



Sentencia 01412 de 2011 Consejo de Estado

EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – la declaratoria de insubsistencia es procedente de forma inmotivada / PRESUNCION DE LEGALIDAD – Es susceptible de ser desvirtuada / DESVIACION DEL PODER – Fines distintos al buen servicio y los previsor en la n
EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – la declaratoria de insubsistencia es procedente de forma inmotivada / PRESUNCION DE LEGALIDAD – Es susceptible de ser desvirtuada / DESVIACION DEL PODER – Fines distintos al buen servicio y los previsor en la norma / CONFIANZA EN UN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – para el buen ejercicio del cargo / FALSA MOTIVACION – Ejercicio de la facultad discrecional para reacomodación del equipo de trabajo

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. 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". 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 es pertinente afirmar por parte de la Sala, 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. Ahora bien, se evidencia continuamente, más allá del proceso de contratación realizado, el cual terminó con la adjudicación del contrato a la firma Vehículos de Caldas -VEHÍCULDAS-, que el demandante no prestaba la confianza necesaria en el desarrollo de su cargo, tanto es así, que la Junta Directiva se vio avocada a retirarlo de las sesiones, por cuanto intentó faltar a la verdad en una de las actas. Lo que quiere decir que por más de que se haya realizado el proceso de contratación conforme a lo ordenado por las disposiciones legales, se presentó una falta de confianza la cual fue difícil renovar, en tanto, persistía el mal desempeño laboral. En estas condiciones, es importante manifestar, que son las razones del buen servicio las que deben primar constantemente en el desarrollo de la administración, más aun, cuando en los cargos de libre nombramiento y remoción se encuentra presente incesantemente un grado de confianza que no la tienen otros trabajadores. De acuerdo con lo expuesto, la situación en 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. Por otra parte, tal y como se mencionó anteriormente, el actor desempeñó un cargo de confianza y manejo, que al ser vinculado bajo la modalidad de empleado de libre nombramiento y remoción, podía ser retirado del servicio sin la necesidad de motivar el acto de desvinculación, pues, la ley les ha dado un tratamiento especial para que éstos cargos sean ejercidos sólo por aquellas personas que el nominador llame 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 a la entidad a su cargo.

TACHA DE TESTIMONIOS – Debe dar aplicación al artículo 218 del Código de Procedimiento Civil

No obstante, se observa, que en ningún momento se dio aplicación a lo estipulado por el artículo 218 del C.P.C, el cual hace referencia a la tacha de testigos, ya que es esta la manera por medio de la cual la parte puede acudir con el fin de impugnar la prueba testimonios la parte contraria, pues éste puede considerar que existe algún motivo legal y concreto para desestimar la declaración del deponente. Estas razones que pueden llevar a la tacha de los testigos, son circunstancias o condiciones que se predicen del testigo como fuente de la prueba, no del contenido mismo de su declaración y surgen de dos causas: I) porque el testigo mantenga una causal de inhabilidad que incida en la percepción de lo percibido, y II) porque el declarante se encuentra en alguna de las circunstancias estipuladas por el artículo 217 ibídem.

FUENTE FORMAL: ARTICULO 218 – CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011).

Radicación número: 170012331000200301412 02(0734-10)

Actor: GONZALO GONZÁLEZ GALVIS

Demandado: INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE MANIZALES – INFI-MANIZALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 16 de julio de 2009, por la cual el Tribunal Administrativo de Caldas, negó las pretensiones de la demanda formulada por Gonzalo González Galvis en contra del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales – INFI-MANIZALES-

LA DEMANDA

GONZALO GONZÁLEZ GALVIS en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Caldas declarar la nulidad del siguiente acto administrativo:

- Resolución No. 117 D.F.A. de 15 de agosto de 2003, en virtud de la cual el Gerente General (e) del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales – INFI-MANIZALES-, declaró insubsistente el nombramiento del demandante del cargo de Secretario General Código 054, Grado 03, Nivel Directivo adscrito a la Gerencia General.

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

- Reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de superior categoría.
- Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de todos los salarios, primas, vacaciones, cesantías y demás emolumentos concurrentes al cargo, desde la fecha de la declaración de la insubsistencia hasta cuando sea efectivamente reintegrado a su empleo; así mismo, a pagar a título de indemnización por perjuicios morales, la suma de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de producirse la cancelación.
- 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.

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

El actor fue vinculado por el Gerente General del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales – INFI-MANIZALES- mediante Resolución No. 0183 D.F.A de 23 de octubre de 2001 para que ocupará el cargo de Secretario General; posteriormente, fue declarado insubsistente por medio de la Resolución No. 117 D.F.A. de 15 de agosto de 2003, sin tener en cuenta, que desempeñó sus funciones con idoneidad, eficiencia, dedicación, responsabilidad y sin que se hubiera llevado a cabo alguna investigación disciplinaria, penal o fiscal.

Afirma, que se disfrazó una destitución con la declaratoria de insubsistencia, por cuanto el hecho que originó la determinación desviada, fue el interés por parte de la Administración Municipal en adquirir una camioneta Rodeo de placas NAD-172 destinada a la Gerencia General de – INFI-MANIZALES-, quien actuando como ordenador del gasto, solicitó la disponibilidad presupuestal y la ubicó dentro del rubro "otras inversiones, equipos varios y acciones varias", tal y como lo demuestra la Certificación No. 269 de 30 de mayo de 2003 suscrita por el Auxiliar de Contabilidad y Presupuesto de la entidad demandada. Así mismo, le solicitó al encargado de bienes, en ausencia del demandado, quien ocupaba en ese entonces el cargo de Secretario General, que elaborara los términos de referencia para el proceso de compra del mencionado vehículo.

Sostiene, que una vez que el demandado se reincorporó a su cargo, se pudo enterar de la adquisición de dicho vehículo y sugirió, como era su deber, adecuar el proyecto de los términos de referencia con la elaboración de oportunidad y conveniencia, actuación que se llevó a cabo y culminó con la adjudicación del contrato y posterior adquisición del vehículo Toyota Station Wagon a la empresa Vehicaldas S.A.

Asegura, que hasta este momento todo estaba dentro de los términos, lastimosamente, se presentaron discordias entre el Gerente del Ecoparque Los Yarumos y el Gerente General de -INFI-MANIZALES-, que ocasionaron, una campaña de los medios ante la opinión pública, cuestionando el fundamento legal de la compra del vehículo, perjudicando con ello al demandado, pues los miembros de la Junta Directiva del ente demandado lo excluyeron de forma permanente de éste cuerpo colegiado sin fundamento legal; de igual modo, se encargaron de tildar su proceder, sin esgrimir las razones o conductas graves en que pudo haber recaído, las cuales a su vez, tuvieron como fundamento las investigaciones disciplinarias ó juicios de índole fiscal que pusieran en riesgo la imagen institucional o el patrimonio público.

