ser retirado del servicio, se encontraba nombrado como Subdirector de Investigaciones del INPA, Código 0040, Grado 17 (Fls. 226 C-2), y por Resolución No. 000310 de 26 de julio de 2001 el Director General del Instituto Nacional de Pesca y Agricultura, declaró insubsistente su nombramiento, decisión que en principio no contraría las disposiciones citadas como vulneradas, toda vez que su nombramiento se efectuó en un cargo de libre nombramiento y remoción y por tanto podía ser retirado del servicio en ejercicio de la facultad discrecional.

El Nombramiento en Cargos de Libre Nombramiento y Remoción y la Facultad Discrecional del Nominador

El actor desempeñaba un cargo de confianza y manejo (Subdirector de Investigaciones, Código 0040. Grado 17 y su vinculación se realizó bajo la modalidad de empleado de libre nombramiento y remoción, es decir, que podía ser retirado del servicio sin motivar el acto de desvinculación.

Siendo el cargo que ocupaba el demandante de aquellos de confianza, dirección y manejo, la Ley les ha dado el tratamiento especial de ser ejercidos sólo por aquellas personas llamadas por el nominador a acompañarlo en su gestión en razón del alto grado de confiabilidad que en ellas debe depositar.

En consecuencia, resulta razonable que en aras del interés institucional, el nominador -en ejercicio de su potestad discrecional- pueda retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo de trabajo. Esa facultad discrecional para remover libremente a sus empleados otorgada a los nominadores implica un cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la Administración los fines encomendados.

La situación laboral que regía al demandante, no le otorgaba ningún fuero de estabilidad, pues esta Corporación ha sostenido reiteradamente que cuando la Administración decide declarar insubsistente a un servidor público de libre nombramiento y remoción, se presume que se realizó en procura del buen servicio público, conforme con la facultad discrecional del nominador para disponer de los cargos cuyos titulares no están amparados por algún fuero especial de inamovilidad.

Desviación de Poder

El actor aduce que se tipificó la desviación de poder en razón a que su insubsistencia se dio como consecuencia de la calificación satisfactoria que le hizo a la señora Rosalba Flórez Quijano, directiva sindical de la Entidad, a pesar de la recomendación que le habría hecho el Director del INPA.

El demandante en procura de probar la alegada desviación de poder, rindió declaración de parte y peticionó los siguientes testimonios:

La señora **Rosalba Florez Quijano**, para la época de los hechos se desempeñaba como Auxiliar Administrativo, Grado 15 en el Instituto Nacional de Pesca y Agricultura – INPA, quien al ser interrogada sobre los hechos de la demanda, indicó que la relación entre el actor y el Director General del INPA se deterioró por la calificación satisfactoria de que fue objeto por parte del primero. (Fls. 104-106)

Por su parte la señora **Claudia Estella Beltrán Zurriago** (Fls. 167-169), quien se desempeñaba como Asistente del Coordinador Técnico del Programa de Pesca de la Unión Europea CEE-PEC, manifestó que en las reuniones del Director General con los otros Directivos, se propuso como objetivo la reestructuración de la Entidad, para eliminar los cargos de los directivos sindicales tanto en el nivel central, como en el regional pero, como eran cargos de carrera, era necesario hacerlo a través de la calificación insatisfactoria de servicio.

Agrega que el señor Villaneda Jiménez antes de salir a vacaciones procedió a calificar el desempeño de la señora Rosalba Flórez en forma satisfactoria, haciéndolo a conciencia; hechos de los cuales se enteró el Director del INPA por voces del Secretario General a través de quien le indicó al demandante que si no cambiaba la calificación, lo declararían insubsistente, lo que aconteció finalmente.

Los testigos coinciden en la alta trayectoria del accionante, su idoneidad y profesionalismo en la asunción de las responsabilidades a él asignadas; y el comentario generalizado era que había sido declarado insubsistente por la calificación satisfactoria que había emitido a favor de una funcionaria sindicalizada, lo cual supo todo el mundo; por lo que mal pueden aceptarse por esta Corporación las afirmaciones hechas por la accionada en el sentido que el retiro del actor obedeció al mejoramiento del buen servicio, pues de igual manera el INPA no demostró en qué quería mejorar el servicio.

La Sala advierte que el acto acusado es consecuencia de la evaluación de desempeño laboral, elaborada por el accionante a la señora Rosalba Flórez el 31 de mayo de 2001, en tanto la diferencia y descontento hacia esta funcionaria por el Director General del INPA, es predicable de las diferentes actuaciones, tal como lo demuestran las Resoluciones Nos. 00086 y 98 de 13 y 23 de marzo de 2001, por las cuales primero se cambió de ciudad a la referida señora y posteriormente ante las quejas presentadas por ésta ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural por las irregularidades, así como la denuncia ante la Fiscalía General de la Nación; por lo que la volvió a ubicar en la ciudad de origen.

A lo anterior se agregan los testimonios y la carta suscrita por el actor en que se rehúsa a presentar la renuncia al cargo de Subdirector de Capacitación, teniendo en cuenta que le falta 1 año y 3 meses para completar los requisitos para adquirir la pensión y le reitera que la calificación emitida correspondió al desempeño laboral de la señora Flórez Quijano.

Las anteriores pruebas integralmente analizadas, son las que desvirtúan la presunción de legalidad del acto acusado, por haberse configurado la desviación de poder en su expedición; a juicio de la Sala, las circunstancias que rodearon la situación anterior a la insubsistencia, constituyen indicio serio de que lo verdaderamente pretendido por el Instituto Nacional de Pesca y Agricultura, no fue el mejoramiento del servicio, sino sancionar al demandante por la calificación satisfactoria que profirió a favor de una funcionaria sindicalizada.

Con relación a los límites al ejercicio del poder discrecional, en un caso similar la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 8 de mayo de 2003, actor: José Humberto Medina Donato, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez, dijo:

“(…) Tratándose de la facultad discrecional, reiteradamente se ha dicho que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa **en presencia de circunstancias de hecho determinadas**, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales.

La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (Artículo 36 del C.C.A.).

Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, **la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho** que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional **en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos**, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.

No se trata de exigir **la motivación** del acto sino la justificación de los motivos, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto. (…)”

De acuerdo con el anterior criterio jurisprudencial que la Sala avala y lo probado en el plenario, quedó desvirtuada la presunción de legalidad que ampara el acto demandado, así las cosas, la sentencia impugnada que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda habrá de ser confirmada.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 31 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por Abraham Alberto Villaneda Jiménez contra el Instituto Nacional de Pesca y Agricultura – INPA.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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