

CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA - Naturaleza jurídica

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. 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. Mediante la Ley 99 de 1993, 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.

INSUBSISTENCIA - Cargo de libre nombramiento y remoción / CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Es procedente de forma inmotivada / FACULTAD DISCRECIONAL - Potestad jurídica del estado / PRESUNCION DE LEGALIDAD - Susceptible de ser desvirtuada

La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como la 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. No obstante lo anterior, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla. 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”.

INSUBSISTENCIA - Desconfianza infundada / MEJORAMIENTO DEL SERVICIO - No acreditada / DESVIACION DE PODER - Configuración / INVESTIGACION DISCIPLINARIA - Indicio / DESCONFIANZA INFUNDADA - Causal de insubsistencia. Móvil oculto y determinante

El ambiente laboral no era precisamente el más favorable, pues se presentaban 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, radicaran el Oficio 10049 de fecha 19 de noviembre de 2003, en el cual le manifestaron al Director Encargado ciertas inconformidades que se venían presentando al interior de la entidad por la falta de confianza hacia su personal directivo, situación que llevó a dicho funcionario a declarar insubsistente el nombramiento de la actora y de los demás subdirectores y asesores, pues así lo señala en el Acta 14 de 2003 y lo ratifican los testimonios recibidos dentro del proceso y las declaraciones rendidas por el señor Álvaro Gómez Cerón a distintos medios de comunicación. En efecto, lo que se demostró a lo largo del plenario, fue que precisamente, esa falta de confianza infundada ocasionó el retiro de la actora, 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. De igual manera llama la atención de la Sala que la demandada dentro del proceso no acreditó cómo pretendía mejorar el servicio con el retiro del

personal, contrario a ello, de los medios probatorios allegados se evidencia que fue la constante inseguridad del nominador la razón por la cual distanció a su grupo de apoyo respecto de los Subdirectores y Asesores en la toma de decisiones. De otra parte, los testimonios, la carta del Gobernador del Departamento y el informe rendido por el Director Encargado de la C.R.C., dan cuenta de la relación existente entre la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora con la investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría General de la Nación al anterior Director de la Corporación, de suerte que se estaría trasladando la presunta responsabilidad disciplinaria del Director de la época, a los funcionarios que trabajaron bajo su dirección, entre ellos, el demandante. Las circunstancias que rodearon la insubsistencia de la actora, constituyen indicio serio de que la intención del Director del ente acusado, no fue el mejoramiento del servicio, sino sancionar al demandante por los hechos que dieron lugar a la investigación disciplinaria que se adelantaba contra el Director de la época, lo que valorado en conjunto con la presentación del Oficio de 19 de noviembre de 2003 por parte de los subdirectores de la entidad, fuerza concluir que los fines de la expedición del acto de insubsistencia fueron distintos al buen servicio, configurándose en consecuencia la desviación de poder.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 19001-23-31-000-2004-00006-01(1588-09)

Actor: ESTHER ELENA SALAZAR DOMINGUEZ

Demandado: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de junio de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES

ESTHER ELENA SALAZAR DOMÍNGUEZ por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo del Cauca la nulidad de la Resolución 1172 de 20 de noviembre de 2003, mediante la cual, el Director

General (E) de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Asistente Administrativo, Código 4140, Grado 16 de la planta de personal de la misma entidad.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la entidad demandada su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de superior categoría y el pago de todos los salarios, prestaciones sociales, auxilios y demás emolumentos a que tiene derecho, desde la fecha de la insubsistencia hasta que se produzca el reintegro.

Que se declare para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones, señala los siguientes:

Estuvo vinculada a la Corporación Autónoma Regional del Cauca desde el 28 de diciembre de 2001 hasta el 20 de noviembre de 2003, fecha en que fue declarada insubsistente del cargo de Asistente Administrativo Código 4140, Grado 16.

Señala que antes de la declaratoria de insubsistencia, la Procuraduría General de la Nación, mediante providencia de 22 de octubre de 2003 suspendió en el ejercicio de sus funciones al Director de la Corporación Autónoma Regional del Cauca Ingeniero Libardo Antonio Romero Ordóñez, en su reemplazo se nombró 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, dicho funcionario suspendió los procesos administrativos y aisló la información institucional y de 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 “ineficiente, ineficaz, politiquera, clientelista y corrupta”.