Aun así, algunos miembros de la mencionada colectividad, manifestaron en el desarrollo de una Junta Directiva no estar de acuerdo con las actuaciones del demandado y que lo más recomendable era realizar un análisis sobre su continuidad dentro de la Entidad; razón por la cual, el Gerente General encargado le respondió a la Junta Directiva de Infi-Manizales en reunión posterior, de la siguiente manera "que ha tomado la decisión de prescindir de sus servicios y que en su remplazo designar (sic) a la doctora María Cristina Uribe Arango".

Agrega, que el 13 de agosto de 2003, fue llamado el actor por el Gerente General encargado para solicitarle que presentará la renuncia con el fin de evitar problemas tanto en la hoja de vida, como en la Administración Municipal; sin embargo, se negó a dicha proposición y dos días más tarde, fue declarado insubsistente mediante la Resolución No. 117 D.F.A.

Comenta, que por esos mismos motivos, relacionadas con la compra del vehículo, renunció de manera provocada el Gerente General de la entidad demandada, escenario que motivó para que fuese nombrado bajo las mismas prerrogativas, en el cargo de Gerente del Instituto de Cultura y Turismo de Manizales.

Ahora bien, no puede verse su declaratoria de insubsistencia del demandante desde la óptica del mejoramiento del servicio, habida consideración de las altas calidades y cualidades de éste; además, a lo largo de su trayectoria profesional, no ha sido sancionado por haber cometido faltas contra la ética profesional ó por haber violado el Estatuto Disciplinario.

Según el actor, la experiencia de María Cristina Uribe Arango se centra en el sector privado y que pese a su recorrido, no ha producido estudios que demuestren el reflejo de sus experiencias; así mismo sostiene, que ha sido sancionada por parte del Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas, por haber cometido faltas contra la ética profesional.

Por último aduce, que su destitución le produjo una afectación de orden psicológico, por la forma como lo cuestionó la Junta Directiva, pues estuvo en tela de juicio su idoneidad, su ego y su integridad profesional.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 3, 6, 23, 25, 53, 123, 125, 150 y 209.

El Código Contencioso Administrativo.

Del Decreto 1950 de 1973, el artículo 107.

Del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 26.

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

La aplicación de la facultad discrecional debe estar inspirada en el derecho social, con el fin de que se pueda proteger la labor del trabajador, tal y como lo ordena la Constitución y la Ley. Es por ello, que el retiro del demandante encuentra fundamento en las potestades desviadas, pues si bien es cierto un empleado que se encuentre desempeñando el cargo de libre nombramiento y remoción puede ser declarado insubsistente en cualquier momento, no es menos cierto que la Constitución Nacional establece que dicha facultad debe ejercerse dentro de los términos señalados por la Ley, pues no es una facultad ilimitada.

En ese orden de ideas, la potestad administrativa, y en especial la discrecional, se encuentra sometida al principio de mensurabilidad, el cual consiste en que en ningún caso la potestad puede constituirse como un poder indefinido o ilimitado.

En el mismo sentido, sostiene el actor, que no entiende las acusaciones de la Junta Directiva de Infi-Manizales, en primer lugar, porque ciertos miembros asumieron conductas contradictorias acerca del tema de la compra del vehículo, las cuales se evidencian en las afirmaciones que algunos de ellos realizaron a la prensa local; en segundo lugar, cuando esta colectividad persigue al actor con el fin de mostrar que todo se encontraba en orden. Lo anterior indica que no existe proporcionalidad respecto de las actuaciones administrativas, pues se debió iniciar las acciones disciplinarias, penales o fiscales, con el fin de tomar un correctivo. De dichos acontecimientos se deriva que el acto discrecional de insubsistencia está rodeado de una serie de irregularidades que lo hacen materia del control judicial por vicios de forma, falsa motivación, desvío de poder y, en síntesis, por violación de la ley.

Por otra parte, la motivación del acto responde a los principios de publicidad y transparencia, no obstante, el Decreto 1950 de 1973 establece que dentro de los actos administrativos que no necesitan motivación están los de nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción.

No obstante, el acto administrativo es ilegal por cuanto los motivos que le sirvieron de sustento, no han existido, lo que quiere decir, que éste tiene un carácter jurídico que la misma administración le otorgó, por ende, la compra del vehículo no es una causal de despido, más aun si tiene en cuenta, que las actuaciones que circundan el mismo, se encuentran dentro del marco de la Ley.

Además, que se presenta una violación al debido proceso, pues lo coloca en un estado de indefensión, ya que no puede ejercer una real defensa jurídica la cual repercute en el acceso a la justicia.

Finaliza aduciendo, que con la expedición del acto de insubsistencia la administración no procuró fines del buen servicio público, que es lo que debe perseguir el nominador para ajustar su actuación en derecho, puesto que al provocarse su retiro de la planta de personal, lo razonable sería que la administración procurara su inmediato reemplazo por alguien que ostentara la misma formación y experiencia profesional, lo cual no se hizo y, por el contrario, el cargo se reemplazó por una funcionaria que pese a tener una buena trayectoria en la profesión de abogado, no acredita igual o superior formación, capacitación, destreza y experiencia en el manejo del derecho administrativo.

LA 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 871 a 884):

Manifiesta, que el cargo de Secretario General de Infi-Manizales, es de libre nombramiento y remoción, por tal motivo y de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 5 de la Ley 443 de 1998, éste empleo no se enmarca dentro de los de carrera administrativa, lo que quiere decir, que la cesación definitiva de sus funciones se puede producir por la declaración de insubsistencia del nombramiento y sin la necesidad de motivar el acto, pues así se encuentra estipulado en el artículo 25 de la Ley 2400 de 1968.

Respecto de los hechos que trata el demandante al intentar demostrar que la declaratoria de insubsistencia se debe al proceso de contratación realizado para la compra de un vehículo, la entidad accionada expresa, en primer lugar, que la Junta Directiva nada tiene que ver con las consideraciones personales, a las cuales hace referencia el señor González Galvis, en segundo lugar, que esta determinación obedeció, al ejercicio general de sus funciones, pues al interior de Infi-Manizales y en especial ante su Junta Directiva, se generó un clima de desconfianza con relación al soporte jurídico que el demandante brindaba al Instituto.