Por lo anterior, el equipo de asesores y subdirectores de la Corporación Autónoma, mediante Oficio 10049 de 19 de noviembre de 2003, presentaron al Director (e), su inconformidad frente al tratamiento que estaban recibiendo y como respuesta, procedió al retiro masivo de todos aquellos funcionarios que habían suscrito el documento.

Afirma que la declaración de insubsistencia no tuvo en cuenta razones del buen servicio y, además, 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 1 de diciembre de 2003.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- Constitución Política: Artículos 2 y 29.
- Código Contencioso Administrativo: Artículos 3, 8, 9 y 30.
- Ley 734 de 2002.

Como concepto de violación contra las normas invocadas expresa:

La expedición del acto administrativo demandado fue una retaliación tomada por el Director (E) de la Corporación Autónoma Regional del Cauca ante el reclamo realizado por varios funcionarios de la entidad, entre de los cuales se encontraba la actora en el Oficio de fecha 19 de noviembre de 2003 en el que manifestaron su inconformidad respecto de la exclusión a la que se habían visto sometidos.

El Director (e) no tuvo en cuenta la recomendación realizada por el Consejo Directivo, en el sentido de no producir cambios de personal, la cual consideraba inoportuna al acercarse el nombramiento de un nuevo director, y a pesar de tener la competencia para el efecto, su oportunidad y conveniencia estaban claramente limitadas por las condiciones de carácter laboral y las necesidades del servicio que imperaban en el momento.

Señala que 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, pues al presumir la mala fe en todo lo actuado suspendió todos los procesos institucionales y descalificó a estas personalidades.

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

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cauca mediante providencia del 16 de junio de 2009 accedió a las súplicas de la demanda. Para el efecto decretó la nulidad de la Resolución 1172 de 20 de noviembre de 2003 y condenó a la Corporación Autónoma Regional del Cauca a reintegrar a la actora en el cargo de Asistente Administrativo Código 4140 Grado 16 y a pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 20 de agosto de 2003, con fundamento en lo siguiente:

Conforme a las pruebas aportadas al proceso, el ambiente laboral en la Corporación Autónoma Regional del Cauca para la época en que se dieron las declaraciones de insubsistencia, estaba seriamente resquebrajado debido a las tensiones que se generaron por la investigación disciplinaria de la cual fue objeto el entonces Director de la Entidad.

Además existe una relación de inmediatez entre el oficio suscrito por los Subdirectores y Asesores de la Entidad (entre ellos la actora) y la declaratoria de insubsistencia, que tuvieron lugar el mismo día (19 de noviembre de 2003), lo cual, anudado a la situación tan conflictiva que atravesaba la Corporación, demuestran los intereses arbitrarios y contrarios al mejoramiento del servicio, que ocasionaron el retiro de la actora.

En esas condiciones el Tribunal encontró probado que el ejercicio de la facultad discrecional del Director Encargado de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, no estuvo inspirado en razones del buen servicio, encontrando probada la

alegada causal de desviación poder y desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado razón por la que accedió a las súplicas de la demanda.

Las explicaciones del Director (e) revelan las intenciones sancionadoras con que fueron determinadas las insubsistencias, 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.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El apoderado de la Corporación Autónoma Regional del Cauca – C.R.C., interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 16 de junio de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en el que reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicita se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones.

En subsidio de lo anterior, que se modifique la sentencia recurrida en relación con el restablecimiento del derecho, para que se declare que el reintegro sólo opera por el tiempo que le hacía falta al Director suspendido para completar el período para el cual fue elegido, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2003.

Señala que la actora ejercía un cargo de libre nombramiento y remoción, de confianza y dirección, atendió las funciones que le eran encomendadas y que por tanto sólo podían ser desempeñadas por un funcionario en quien el Director General debía depositar absoluta confianza.

Advirtió que la crisis no la produjo el Director Encargado, sino que ésta ya existía y su elección buscó reducir los niveles de enfrentamiento, propender por un mejoramiento de la gestión y reducir la confrontación laboral.

Con relación al alcance jurídico de la presunta recomendación del Consejo Directivo al Director Encargado para evitar cambios abruptos de personal, dado el tenso ambiente laboral de la Entidad, este aspecto debió ser analizado teniendo en cuenta lo consignado en las Actas del Consejo Directivo de la C.R.C. en que se designó al Director Encargado, como son las 10 y 11 de 28 de octubre y 4 de

noviembre de 2003, las cuales evidencian que no se hizo tal recomendación y que se trató de lograr un consenso para evitar la polarización de la Entidad.

No existió ningún acto administrativo que limitara la competencia funcional del Director Encargado y, de haber existido, no podría prevalecer sobre una facultad derivada de la Constitución y la Ley, no obstante el Tribunal encontró probada la desviación de poder, al no haberse atendido las recomendaciones del Consejo.

No es cierto como lo afirma el Tribunal, que la declaratoria de insubsistencia obedeció a la negativa de rendir los informes requeridos por el Director Encargado, pues no se allegó prueba alguna al respecto.

El personal de la Corporación conocía de su interinidad y esperaban que muy pronto se reintegrara el Director suspendido, lo que explica su renuencia a colaborar con el Director Encargado y la solidaridad a su anterior jefe.

En esas condiciones se hacía inevitable un cambio y el problema se reducía a dilucidar si el Director Encargado debía ceder a las presiones de sus subalternos que continuaban leales al Director suspendido, a los procedimientos, rutinas y manejos a que venían acostumbrados ó hacía valer su condición de jefe de la Entidad y por tanto removerlos, por ser claro que no podía trabajar con ellos, porque entorpecían su labor.

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda por considerar que del contenido del Acta 014 de 1 de diciembre de 2003 se infiere que el Director Encargado utilizó la facultad discrecional para sancionar presuntas conductas disciplinarias y con el fin de garantizar transparencia en el proceso disciplinario adelantado en contra del Director titular.

Lo anterior no es cierto por las razones que se adujeron antes y porque el proceso disciplinario que se adelantaba contra el Director titular de la Entidad no los afectaba directamente en cuanto a su conducta disciplinaria, por ello no puede afirmarse que se incurrió en violación del derecho de defensa y debido proceso y, menos aún, que se tomó la decisión de removerlos haciendo uso de la facultad discrecional, con el ánimo de sancionarlos.

En consecuencia, no hay razón alguna para afirmar que la declaratoria de insubsistencia del actor obedeció, entre otros motivos, a la investigación que se adelantaba contra el Director saliente porque no hay prueba que ella incluyese al accionante y tampoco se evidencia que el nominador hubiese considerado la comisión de una falta disciplinaria como razón del retiro del servicio, por lo que no existe fundamento para sustentar la tesis, según la cual, el retiro no obedeció al mejoramiento del servicio, sino que se utilizó para disfrazar una sanción.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico gira en torno a determinar la legalidad de la Resolución 1172 de 20 de noviembre de 2003, mediante la cual el Director General (e) de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, declaró insubsistente el nombramiento en el cargo de Asistente Administrativo, Código 4140, Grado 16 de la planta de personal de la misma entidad.

Afirma la actora que la Corporación Autónoma Regional del Cauca con la expedición de la Resolución demandada incurrió en falsa motivación y desviación de poder, debido a que con su retiro no pretendió el mejoramiento del servicio, pues su desempeño era excelente.

Por el contrario, se produjo como retaliación por parte del Director encargado de la entidad demandada por el oficio radicado por los empleados de la Corporación Autónoma Regional del Cauca donde le manifestaban las inconformidades que se venían presentando al interior de la entidad por la falta de confianza, sin razón, que éste tenía hacia su personal directivo.

Igualmente desatendió las recomendaciones generales que había formulado el Consejo Directivo, relacionadas con no producir cambios de personal ni paralizar proyectos en ejecución.

El Tribunal Administrativo del Cauca accedió a las pretensiones de la demanda por encontrar demostrado que la actora probó que su prestación del servicio era excepcional, lo que demuestra que el acto de insubsistencia no cumplió con la finalidad para la que se encuentra establecida la facultad discrecional.

Por su parte, la Corporación Autónoma Regional del Cauca interpone el recurso de apelación con fundamento en que el cargo que ocupaba la actora es de libre nombramiento y remoción, lo que permitía su desvinculación en cualquier momento y sin justificación, en ejercicio de la facultad discrecional.

Para efectos de decidir se tiene lo siguiente:

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 1 dispuso lo siguiente:

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”.

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”.

Mediante la Ley 99 de 1993, 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 23°.- 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 24°.- 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 33°.- 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 002 de 1995, se determinó la planta de personal de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, por el que se dispuso que el cargo Asistente Administrativo, Código 4140, Grado 16 es de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, al momento de ser desvinculada la actora, 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 5 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)

Así las cosas, el cargo de Asistente Administrativo, Código 4140, Grado 16 es de libre nombramiento y remoción, en consideración a la estricta confianza que demanda su desempeño, lo que permite a la Administración disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular para permitir un ejercicio eficiente de las labores de manejo y dirección de la entidad.