Lo que quiere decir, que la exclusión del actor y de otros miembros de la entidad de la Junta Directiva, se debió que en el desarrollo de las mismas tenían que tratar "temas privados", y además, porque parte de esta falta de credibilidad hacia el demandante, tiene asidero jurídico en el hecho de que él mismo trató de incurrir en una falsedad documental en la sesión de la Junta del 11 de junio de 2003, cuando faltando a la verdad de lo ocurrido, pretendió incorporar en el borrador de la respectiva Acta, una presunta autorización de la Junta Directiva al Gerente General de Infi—Manizales, para la compra de un vehículo, situación que motivó, la desconfianza de los miembros de la misma, cuando se logró determinar que el Secretario General estaba haciendo anotaciones en el Acta, que no correspondían a la realidad de los puntos discutidos y aprobados.

En conclusión, lo que se buscó con la declaratoria de su insubsistencia no fue otro motivo, que el buscar el mejoramiento del servicio para la entidad demandada, ahora bien, el nombramiento de María Cristina Uribe Arango se debió a su amplia experiencia profesional.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Caldas, denegó las pretensiones de la demanda formulada por Gonzalo González Galvis en contra del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales – Infimanizales -, en los siguientes términos (folios 1065 a 1087):

Expone, que la desviación o abuso del poder se configura cuando el servidor público dicta un acto aparentemente legal, pero encubriendo u ocultando su verdadero propósito, pues su real intención es ajena al buen servicio público. Es decir, se profiere una decisión que contiene la presunción de legalidad, pero persigue en realidad intereses ajenos al del buen servicio a cargo de la entidad a la cual sirve.

Ahora bien, no basta con afirmar que se prestó su servicio de manera eficiente, sino que además, se deben probar los motivos distintos al buen servicio que determinan la expedición del acto de insubsistencia; ya que si no se realiza de esta manera, se llegaría a juzgar con base en meras apreciaciones subjetivas, las cuales se alejan de la prueba regular, que son en sí, la base para toda decisión judicial.

Considera el A – quo, una vez que ha analizado el material probatorio, que si bien es cierto, el demandante no generaba el mejor ambiente de trabajo, también lo es, que la Ley le ha otorgado a los nominadores la facultad discrecional para remover libremente a sus empleados, pues éstos gozan de cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración y los fines que se le han encomendado.

Es decir, la desvinculación de un empleado de libre designación proviene de la inadecuada prestación del servicio público, por consiguiente, al declarar insubsistente el nombramiento lo que se busca es el mejoramiento del servicio, mas no, sancionar disciplinariamente al afectado.

Por otra parte, no se demuestra que con la vinculación de María Cristina Uribe Arango se hubiese desmejorado de alguna manera la prestación del servicio, pues cumplía por demás con los requisitos exigidos para ocupar el cargo de Secretario General; además, el antecedente disciplinario, no constituye un impedimento para el ejercicio de la profesión de abogado, pues por sí sólo, no tiene el alcance constitucional o legal de enervar el cumplimiento de los requisitos legales acreditados por la servidora pública, exigidos para el ejercicio del cargo.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación contra el proveído anterior, manifestando, que existen tres causales que sirven de fundamento para declarar la nulidad del acto acusado (folios 1124 a 1134):

Desviación de poder en el acto administrativo.

Afirma, que existe una evidente desviación de poder en los actos preparatorios a la declaratoria de insubsistencia, pues, no hay lugar a dudas que existió una fuerte presión de carácter político-administrativo ejercida por algunos miembros de la Junta Directiva sobre el Gerente encargado de INFIMANIZALES, la cual se vio reflejada en la decisión tomada por éste frente al caso del actor.

Lo anterior lo soporta, al manifestar que todo se debió a la adquisición de un vehículo para la entidad, proceso en el cual la intervención del Secretario se cumplió conforme a lo ordenado por las disposiciones legales, y es ahí precisamente, donde se inicia todo un proceso irregular en contra del actor, pues estaba cargado de señalamientos por parte de la Junta Directiva.

Así mismo, el Gerente General encargado, asistió a las sesiones de la Junta donde se discutió todo el asunto que originó el retiro del cargo del

Secretario General del Instituto, quien al estar atento al proceso de compra del vehículo, manifiesta el actor: "no tenía otra salida que acatar la explícita orden de algunos miembros de la Junta, pues de no hacerlo correría con la misma suerte los directivos extrañados de la entidad".

Falsa Motivación.

Al pronunciarse respecto de esta causal aduce, que si bien no se presentó de manera explícita dentro del acto acusado, se hace evidente en todas las partes del proceso conductual que despliega la administración, pues ello ocasiona la desvinculación del actor.

Indica, que el argumento utilizado por la administración al manifestar que lo que estaba buscando era mejorar el servicio, se sale de todo contexto, pues no pueden fundamentar el retiro del demandante con la pérdida de confianza e idoneidad, más aun, cuando éste cuenta con excelente formación y capacitación profesional que le permiten desarrollar su labor.

Asegura, que quien lanza aquellos juicios subjetivos respecto de las calidades conceptuales del demandante, no tienen la formación jurídica y la trayectoria que habilite una censura sobre el conocimiento de un profesional del derecho, habilitado y acreditado por sus logros académicos e intelectuales para ejercer su profesión en todos los escenarios.

Los testimonios que sirven como pruebas de la entidad demandada son sospechosos.

Sostiene, que los testimonios de los miembros de la Junta Directiva del ente demandado, deben ser tenidos en cuenta "con un grado apreciable de sospecha", toda vez que las conductas y actuaciones asumidas por éstos en las circunstancias antecedentes a la declaratoria de insubsistencia del demandante, desbordan el principio del sometimiento de la administración a la Ley.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si se encuentra ajustada a derecho la decisión del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales Infi-Manizales, al declarar insubsistente el nombramiento de Gonzalo González Galvis, quien se desempeñaba como Secretario General, adscrito a la Gerencia General de la misma entidad.

Para lo anterior, es preciso determinar la legalidad de la Resolución No. 117 D.F.A., proferida por el Gerente General Encargado del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales Infi-Manizales.

Hechos probados

* Por medio de la Resolución No. 0183 de 23 de octubre de 2001, el Gerente General del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales Infi-Manizales, nombró al actor en el cargo de Secretario General, adscrito a la Gerencia General (folio 41 cuaderno 1).

* A su turno, por medio del Acta No. 005 del 23 de octubre de 2001, el demandante tomó posesión al cargo que había sido designado mediante la anterior resolución (folio 247 cuaderno 1).

* En virtud de la Resolución No. 000055 de 3 de junio de 2003, el Gerente General del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales Infi-Manizales, ordenó la apertura de la invitación pública No. 003-2003, cuyo objeto era recibir ofertas para celebrar un contrato de compraventa de un vehículo para la Gerencia General de Infi-Manizales (folio 95 y 96 cuaderno 1). A continuación, se evidencia todo el proceso de contratación, el cual terminó con la adjudicación del contrato a la firma Vehículos de Caldas -VEHÍCALDAS- (folios 97 a 144 cuaderno 1).

* El 29 de octubre de 2001, el Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Magistrado Ponente William Hernández Gómez, declaró disciplinariamente responsable a María Cristina Uribe Arango de las faltas descritas en los numerales 1ª y 3ª del artículo 56 del Decreto 196 de 1971 (folios 145 a 161 cuaderno 1).

* Posteriormente, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Magistrada Ponente Leonor Perdomo Perdomo, confirmó la sentencia apelada (folios 162 a 175 cuaderno 1).

* Mediante Resolución No. 117 D.F.A de 15 de agosto de 2003, el Gerente General Encargado del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales Infi-Manizales, declaró insubsistente el nombramiento de Gonzalo González Galvis, quien se desempeñaba como Secretario General, adscrito a la Gerencia General de la misma entidad (folio 28 cuaderno 1).

* En atención al Oficio No. 9897-401 de 4 de septiembre de 2003, la misma autoridad administrativa remite copias auténticas de las Actas Nos. 0066-2003, 0067-2003 y 0068-2003 de la Junta Directiva del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales Infi-Manizales, las cuales corresponden a las sesiones realizadas los días 9 y 22 de julio y 6 de agosto de 2003 (folios 199 a 245 cuaderno 1).

* En virtud del Oficio No. 9895-0045 de 20 de abril de 2008, la Secretaría General del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales Infi-Manizales, remite al plenario la Hoja de Vida laboral de María Cristina Uribe Arango (cuaderno 5).

Análisis del asunto

La Sala abordará el tema sometido a consideración, estableciendo I) La naturaleza del cargo ocupado por el demandante; II) La desviación de poder; III). Falta de motivación; y IV) Tacha de testimonios.

I) El régimen aplicable.

Es preciso señalar que el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales Infi-Manizales, es un establecimiento público del Orden Municipal, el cual fue transformado y constituido en agosto de 1997 mediante el Acuerdo No. 292, por cuanto anteriormente operaba como Empresas Públicas de Manizales; en los siguientes términos:

"ACUERDA:

ARTÍCULO PRIMERO: El Establecimiento Público denominado Empresas Públicas de Manizales que en adelante se denominará Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales, INFI- MANIZALES, se regirá por los siguientes estatutos:

CAPITULO I

DENOMINACIÓN, NATURALEZA, DOMICILIO Y DURACIÓN

ARTÍCULO PRIMERO: DENOMINACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA: La Entidad Descentralizada creada por el Acuerdo 004 de 1962 del Concejo de Manizales y modificado entre otros por el Decreto Extraordinario No. 007 de enero 8 de 1987 de la Alcaldía de Manizales y el Acuerdo 044 de 1989 del Concejo Municipal, en adelante se denominará "Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales", seguirá funcionando sin solución de continuidad como establecimiento público del orden Municipal, adscrito a la Alcaldía, con personería jurídica, autonomía administrativa, presupuestal y patrimonio propio e independiente. Dicho establecimiento se identificará con la sigla "INFI- MANIZALES"

Así mismo, se determinó que la Dirección del ente demandado estaría a cargo de las siguientes personalidades:

"ARTICULO SEXTO: DE LA DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN: La Dirección y Administración de la entidad estará a cargo de una Junta Directiva, un Gerente General, una Secretaria General y los demás funcionarios que determinen los actos pertinentes de la Junta".

A su vez, por medio de su artículo 17 se estipularon las funciones propias del Secretario General, las cuales se describen a continuación:

"ARTÍCULO DÉCIMO SÉPTIMO: FUNCIONES DEL SECRETARIO GENERAL: Son funciones del Secretario General las siguientes:

1. Elaborar las actas de Junta Directiva.
2. Autenticar los actos del Gerente, los de los funcionarios y delegados, de conformidad con la ley, cuando tengan como fin servir de prueba en procesos judiciales.
3. Expedir bajo su firma, copia auténtica de los actos anotados en los literales anteriores.
4. Representar al Gerente en los actos que le delegue.
5. Las demás que le asigne la Junta Directiva o el Gerente General, de acuerdo con la naturaleza de su cargo".

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".

Por su parte, el artículo quinto de dicha 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:
 - 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 Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General, Rector, Vicerrector y Decano de Institución de Educación Superior distinta a los Entes Universitarios Autónomos; Jefe de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de

Comunicaciones y Jefe de Control Interno.

(...).(Subrayado y en negrilla por la Sala)

Visto lo anterior, se puede deducir que el cargo ocupado por el demandante, Secretario General adscrito a la Gerencia General del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales Infi-Manizales, corresponde a los de libre nombramiento y remoción, por cuanto cumple con las siguientes características: i) es del nivel directivo, y ii) se encuentra taxativamente dentro de los enlistados del artículo 5 de la Ley 443 de 1998. Ahora bien, las funciones que desempeñaba el actor son de aquellas del nivel jerárquico cuyo ejercicio implica cierta confianza y manejo, en consideración a la administración, coordinación y asesoría propias de la Secretaría General; razón por la cual, el Gerente 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. 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 anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido 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.

Afirma el demandante dentro del recurso de alzada, que existe una evidente desviación de poder en los actos preparatorios a la declaratoria de insubsistencia, pues, no hay lugar a dudas que existió una fuerte presión de carácter político-administrativo ejercida por algunos miembros de la Junta Directiva sobre el Gerente encargado de INFIMANIZALES, la cual a su vez, fue la causa o motivo de la decisión tomada por éste frente al caso 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 es pertinente afirmar por parte de la Sala, 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.

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

Testimonio de Luís Antonio Aristizbal Botero (folio 17 a 21 cuaderno 4).

"(...) PREGUNTADO. Tiene usted algún conocimiento personal directo sobre los hechos y pretensiones que dan lugar a la presente demanda? CONTESTO: Durante el 9, 10 y 11 de julio del 2003, ante la ausencia del Secretario de Planeación, fue encargada de la secretaría, como tal, me correspondió asistir a la Junta Directiva de Infimanizales, el miércoles, 9 de julio de 2003, la cual se realizó en la sede de Infimanizales, desde las 5 de la tarde hasta las nueve y cuarenta y cinco de la noche. Al iniciarse la junta Directiva y verificarse el quórum (sic), uno de los miembros de la junta Directiva, solicitó, que no hubiera presencia de empleados de Infi en la Junta, Estaban presentes el Secretario General y el Director Financiero, porque se iban a tratar unos temas especiales. Les solicité el retiro, uno de los miembros de la Junta, en realidad no recuerdo quien hizo la solicitud pero esta fue aceptada y se les solicitó que se retiraran y ellos se retiraron de la junta. Luego intervino el Dr. Mauricio Trujillo, Representante del Sector Privado en la Junta de Infi, manifestando su indignación por el Acta de Junta Directiva anterior, en la cual en el borrador, se había incluido un tema que no había pasado por la junta. Manifestó también que cuando le llegó el borrador del Acta, llamó al Secretario General, Dr. Gonzalo González Galvis, a fin de recibir una explicación a este hecho y que la respuesta que recibió, la consideró insultante para la junta y que puso en evidencia, la debilidad del Secretario General como soporte legal, tanto para la Junta como para la Gerencia de Infi. Solicité que quedara consignada en el Acta, que la licitación para la compra del vehículo, fue direccionada y sesgada y fue algo que el Secretario General dejó pasar; puso como ejemplo que las especificaciones técnicas, requeridas para el vehículo, que exigía color gris titanio, es una referencia de una marca predeterminada, y que además, es irrelevante, para la selección técnica de un vehículo. (...) PREGUNTADO: Una vez concluida la junta a que se ha venido haciendo referencia, tuvo usted algún conocimiento, personal y directo, sobre la decisión tomada por infimanizales, respecto de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento como Secretario General de dicha entidad, en cabeza del demandante? CONTESTO: No tuvo ningún tipo de conocimiento, ni de cómo fue el proceso, ni del trámite. Me enteré de manera indirecta dentro de la administración, cuando se hizo público el nuevo nombramiento (...)"

Declaración rendida por Álvaro Vélez Gómez (folios 22 a 30 cuaderno 4).

"(...)PREGUNTADO. Tiene usted algún conocimiento personal y directo sobre los hechos y pretensiones que dan lugar a la presente demanda? CONTESTO: En la época que hace referencia, pues en la de la Resolución, de agosto de 2003, a la que se hace referencia, hubo una renuncia o cambio de la gerencia en que estaban el gerente Michel Jozame, y si mal no recuerdo, estaba yo de encargado, de gerente. El señor Michel Jozame salió. Por las reuniones de junta o de consejo directivo, que se efectuaron con fecha anterior y posterior, se venía dando un descontento, puede ser, diría yo, pérdida de confianza, entre los miembros del Consejo directivo, y el Dr. GONZALO, En razón de ese descontento, y en que a los miembros de junta o del Consejo directivo, más bien, como se debe llamar, las actuaciones del Dr. Gonzalo no le daban confianza. Si mal no recuerdo, se profirió la Resolución en la cual se declaraba la insubsistencia del cargo, la cual fue firmada por mi, como gerente encargado. (...) PREGUNTADO: Conforme a los hechos narrados en la demanda, a juicio del demandante Sr. Gonzalo González Galvis, el malestar de la junta directiva, que concluyó con la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, tuvo origen en el proceso contractual que culminó con la adquisición, por parte de Infimanizales del vehículo marca Toyota Station Wagon, a la empresa Vehicaldas S.A. Conforme a su conocimiento y fundamentado en el cargo que usted desempeñaba a la época de los hechos, qué puede precisar sobre esta manifestación de la parte actora? CONTESTÓ: yo diría que la declaratoria de insubsistencia del Dr. Gonzalo, no obedeció a un malestar por la asesoría generada por él en la compra del vehículo mencionado, porque desde antes, ya se venía dando una inconformidad y generándose una inseguridad en el Consejo Directivo, de las actuaciones del Dr. Gonzalo. No niego que la actuación de la camioneta haya generado también una desconfianza, pero es que la decisión de la compra de la camioneta no era del Dr. Gonzalo, y más bien, si se analizan actas de la junta directiva, se puede observar que ese rompimiento de la confianza para mantenerlo dentro de la administración, se venía dando desde mucho antes y por otras actuaciones,. Y fue eso, pérdida de desconfianza - sic- lo que nos llevó a declarar la insubsistencia, en mi criterio. Por otras actuaciones me refiero a conceptos jurídicos, la junta no se sentía bien acompañada en procesos que se estaban llevando contra Infimanizales.(...) PREGUNTADO: Quiere decirle Dr. al despacho si el acto administrativo que usted firmó de desvinculación del Dr. Gonzalo Galvis, obedeció a la facultad legal que usted tenía, por ser de libre nombramiento el cargo, o se hizo por recomendación del consejo directivo o de otra persona? ? CONTESTÓ: Una administración de una entidad debe trabajar en armonía, y cuando esa armonía se pierde, obviamente se manifiesta, y en razón de eso, fue que tomé la decisión de la insubsistencia del cargo (...)".

En la rendición de Michel Josame Amar (folios 31 a 39 cuaderno 4), se indicó:

PREGUNTADO. Tiene usted algún conocimiento personal y directo sobre los hechos y pretensiones que dan lugar a la presente demanda? CONTESTO: Sobre el hecho cierto de la declaratoria de insubsistencia del demandante no tengo conocimiento por ser un acto posterior a mi retiro de la Institución, sobre los antecedentes que pudieran haber sido motivo de dicho acto, desde el punto de vista de la gerencia general de entonces, es decir la mía (sic), no hubo acto de tipo profesional que me indicara la necesidad de proceder como se procedió posteriormente, sin embargo, había malestar e indisposición por parte de algunos miembros de junta directiva quienes dejaron consignadas sus manifestaciones en las actas correspondientes a casa (sic) sesión y de las cuales muy posiblemente el demandante hubiera sido el redactor (...) PREGUNTADO: Recuerda usted si en algún momento los miembros de la junta o alguno de ellos en especial le sugirió a usted como Gerente la declaratoria de insubsistencia del Dr. González Galvis. CONTESTÓ: Como la relación de los miembros de junta directiva con el gerente general en términos de subordinación no es mandataria y más bien los cargos de libre remoción como es el cargo de la Secretaría General, corresponden a voluntades en las que se incluye el señor Alcalde quien por naturaleza estatutaria y política la preside, el gerente general acude al análisis y a procedimiento amables en el caso en el que sea necesaria la declaratoria de insubsistencia de un servidor, en el caso particular del Dr. González no obstante había permanentes comentarios acerca de su desempeño o el malestar que se pudiera presentar en los miembros de la junta, yo no recuerdo que se me hubiera ordenado llevar a cabo una declaratoria de insubsistencia para Gonzalo González Galvis (...).

Por su parte, Isabel Francina Echeverri Gallego manifestó (folios 44 a 47 cuaderno 4).

"(...) PREGUNTADO. Tiene usted algún conocimiento personal y directo sobre los hechos y pretensiones que dan lugar a la presente demanda? CONTESTO: Que lo declararon insubsistente, porque los cargos de libre nombramiento y remoción en cualquier momento los declaran insubsistentes. (...) PREGUNTADA: Manifiéstele al despacho, desde las funciones de control interno, que concepto tuvo del desempeño del doctor Gonzalo González como secretario general de Infimanizales CONTESTÓ: Una opinión personal, el desempeño de él fue muy deficiente. Las comparaciones son muy feas, pero ver la marcha de la secretaria general en Infi en manos de la doctora Martha Elena Calvo y María Cristina Uribe, es ver un área de la organización y una de las mas importantes, funcionando como debe ser, pero mientras era secretario general el doctor Gonzalo González, la secretaria general se empezó a convertir en área crítica en Infimanizales".

Manifestación por parte de Jorge Hernán Osorio Duque (folios 48 a 51 cuaderno 4).

PREGUNTADO. Tiene usted algún conocimiento personal y directo sobre los hechos y pretensiones que dan lugar a la presente demanda ? CONTESTO: Conocimiento cuando se presentó el hecho, pero no tuve conocimiento ni por qué,. Ni cuando, yo no asisto a juntas directivas, ni tuve que ver nada en la decisión, solo que Gonzalo ya no trabaja más con nosotros, no conozco ningún detalle, sólo que por ahí trasciende como cuento de corrillo lo que dicen (...) PREGUNTADO: Diga al despacho hace cuanto labora en Infimanizales? CONTESTÓ: Desde principios del año 1998. PREGUNTADO: Manifieste al despacho, si sabe, si mientras estuvo en la secretaria general el doctor Gonzalo González, el desempeño en las funciones de Infimanizales tuvieron algún tipo de desmejoramiento? CONTESTÓ: No tengo ningún conocimiento.

Testimonio por parte de Manuel Alberto Soto Salazar (folios 52 a 59 cuaderno 4).

PREGUNTADO: Tiene usted algún conocimiento personal y directo sobre los hechos y pretensiones que dan lugar a la presente demanda? CONTESTÓ: En mi condición de miembro que fui de la Junta Directiva de Infimanizales, época en la cual el Dr. Gonzalo González era secretario jurídico y asistía en esa condición a la Junta Directiva de Infimanizales, tuve oportunidad de interactuar con él y recuerdo muy bien la dificultades que se presentaban constantemente con ese funcionario público debido a la falta de un buen criterio y una buena definición jurídica

respecto de los temas que la Junta manejaba, lo cual creaba una permanente incertidumbre y duda jurídica tanto a las directivas de Infi como en la Junta Directiva. (...) PREGUNTADO: Hace alusión usted en su respuesta a algunas dificultades que se presentaban con la actuación de quien en la época era secretario general de infimanizales, sírvase precisar al despacho, si lo recuerda, de manera concreta, cual o los cuales fueron dichas dificultades y en que consistieron ellas. CONTESTÓ: Por tratarse de una empresa de carácter público, los temas que se llevaban a la Junta Directiva requerían que el secretario de la junta y a la vez orientador jurídico de los temas, tuviera claro y preciso las orientaciones que en derecho debían orientar sus decisiones. Recuerdo muy bien que siempre daba lugar cada junta a que tanto los directivos como los miembros de la Junta tuviéramos mucha preocupación, pues el Dr. González además de que dudaba mucho sobre las preguntas o sobre la claridad que debía dar al tema, finalmente hacia que, como lo dije anteriormente, quedara mucha duda y mucha incertidumbre en las decisiones que este debía tomar. Esta era una constante que se presentaba en las distintas reuniones que tenía la junta directiva de Infi. (...) PREGUNTADO: Sírvase decir al despacho si todas las dificultades a las que hace alusión con relación al Dr. Gonzalo en el ejercicio del cargo, se presentaron durante todo el tiempo de su permanencia? CONTESTÓ: La verdad es que desde el primer momento en que empezó la actuación del Dr. Gonzalo, sentimos la falta de esa asesoría y de esa compañía jurídica que requería la empresa dada las implicaciones y responsabilidades que tenemos quienes asistimos como miembros de Juntas Directivas, porque en ese momento adquirimos el carácter de funcionarios públicos y nuestras decisiones tienen todas las implicaciones legales que las normas imponen (...)"

Declaración de Mauricio Trujillo Posada (folios 78 a 82 cuaderno 4)

"(...) PREGUNTADO: Tiene usted algún conocimiento personal y directo sobre los hechos y pretensiones que dan lugar a la presente demanda? CONTESTÓ: Obviamente esa es una actuación administrativa, la Junta Directiva como máximo organismo de infimanizales, al darse cuenta que le estaban tratando de meter una acta torcida, donde se estaban pasando temas que no se habían pasado en la Junta Directiva del 11 de junio de 2003, como fuese la supuesta autorización para la compra de un vehículo para el instituto, tema que nunca fue tratado en dicha Junta (...) PREGUNTADO: Tiene usted algún conocimiento personal y directo sobre los hechos y pretensiones que dan lugar a la presente demanda y que el despacho le pone de presente? CONTESTÓ: Lo primero es que hace un año o dos años, empecé asistir al consejo directivo de infimanizales, el señor Gonzalo González ya era secretario jurídico de esta institución y desde un principio me pareció que su desempeño como secretario, siempre generaba retardo al inicio de las juntas por mala redacción o por poca claridad sobre el contenido de las actas, luego en un par de oportunidades trataron de incluir en un acta una decisión sobre la compra de un vehículo, sobre la cual no se había aprobado en junta. Recuerdo que le manifestamos al gerente nuestra inconformidad con estos hechos y posteriormente supe de la desvinculación del funcionario, lo cual me dejó un poco mas tranquilo (...) PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento personal y directo de las razones que finalmente llevaron al a declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante? CONTESTÓ: No tengo conocimiento particular de las razones que tuvo el gerente para tomar esta decisión, pero pienso que uno de los principales motivos fue el inconformismo por parte de la mayoría o de unos miembros de la junta, sobre la competencia laboral del señor González y que en muchas ocasiones mencionamos que no generaba mucha confianza en la redacción de las actas"

De las declaraciones parcialmente transcritas se deducen dos aspectos; el detrimento laboral por parte del demandante y la presunción de legalidad del acto acusado, en efecto, si se analizan las declaraciones una a una, se podrá llegar a la conclusión que sus calidades profesionales no satisfacían los requerimientos de la Dirección y Administración de Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales Infi-Manizales; además, el actor no demostró el móvil oculto que ponga en duda los límites discrecionales del nominador, puesto que el acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional se presume legal y ejercido en aras del buen servicio, razón por la cual quien alegue la desviación de poder, tiene la obligación de acreditar el vicio formulado.

En otras palabras, no se identificaron los fines distintos de los del mejoramiento del buen servicio público, es por ello, que cuando un acto se encuentra inspirado en estas razones, lleva implícita la presunción de legalidad, la cual debe ser desvirtuable mediante prueba en contrario.

Lo anterior se sustenta, en que el afectado tiene la carga de probar de manera fehaciente, que los motivos que desencadenaron su retiro son ajenos al interés general y al buen servicio, y que en realidad desborda la facultad que tiene la autoridad nominadora para separar del empleo a funcionarios que no gozan de amparo ni fuero de estabilidad.

Ahora bien, se evidencia continuamente, más allá del proceso de contratación realizado, el cual terminó con la adjudicación del contrato a la firma Vehículos de Caldas -VEHÍCALDAS-, que el demandante no prestaba la confianza necesaria en el desarrollo de su cargo, tanto es así, que la Junta Directiva se vio avocada a retirarlo de las sesiones, por cuanto intentó faltar a la verdad en una de las actas. Lo que quiere decir que por más de que se haya realizado el proceso de contratación conforme a lo ordenado por las disposiciones legales, se presentó una falta de confianza la cual fue difícil renovar, en tanto, persistía el mal desempeño laboral.

En estas condiciones, es importante manifestar, que son las razones del buen servicio las que deben primar constantemente en el desarrollo de la administración, más aun, cuando en los cargos de libre nombramiento y remoción se encuentra presente incesantemente un grado de confianza que no la tienen otros trabajadores.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado de los empleos de libre nombramiento y remoción, en los que se exige una especial confianza⁴:

"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 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 los empleos debe ser mayor que deben acusar los demás funcionarios, como se dijo anteriormente". (Negrilla fuera del texto).

De acuerdo con lo expuesto, la situación en 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.

Lo que quiere decir, que una potestad 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 discrecional es los tres aspectos indicados bastando con que exista discrecionalidad respecto de uno de ellos⁵". Lo que constituye un requisito indispensable para que pueda hablarse de discrecionalidad y no de arbitrariedad, es que los fines que se persiguen o hayan de perseguirse 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 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 discrecional⁶".

Por ende, si bien la desviación de poder⁷ 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, no adolece de esta causal de nulidad en tanto obedeció a los fines generales y de interés público; es decir, que lo que buscó el nominador en uso de su facultad discrecional, fue mejorar el servicio público.

III) Falsa motivación.

Ahora bien sostiene el recurrente, que el argumento utilizado por la administración al manifestar que lo que estaba buscando era mejorar el servicio, se sale de todo contexto, pues no pueden fundamentar el retiro del demandante con la pérdida de confianza e idoneidad, la cual no puede ser comparable, puesto que él cuenta con excelente formación y capacitación profesional que le permiten desarrollar su labor.

Por ende, al entrar a controvertir lo mencionado, se hace necesario observar el Manual de Funciones y requisitos vigente, al momento en que fue nombrada la persona que remplazó al demandante:

"IDENTIFICACIÓN DEL CARGO	
NOMBRE DEL CARGO:	SECRETARIO GENERAL ENTIDAD DESCENTRALIZADA
DEPENDENCIA:	Secretaría General
JEFE INMEDIATO:	Gerente General
CÓDIGO DEL CARGO:	054
GRADO:	03
NIVEL:	Directivo
NUMERO DE CARGOS:	Uno (1)
PERSONAL A CARGO:	Una (1) Secretaria ejecutiva.
REQUISITOS MÍNIMOS:	Título Universitario en áreas jurídicas, administrativas o financieras.
EXPERIENCIA REQUERIDA:	Dos (2) años de experiencia en actividades afines al cargo.
(...)"	

Visto lo anterior y de las pruebas allegadas se observa que María Cristina Uribe Arango contaba con las condiciones necesarias para ocupar el cargo que venía desempeñando el demandante; por ende, no es suficiente aducir, endilgar o menospreciar las calidades de la persona que lo remplazó sin antes demostrar que efectivamente con su remplazó se deterioró el servicio; ya que si bien, pueda que no tenga la misma formación académica, éste no es impedimento para que pueda llevar a cabo los fines propuestos por la administración.

Vale decir también, que las altas capacidades y logros académicos con los que pueda contar el demandante, no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, mucho menos constituyen plena prueba de la desviación de poder, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el buen cumplimiento del deber por parte del funcionario. En efecto, así lo ha puntualizado la Corporación:

"... en lo que respecta al buen desempeño del actor durante el tiempo que laboró para la entidad, ha de decir la Sala que tal circunstancia no genera para los empleados que puedan ser retirados del servicio por discrecionalidad del nominador; fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad que le ha sido asignada por Ley, como en el caso sub-examiné (sic), la que se presume ejercida en aras del buen servicio."

Por otra parte, tal y como se mencionó anteriormente, el actor desempeñó un cargo de confianza y manejo, que al ser vinculado bajo la modalidad de empleado de libre nombramiento y remoción, podía ser retirado del servicio sin la necesidad de motivar el acto de desvinculación, pues, la ley les ha dado un tratamiento especial para que éstos cargos sean ejercidos sólo por aquellas personas que el nominador llame 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 a la entidad a su cargo.

IV) Tacha de testimonios.

Sostiene el demandante que los testimonios de los miembros de la Junta Directiva del ente demandado, deben ser tenidos en cuenta "con un grado apreciable de sospecha", toda vez que las conductas y actuaciones asumidas por éstos en las circunstancias anteriores a la declaratoria de insubsistencia del demandante, desbordan el principio del sometimiento de la administración a la Ley.

No obstante, se observa, que en ningún momento se dio aplicación a lo estipulado por el artículo 218 del C.P.C, el cual hace referencia a la tacha de testigos, ya que es esta la manera por medio de la cual la parte puede acudir con el fin de impugnar la prueba testimonios la parte contraria, pues éste puede considerar que existe algún motivo legal y concreto para desestimar la declaración del deponente.

Estas razones que pueden llevar a la tacha de los testigos, son circunstancias o condiciones que se predicen del testigo como fuente de la prueba, no del contenido mismo de su declaración y surgen de dos causas: I) porque el testigo mantenga una causal de inhabilidad que incida en la percepción de lo percibido, y II) porque el declarante se encuentra en alguna de las circunstancias estipuladas por el artículo 217 ibídem⁸.

Dicha tacha de testigos sospechosos se resolverán en la sentencia ó en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio. Por ende, no es procedente acceder a las peticiones del recurrente, pues es evidente, que no se alegó en su debida oportunidad procesal.

En conclusión, en el presente caso no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto de insubsistencia; así entonces, los cargos que alega el demandante carecen de respaldo probatorio, por lo tanto se puede concluir afirmando que, en efecto, la administración no obró con fines distintos al del buen servicio público, ni mucho menos desbordó los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que deben inspirar el ejercicio de la facultad discrecional.

Así las cosas, al no configurarse el cargo formulado en la demanda y mantenerse incólume la presunción de legalidad de que goza el acto impugnado, la Sala deberá confirmar la decisión del A ~ quo, que negó las pretensiones de la demanda.

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

CONFÍRMASE la sentencia de 16 de julio de 2009, por la cual el Tribunal Administrativo de Caldas, negó las pretensiones de la demanda formulada por Gonzalo González Galvis en contra del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales - INFI-MANIZALEZ - de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

De las declaraciones parcialmente transcritas se deducen dos aspectos; la eficiencia en el servicio del demandante y la existencia de un nexo causal entre la coerción a presentar la renuncia del cargo del actor y su posterior desvinculación.

En ese orden de ideas, y de los testimonios rendidos por los señores Ángela María Varela y Edgar Nolberto Valderrama Chavarro, se puede colegir que el 26 de junio de 2002 tuvo lugar un encuentro entre el demandante y el señor Antonio Martínez, a fin de solicitarle al entonces trabajador del Fondo, que le levantara el sello restrictivo "PÁGUESE ÚNICAMENTE PRIMER BENEFICIARIO" del cheque girado a Alfonso Gómez Oñoro (Folio 354), sin embargo, ante su negativa, pues mediaba una orden de la Superintendencia Bancaria en la que se estipulaba su improcedibilidad por cuanto estaría contrariando el Decreto 2150 de 1995 y Decreto 12 de 2001 (Folios 373 y 374), el señor Martínez Hoyer le dijo "o haces esto o pasas la renuncia"; no obstante, este hecho por sí solo no es determinante para afectar la presunción de legalidad del acto

demandado, sino que, deben existir un conjunto de indicios tendientes a ocupar el convencimiento del Juzgador y así prescribir la desviación de poder.

Por ende y en aras de reunir dicho conjunto de indicios que demuestren lo anterior, se evidencia que la entonces Directora General (e) del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, directa o indirectamente conoció de trato a los señores Antonio Segundo Martínez Hoyer y Luís Eduardo Vives, además, este grupo de personas, incluyendo a Leivis Eduardo Martínez Camargo, provienen del Departamento donde el entonces Senador Vives mantenía su centro político; así mismo, el hecho de que el señor Martínez, frecuentara constantemente las instalaciones del Fondo de Previsión Social del Congreso, hasta el punto de hacer creer a los demás funcionarios que él trabajaba allí, conlleva a pensar el afianzamiento personal que éste mantenía con la Directora, pues de no serlo así, ni siquiera permitiría su acceso a la entidad.

Otro de los hechos relevantes, es la carta donde el demandante expresa la renuncia al cargo que venía desempeñando, pues afirma en ella que lo hace por solicitud de Antonio Martínez según exigencia del Senador Luís Eduardo Vives, posteriormente, recibe la resolución de insubsistencia, y manifiesta en ésta exactamente lo mismo.

De otro lado, el demandante en el sub-judice demostró que, era un empleado idóneo, tenía una experiencia superior a 13 años del servicio y poseía conocimientos específicos para el cargo, circunstancias que hacían presumir su competencia en la prestación del servicio, por ende, debía la administración demostrar las razones por las cuales prescindió de él, a pesar de sus calidades, pues, la discrecionalidad no significa arbitrariedad.

En el presente caso se utilizaron los indicios como medios de prueba para deducir la anulación del acto, estos hechos conocidos son las calidades del demandante, las declaraciones rendidas por funcionarios que presenciaron los hechos, las presiones para presentar su renuncia, su posterior declaratoria de insubsistencia de manera inmotivada y las pruebas documentales obrantes. A través de ellos se llega al convencimiento de que la declaratoria de insubsistencia del actor no fue proferida como ejercicio de la facultad discrecional.

Apreciadas las pruebas en su conjunto se dilucida la manera como el agente administrativo mantuvo la intención de retirar al demandante, alejándose del objetivo normativo fijado por el Estado, es decir, la buena prestación del servicio, pues se a evidenciado a lo largo del plenario la relación de los hechos con el acto impugnado, a tal punto, que se hace evidente la desviación de poder.

Como ya lo ha reiterado esta Sección, el nominador goza de un margen discrecional razonable en la escogencia y remoción de los empleados de libre nombramiento y remoción, lo que no quiere decir que pueda removerlos o 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 explícitas⁹, 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 la misma haya hecho respecto de dicha situación en otros momentos, 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 (...)"¹⁰

"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 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 se corresponda con una evaluación juiciosa de los elementos de eficiencia y eficacia.

Así las cosas, al configurarse el cargo formulado en la demanda y al haber desvirtuado la presunción de legalidad de que goza el acto impugnado, la Sala deberá confirmar la decisión del A - quo, que accedió las pretensiones de la demanda.

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 21 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por Rodrigo Tovar Garces contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República 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

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

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

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

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"*.

4 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 7 de julio de 2005, Número Interno 2263-2004, Accionante Lilia Elvira Sierra Reyes, Consejera Ponente, Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

5 Entrena Cuesta Rafael, *"Curso de Derecho Administrativo"*, cit., P 175.

6 Mozo Seaone. *"La discrecionalidad de la administración"*, Cit., P 411.

7 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"*.

8 ARTÍCULO 217. TESTIGOS SOSPECHOSOS. Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

9 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.

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

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:08:11