La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como la 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.

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

Sobre el tema, esta Corporación, ha expresado lo siguiente:

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.

Aplicando las ideas precedentes al sub-lite, observa la Sala que todo acto discrecional de retiro del servicio supone el mejoramiento del mismo y en este orden, corresponde al juez evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción, obteniendo importancia los antecedentes en la prestación de la labor, mediatos a la decisión, vale decir, las anotaciones recientes en la hoja de vida del servidor, conforme a la cual es dable inferir su moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal¹.

¹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 8 de mayo de 2003, Consejero Ponente doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, Número Interno: 3274-02 Actor: José Humberto Medina Donato.

Al realizar en sede judicial el control de legalidad, el acto administrativo que en principio se presume expedido en aras del buen servicio, se juzga bajo las reglas que gobiernan el proceso, en el cual imperan entre otros, el principio de igualdad de las partes ante el juez y al hacerse efectivo ese principio, cada una de ellas tiene la obligación de probar sus afirmaciones.

Hechas las anteriores precisiones, observa la Sala que en el expediente se encuentra el siguiente material probatorio:

1.- Copia del Acta 11 de 4 de noviembre de 2003, correspondiente a la Sesión del Consejo Directivo, en que el Director Encargado de la CRC informa que ya ha recibido algunos de los informes solicitados a las diferentes dependencias, pero que hay pendientes algunos. Posteriormente el Presidente del Consejo Directivo, concluye:

“No se pueden seguir incrementando los niveles de enfrentamiento (...). Se recomienda no hacer cambios de personal, ni tomar retaliaciones contra los funcionarios o los proyectos que avanzan con algunos municipios.” (Folio. 11)

2.- Escrito de 19 de noviembre de 2003, suscrito por los Subdirectores de la Entidad en que le manifiestan al Director Encargado de la C.R.C., que la exclusión del cuerpo Directivo es total y que las opiniones no tienen un espacio para poder ser expresadas, ni mucho menos discutidas. En efecto, señalan:

Las poquísimas oportunidades en que hemos podido lograr su atención han sido por nuestra iniciativa y movidos por la necesidad y preocupación profunda de dar cumplimiento a nuestras labores. Su actitud ha sido, por decir lo menos, francamente descortés.”

(...)

Es indudable que la C.R.C. se encuentra en una parálisis total, producto de una absurda paranoia, basada en que 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 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. (folios 16 a 18)”

(...)

... cambiar su actitud, a que no continúe exacerbando el comportamiento de los funcionarios, a que se termine el terrorismo contra los funcionarios que no están sindicalizados, a que deponga sus prevenciones en pro del bienestar institucional, a que asuma un comportamiento objetivo, serio y responsable frente a la labor que se ha venido desarrollando, a que nos escuche, y si usted lo considera pertinente a que trabajemos coordinada y armónicamente para evitar que una Entidad tan importante para el Cauca como lo es la C.R.C., desaparezca del ámbito regional.” (folios 16 a 18))

3.- Acta 14, mediante la cual el Director Encargado Doctor Álvaro Gómez Cerón, en su intervención ante el Consejo Directivo de la Corporación Regional del Cauca el 1° de diciembre de 2003, expresó:

“(...) Esto lo obligó a efectuar algunos cambios para conformar un equipo técnico de confianza que garantizara la transparencia en los procesos que actualmente se adelantan en contra del Director suspendido, Libardo Romero. Estas medidas administrativas generaron hechos bochornosos como las llamadas recibidas de parte del Viceministro Bonilla Arboleda y del Jefe de Planeación del Ministerio del Medio Ambiente Leonardo Muñoz, quienes le reconvinieron por los cambios hechos y le expresaron su malestar del Representante César Negret Mosquera por los cambios realizados. (...)” (Folios 96 a 101 cuaderno 2)

4.- El Gobernador del Departamento del Cauca y Presidente del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, en carta abierta al Presidente de la República, que obra a folios 13 a 15 manifestaron:

“(...) Tanto el nombramiento del Doctor Álvaro Gómez Cerón, como la desvinculación de los funcionarios mencionados, produjo una reacción del Representante a la Cámara Cesar Negret Mosquera, quien ha interpretado estos hechos ante la opinión pública y el Gobierno Central, como actos de persecución política. Esta apreciación y declaración son infundadas por cuanto las misas no fueron causadas por la decisión del Consejo Directivo, sino por el resultado de las investigaciones que la Procuraduría General de la Nación adelantó disciplinariamente contra el Director saliente, Doctor Libardo Antonio Romero Ordóñez. (...)”

De igual manera obran en el expediente los testimonios rendidos entre otros por la señora ANDREA LUCÍA ÁVILA HIGUERA, quien para la época de los hechos era la Subdirectora Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Cauca - C.R.C., en Representación de de los Alcaldes, quien manifestó:

PREGUNTADO: En virtud de lo expuesto, que conocimiento usted (sic) acerca de las desvinculaciones que se produjeron en la CRC en noviembre del año 2003. CONTESTÓ: Los comentarios y afirmaciones que efectuó el director de esa época ÁLVARO GOMEZ CERÓN eran referidos a un supuesto parentesco que tenía la actora con el anterior Director doctor Libardo Antonio Romero. PREGUNTADO: Conoce usted las circunstancias administrativas y laborales que rodearon la desvinculación de los subdirectores entre ellos la señora SALAZAR CONTESTÓ: Tal como lo manifesté en la respuesta anterior an el caso específico de la señora ESTHER ELENA SALAZAR su desvinculación obedeció a un supuesto vínculo de parentesco con el anterior director de la Entidad, la desvinculación de los subdirectores en forma masiva fue consecuencia directa de un oficio dirigido al Director de la Corporación en ese momento, en el cual se le expresaban una serie de hechos y consideraciones frente a la parálisis y aislamientos en que este Director sometió a la Corporación y correlativamente a su cuerpo directivo...”

El señor **MARCO TULLIO CHIRIMUSCAY MANQUILLO**, en su condición de miembro del Consejo Directivo de la C.R.C. en Representación de las Comunidades Indígenas, en relación con los hechos de la demanda (Folios 20 a 22 cuaderno 2), manifestó lo siguiente:

PREGUNTADO: En virtud de lo expuesto, que conocimiento usted (sic) acerca de las desvinculaciones que se produjeron en la CRC en noviembre del año 2003. CONTESTÓ: El conocimiento que tuvo el Consejo, no solamente yo, fue a través del Director encargado, en el cual él manifiesta que se pidieron informes a los subdirectores para hacer el empalme de la Institución en virtud de que él era el nuevo director encargado, informes que nunca le fueron entregados y empalme que nunca hubo voluntad de hacerlo(...)

La señora **ANA ZULLY PERLAZA GONZALEZ**, quien para la época actuaba como miembro del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca,

en Representación de las ONGs, manifestó lo siguiente (folios 23 a 25 cuaderno 2 del expediente)

PREGUNTADO: En virtud de lo expuesto, que conocimiento usted (sic) acerca de las desvinculaciones que se produjeron en la CRC en noviembre del año 2003. CONTESTÓ: Cuando yo era miembro y asistíamos a las sesiones del Consejo tuvimos conocimiento de la desvinculación de algunas personas, no recuerdo quienes, cuando estaba de director el señor ÁLVARO GOMEZ CERÓN, el nos informó en una sesión del consejo las razones por las que tuvo que desvincular a esas personas, lo que él manifestó si mal no recuerdo es que esas personas estaban dificultando u obstaculizando su labor como director y por consiguiente el desarrollo de la Corporación, el decía que no le habían entregado informes, que no presentaban informes, que se habían perdido carpetas de archivos de proyectos que maneja la corporación, el había solicitado informes sobre el desempeño de algunos funcionarios y no fueron entregados.

Obra el ejemplar del Periódico "La Campana" del 5 de diciembre de 2003 en donde', el Primer Director Encargado (Álvaro Gómez Cerón) de la C.A.R. del Cauca, manifestó:

"¿Hizo barrida en la CRC?

Si te sientas en la CRC y comienzas a recibir un promedio de 15 contratos diarios que van listos para tu firma, habiendo llegado seis o siete días atrás, es obvio que te pongas un poco nervioso y te preguntes ¿Por qué debo firmar?, ¿Por qué hacerlo tan aceleradamente?

Esa presión hizo que tomara la decisión de construir mi equipo y cambié algunos Subdirectores, entre otras cosas, por considerar que su permanencia no me garantizaba la libertad para poder actuar. Entonces se produjo la primera resolución y al día siguiente las otras. (...)

¿Hubo revanchismo en sus decisiones?

Las decisiones que tomé desde el primer día, fueron absolutamente mías. Soy el Director responsable. No fui inducido ni empujado, no actué a nombre de nadie, sino como me lo dictaron mi conciencia y mi experiencia, teniendo en cuenta las actuales circunstancias de la CRC, entre otras cosas, la investigación que adelanta la Procuraduría."

Por su parte en el Diario 'El Liberal' de 10 de diciembre de 2003, el Segundo Director Encargado Álvaro Lobo Amaya de la C.R.C., indicó:

“(…) Frente a la suspensión preventiva del Director General del organismo ambiental, Libardo Antonio Romero, seguida por la llegada a la Dirección Interina de Álvaro Gómez, quien declaró insubsistente a diez empleados del organismo ambiental, seis de ellos, miembros del equipo directivo, indicó que a pesar de que esta última fue una decisión tomada por Gómez en su empeño por trabajar con su equipo de confianza, tal periodo fue traumático para la dinámica de la Corporación, aunque anotó que ya está siendo superado.

Señaló también que por orden del Consejo Directivo durante el periodo que resta para la posesión del nuevo Director no será retirado, ni integrado personal a la CRC. (…)”

De lo anterior se colige que al cambiar de administración en la Corporación Autónoma Regional del Cauca se presentó una parálisis laboral que impedía seguir adelante con los procesos administrativos que se adelantaban en la entidad, debido a la falta de confianza que le generaban al Director General (E) no solamente los Subdirectores sino también los Asesores y demás empleados de las dependencias a su cargo.

El ambiente laboral no era precisamente el más favorable, pues se presentaban 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, radicaran el Oficio 10049 de fecha 19 de noviembre de 2003, en el cual le manifestaron al Director Encargado ciertas inconformidades que se venían presentando al interior de la entidad por la falta de confianza hacia su personal directivo, situación que llevó a dicho funcionario a declarar insubsistente el nombramiento de la actora y de los demás subdirectores y asesores, pues así lo señala en el Acta 14 de 2003 y lo ratifican los testimonios recibidos dentro del proceso y las declaraciones rendidas por el señor Álvaro Gómez Cerón a distintos medios de comunicación.

En efecto, lo que se demostró a lo largo del plenario, fue que precisamente, esa falta de confianza infundada ocasionó el retiro de la actora, 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.

De igual manera llama la atención de la Sala que la demandada dentro del proceso no acreditó cómo pretendía mejorar el servicio con el retiro del personal, contrario a ello, de los medios probatorios allegados se evidencia que fue la constante inseguridad del nominador la razón por la cual distanció a su grupo de apoyo respecto de los Subdirectores y Asesores en la toma de decisiones.

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 la demandante en compañía de los demás Subdirectores, estuvieron atentos a impulsar las tareas que se encontraban pendientes.

De otra parte, los testimonios, la carta del Gobernador del Departamento y el informe rendido por el Director Encargado de la C.R.C., dan cuenta de la relación existente entre la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora con la investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría General de la Nación al anterior Director de la Corporación, de suerte que se estaría trasladando la presunta responsabilidad disciplinaria del Director de la época, a los funcionarios que trabajaron bajo su dirección, entre ellos, el demandante.

Las circunstancias que rodearon la insubsistencia de la actora, constituyen indicio serio de que la intención del Director del ente acusado, no fue el mejoramiento del servicio, sino sancionar al demandante por los hechos que dieron lugar a la investigación disciplinaria que se adelantaba contra el Director de la época, lo que valorado en conjunto con la presentación del Oficio de 19 de noviembre de 2003 por parte de los subdirectores de la entidad, fuerza concluir que los fines de la expedición del acto de insubsistencia fueron distintos al buen servicio, configurándose en consecuencia la desviación de poder.

La actora logró demostrar a lo largo del proceso, el móvil oculto y determinante con el que procedió la entidad demandada para declararla 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.

Finalmente frente a la petición de la Corporación Autónoma Regional del Cauca – C.R.C., de modificar la sentencia mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda, para que la orden de reintegro únicamente fuera hasta la fecha en que vencía el periodo del Director sancionado, dado que se trata de una designación en un cargo de libre nombramiento y remoción, no es procedente toda vez que si bien es cierto, la designación del Director de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, es por un periodo determinado, éste es independiente del nombramiento que ostentaba la demandante en un cargo de libre nombramiento y remoción.

Conforme a las razones expuestas, se confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca que accedió a las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expresado en esta providencia.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de 16 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso promovido por la señora ESTHER ELENA SALAZAR DOMÍNGUEZ, que accedió las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO