



Función Pública

Sentencia 2016-00154 de 2020 Consejo de Estado

DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE LOS EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / ENTES UNIVERSITARIOS AUTÓNOMOS / FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DESVIACIÓN DE PODER / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES

[A]l nominador le está permitido respecto de estos empleos disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. [...] [E]n 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; lo anterior supone que debe existir una razón para adoptar la decisión, fundada en normas jurídicas y en hechos reales y ciertos, lo cual hace que la discrecionalidad tenga como medida la «razonabilidad», y ello, de suyo, comporta un límite a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción. [...] [L]os actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requieren motivación, en la medida en que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza. En lo que toca con la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público, ha considerado esta Sala que ello no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia. Su omisión no puede, entonces, generar la nulidad del acto sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber. [...] [L]a ausencia de anotación de los motivos de la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no afecta las garantías fundamentales, por cuanto el retiro del servicio para ese tipo de empleos está previsto como una atribución de naturaleza discrecional que precisamente autoriza al nominador a disponerlo sin exteriorizar sus motivos. [...] [S]e configura cuando el nominador dicta un acto que está dentro de sus atribuciones, observa las formalidades prescritas por la ley y se ajusta en sus términos a las normas superiores; sin embargo, al proferirlo, se tienen en cuenta motivos distintos de aquellos para los cuales se le confirió el poder, es decir, contrarios al buen servicio público a cargo de la entidad que representa. La desviación de poder se presenta, entonces, cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley. [...] [Q]uien acude a la jurisdicción para alegar la desviación de poder debe demostrar que la administración expidió un acto administrativo con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales. [...] El demandante hace consistir el cargo de desviación de poder principalmente en que la entidad no podía desvincularlo, por cuanto estaba cobijado por la prohibición de retiro, establecida en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 del 2005. [...] [A] la Universidad Popular del Cesar, al ser una entidad del orden nacional, no le es aplicable el contenido del inciso final del párrafo final del artículo 38 de la Ley 996 del 2005, previsto solamente para la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular. [...] Por lo tanto, el cargo de desviación de poder con fundamento en violación de la ley de garantías electoral, no tiene vocación de prosperidad.

CONDENA EN COSTAS

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la demandante, teniendo en cuenta que el recurso presentado resultó desfavorable y que la parte demandada actuó en segunda instancia. Se liquidarán por el *a quo*.

FUENTE FORMAL: CP - ARTÍCULO 69 / CP - ARTÍCULO 125 / LEY 30 DE 1992 - ARTÍCULO 28 / LEY 30 DE 1992 - ARTÍCULO 57 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 3 / LEY 996 DE 2005 - ARTÍCULO 38 / CPACA - ARTÍCULO 44

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., dos (2) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 20001-23-39-000-2016-00154-01(2896-17)

Actor: WILFRIDO GODOY RAMÍREZ

Demandado: UNIVERSIDAD POPULAR DEL CESAR

Referencia: INSUBSISTENCIA SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida el 11 de mayo de 2017, por el Tribunal Administrativo del Cesar, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Wilfrido Godoy Ramírez formuló demanda en orden a que se declare la nulidad de la Resolución 1955 del 31 de julio de 2015, emitida por el rector de la Universidad Popular del Cesar, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento como vicerrector administrativo, código 60, grado 13.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó i) ordenar a la Universidad Popular del Cesar que disponga su reintegro al mismo cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría; ii) condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar desde cuando fue desvinculado hasta cuando sea efectivamente reintegrado; iii) declarar que no existió solución de continuidad; iv) indexar las sumas reconocidas; v) cumplir la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y vi) condenar al pago de costas y agencias en derecho.

1.1.2. Hechos.

Como hechos relevantes, el apoderado del demandante señaló los siguientes:

- i) El señor Wilfrido Godoy Ramírez se vinculó a la entidad demandada en calidad de vicerrector administrativo, código 60, grado 13.
- ii) El rector de la Universidad Popular del Cesar, Carlos Emiliano Oñate Gómez, declaró insubsistente su nombramiento, a pesar de que se encontraba en periodo de ley de garantías electorales, establecido en la Ley 996 de 2005.
- iii) El actor demostró ser un excelente profesional, con una buena trayectoria laboral, y su participación en los diferentes procesos y programas adelantados por la entidad lo calificaban como un empleado idóneo para continuar desempeñando la labor encomendada.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los artículos 1.º, 2.º, 6.º, 25, 29, 48, 53, 122, 123, 208 y 209 de la Constitución Política; 26 del Decreto 2400 de 1968; Ley 909 de 2005; 38 de la Ley 996 de 2005; y 2.º, 3.º, 44, 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado del demandante expuso los siguientes argumentos:

- i) Se infringieron normas de rango superior y legal, pues el rector de la Universidad Popular del Cesar al emitir el acto administrativo acusado, tuvo en cuenta motivos ajenos al buen servicio, ya que desconoció sus derechos al trabajo, al debido proceso y el principio de estabilidad en el empleo.
- ii) El contenido de la resolución acusada está afectado por desviación de poder, pues se modificó la nómina en periodo de ley de garantías electorales, por tal razón la rectoría obró arbitraria e inoportunamente con el fin de satisfacer favores políticos o cuotas burocráticas.
- iii) Aunque el acto administrativo que declara insubsistente un cargo de libre nombramiento y remoción es inmotivado, en virtud de la facultad discrecional del nominador, en este caso dadas las especiales circunstancias, debía motivar la decisión por una de las causales establecidas en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, esto es, por faltas definitivas, con ocasión de la muerte o en aplicación de normas de carrera administrativa.

1.2. Contestación de la demanda

La Universidad Popular del Cesar, por intermedio de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por las razones que se expresan a continuación:¹

- i) El rector de la Universidad Popular del Cesar, antes de la remoción de empleados de las áreas académicas y administrativas, debe justificar la novedad ante el Consejo Superior Universitario, lo cual se hizo debidamente, con fundamento en el trámite establecido en el Acuerdo Universitario 15 del 15 de julio de 2014.
- ii) Tratándose de elecciones locales no opera la restricción a la que alude el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, relacionada con la prohibición de modificación de nómina dentro de los 4 meses anteriores a los comicios electorales, pues el ente académico es del orden nacional; así, las elecciones a las que alude el demandante «se celebraron el 25 de octubre de 2015, de manera que las restricciones

terminaban el 25 de junio de 2015 y la declaratoria insubsistencia data del 31 de julio del mismo año».

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia proferida el 11 de mayo de 2017, denegó las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, se pronunció en los siguientes términos:²

i) La Corte Constitucional, a través de la sentencia C-1153 de 2005 señaló que la prohibición establecida en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, referida a que no se puede modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo debidamente aceptada y en los casos de aplicación de normas de carrera administrativa, es aplicable a gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, y por tal razón no es extensible a la Universidad Popular del Cesar, la cual es del orden nacional. Por lo anterior, el acto que declaró insubsistente al actor tampoco debía ser motivado.

ii) Además, el rector de la Universidad Popular del Cesar sí justificó ante el Consejo Superior Universitario la remoción del cargo del demandante, de acuerdo con lo establecido en el literal m), del artículo 4.º del Acuerdo 015 de 2014, modificado por el Acuerdo 023 de 2014, tal como se puede observar del documento suscrito el 17 de julio de 2015 por el secretario del Consejo Superior Universitario (obranste a folio 107 del expediente), en el que se evidencia el cumplimiento de tal deber, y la facultad que se le confirió para adoptar dicha decisión.

1.4. El recurso de apelación

El señor Wilfrido Godoy Ramírez, por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación³ y lo sustentó así:

i) No le asiste razón al Tribunal en el sentido de que el acto no debía ser motivado, toda vez que, si bien es cierto estaba en un empleo de libre nombramiento y remoción, también lo es que se estaba presentando una contienda electoral con intereses políticos de por medio, y por ello era necesaria una motivación adecuada y real por parte del consejo superior universitario y de la rectoría, de acuerdo con las causales establecidas en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

ii) Las elecciones locales se viven con gran intensidad al interior de la universidad, y no obstante su naturaleza de orden nacional, están en disputa intereses locales y no nacionales, de manera que tener en cuenta su creación legal es muy ingenuo, pues se ejercen presiones por parte de la clase política.

iii) La universidad demandada en el escrito de contestación no hizo el cómputo debido del periodo en el cual operó la ley de garantías electorales, comoquiera que este no terminaba el 29 de junio de 2015, como lo aseguró, sino el 25 de octubre del mismo año, lo cual permite establecer que el acto de insubsistencia se dictó en vigencia de dicha restricción.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. El demandante⁴

El actor solicitó revocar la decisión de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones, con fundamento en las razones expuestas en el escrito de apelación.

1.5.2. La demandada⁵

La Universidad popular del Cesar solicitó confirmar lo decidido en primera instancia, con fundamento en lo expuesto en la contestación de la demanda.

1.6. El ministerio público

Pese a que mediante auto de 9 de noviembre de 2017⁶ el despacho corrió traslado para alegar de conclusión, el ministerio público guardó silencio.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a determinar si el acto administrativo adolece de falta de motivación, ya que las autoridades universitarias deben fundar su decisión en razones reales y adecuadas para su desvinculación, en concordancia con el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, y si fue expedido con desviación de poder por cuanto la facultad discrecional no fue ejercida conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales, sino debido a presiones políticas derivadas de la campaña electoral regional que se estaba llevando a cabo en ese momento, y además con violación de la prohibición establecida en la ley de garantías.

2.2. Marco normativo

2.2.1. De la declaratoria de insubsistencia de los empleos de libre nombramiento y remoción en entes universitarios autónomos.

El artículo 125 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

(...)

Parágrafo (adicionado por el artículo 6 del acto legislativo N° 1 de 2003). Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

A su turno el artículo 1.º de la Ley 909 de 2004 clasifica los empleos públicos de la siguiente forma:

Artículo 1.º. Objeto de la ley.

(...)

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales". (Negrillas fuera del texto).

Sin embargo, el artículo 3.º *ibídem*, preceptúa:

Artículo 3º. *Campo de aplicación de la presente ley.*

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

(...)

- Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

(...)

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que lo rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

(...)

- Entes Universitarios autónomos.

Lo anterior quiere decir que es viable aplicar las disposiciones de que trata la Ley 909 de 2004, siempre y cuando existan vacíos en la normatividad que gobierna a los entes universitarios autónomos.

En particular, la Universidad Popular del Cesar está constituida como un ente universitario autónomo, según se desprende del artículo 4.º del Acuerdo 01 del 22 de enero de 1994 «Por el cual se aprueba y expide el estatuto General de la Universidad Popular del Cesar.», motivo por el cual no hay lugar a aplicar la Ley 909 de 2004.

Al respecto, el artículo 69 de la Constitución Política, señaló:

Artículo 69. Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.

El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.

El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.

En cumplimiento de dicho mandato, se expidió la Ley 30 de 1992, y en los artículos 28 y 57 se desarrolló la autonomía universitaria de la siguiente manera:

Artículo 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

Artículo 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley

Parágrafo 1°. Las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior que no tengan el carácter de universidad según lo previsto en la presente Ley, deberán organizarse como Establecimientos Públicos del orden Nacional, Departamental, Distrital o Municipal.

Establecido lo anterior, se tiene que la Resolución 2523 de 5 de diciembre del 2008, por medio de la cual se ajustó el manual específico de funciones y de competencias laborales para los diferentes empleos de la planta global de personal de la administración de la Universidad Popular del Cesar, en el artículo 10.º dispuso que el cargo denominado vicerrector, código 60, grado 13 pertenece al nivel directivo, el cual tiene como funciones, entre otras, la de gestionar la consecución de recursos financieros adicionales para el desarrollo de programas y proyectos de su área, la organización, dirección y control de las funciones de las distintas dependencias de la vicerrectoría y la de participar en la elaboración del presupuesto anual de ingresos, gastos e inversiones.

En este sentido, el Acuerdo 21 de 17 de noviembre de 2011, por medio del cual se incluyó el artículo 80A al Acuerdo 01 de 22 de enero de 1994, dispuso que «son empleados de libre nombramiento y remoción: los de dirección, orientación y asesoría institucional, cuyo ejercicio implique la adopción de decisiones, políticas o directrices fundamentales, es decir: todos los del nivel directivo, todos los del nivel asesor y aquellos cuyo ejercicio implique la administración, manejo o decisión de fondos, valores y/o bienes». De manera que sus tareas corresponden al manejo propio de decisiones, políticas o directrices fundamentales para el ente universitario, por lo que es evidente que el cargo de vicerrector, grado 13, código 60 que ocupaba el demandante, era de libre nombramiento y remoción.

Sobre este particular, vale la pena señalar que al nominador le está permitido respecto de estos empleos disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

En armonía con el anterior planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. En tal sentido, ha identificado⁷ como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente; b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza; y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

A su turno, el artículo 36 del CCA -hoy en día artículo 44 del CPACA-, establece que, 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; lo anterior supone que debe existir una razón para adoptar la decisión, fundada en normas jurídicas y en hechos reales y ciertos, lo cual hace que la discrecionalidad tenga como medida la «razonabilidad», y ello, de suyo, comporta un límite a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción.

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

2.3.1. En relación con la vinculación laboral del demandante

- Mediante la Resolución 1611 de 21 de julio de 2011 emitida por el rector de la Universidad Popular del Cesar, se nombró al señor Wilfrido Godoy Ramírez como vicerrector, código 60, grado 13.⁸ En la misma fecha se posesionó en el cargo.⁹

2.3.2. En relación con el acto administrativo acusado

- A través de Resolución 1955 del 31 de julio de 2015, el rector de la Universidad Popular del Cesar declaró insubsistente el nombramiento del señor Wilfrido Godoy Ramírez, del cargo de vicerrector, código 60, grado 13.¹⁰

2.3.3. Pruebas allegadas durante la actuación judicial

2.3.3.1. Documentales

- Oficio del 17 de julio de 2015 en el que el Consejo Superior Universitario autorizó al rector de la Universidad Popular del Cesar, la remoción y nombramiento de empleados de las áreas académicas y administrativas, de conformidad con literal m) del artículo 4.º del Acuerdo 15 de 2014.¹¹

- El 20 de febrero de 2017, el rector de la Universidad popular del Cesar rindió informe bajo juramento, en el que señaló lo siguiente:¹²

La expedición del acto enjuiciado se adoptó por las siguientes razones:

1. El cargo de vicerrector administrativo de la UPC es un cargo de libre nombramiento y remoción. Y ese punto judicialmente no se cuestiona, por el contrario se admite.

2. Es cierto que en el año 2015 en Colombia se sucedió un proceso electoral y en concreto la elección de alcaldes y gobernadores y que además se «encuentra» en vigor la ley 996 de 2005 (en adelante Ley de Garantías).

Igualmente, es cierto, que el artículo 38 de la ley de garantías, se establece la prohibición de que la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de la muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los de aplicación de las normas de carrera administrativa.

En la UPC se tiene claro que conforme los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios, en tratándose de las elecciones locales, no opera la restricción a qué alude el parágrafo 38 de la ley de garantías en punto de la modificación de la nómina, para las entidades de carácter nacional y la UPC tiene esa naturaleza. Basta darle lectura a la Ley 34 de 1976, artículo 2.º que crea la UPC para conocer su naturaleza de entidad estatal del orden nacional y conforme lo indicado en la Resolución 3272 de 1993 expedida por el Ministerio de Educación Nacional donde se otorga el reconocimiento del orden nacional.

3. Aún sólo en gracia de discusión si se aceptare que la ley de garantías y su prohibición señalada en el parágrafo del artículo 38 de la referida ley, aplicaba para entidades de naturaleza nacional de cara a las elecciones locales, habrá que observarse que aquellas tienen unos límites temporales de cuatro meses.

Entonces, si las elecciones de la época (2015) se llevaron a cabo el 25/OCT/15 por manera las restricciones a que hubiere lugar, tenían como referente hasta el 25/JUN/15. Y el accionante fue declarado insubsistente el 31/jul/15.

4. Otro aspecto que alude el ex servidor Godoy Ramírez es el de qué para adoptarse la decisión de declarar su insubsistencia se requería de la agotamiento de un trámite interno de justificar previamente la novedad al Consejo Superior Universitario de la UPC.

Ese ritual oportunamente se hizo como se acredita con la comunicación se CSU-013N de fecha 17 de julio de 2015 suscrita por Iván Morón Cuello, secretario del Consejo Superior Universitario, donde autoriza el rector de la Universidad Popular del Cesar para tomar decisiones según lo regulado en los literales m y r de los Acuerdos 15 del 15 de julio de 2014 y 23 del 29 de julio de 2014, que se encuentra incorporada al expediente de la referencia.

2.4. Caso concreto. Análisis de la Sala

2.4.1. Falta de motivación

2.4.1.1. De la necesidad de motivación

En relación con la motivación del acto administrativo, la doctrina sostiene que «todo acto administrativo tiene una causa o motivo. La motivación es la expresión de esos motivos en la declaración. Se explica este concepto como que la motivación comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo; la expresión de los antecedentes del hecho y de derecho que preceden y justifican la expedición del acto; la relación de los hechos que dan lugar al acto y los fundamentos de derecho en que éste se apoya; es la constancia de que el motivo existe; equivale a los considerandos.»¹³.

Así mismo, afirma que «algunos actos se sustraen del requisito de la motivación. Cuando los motivos estén previstos en la disposición que se aplica, o en informe o dictamen anterior; cuando se limiten a aprobar otros que ya han dado cuenta de esos motivos; y por la misma razón se puede omitir tal formalidad de los actos generales y abstractos, como los decretos reglamentarios».¹⁴

Ahora bien, como se mencionó en un acápite anterior, los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requieren motivación, en la medida en que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

En lo que toca con la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público, ha considerado esta Sala que ello no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia. Su omisión no puede, entonces, generar la nulidad del acto sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber.

Es viable concluir que la declaratoria de insubsistencia de nombramiento de los empleados de libre nombramiento y remoción es fruto del ejercicio de la facultad discrecional del nominador que se ejercita a través de un acto administrativo que por su naturaleza es inmotivado, no obstante estar fundado en motivos implícitos, acordes con la efectiva prestación del servicio público.

En otras palabras, el acto por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción debe ser inmotivado por el nominador, y el deber de explicar los motivos en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación no hace parte de la esencia misma del acto, sino tan solo constituye un antecedente laboral que debe plasmarse en dicho documento.

Sobre el particular, se ha dicho:

En el presente caso a pesar de que no se acreditó la anotación en la hoja de vida de la demandante de los hechos que generaron la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en el cargo de Asesora de la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, tal como lo ha señalado esta Corporación, esta omisión no afecta la validez del acto administrativo demandado por tratarse de un acto posterior que no hace parte del mismo¹⁵.

(...)

Con respecto al argumento, según el cual, el acto es nulo porque no se dejó constancia de los hechos y las causas que originaron la insubsistencia en la hoja de vida de la actora, la Sala reitera que la exigencia en mención, puede ser cumplida en forma posterior a la expedición del acto de insubsistencia, y en consecuencia, es un requisito de índole formal sin la virtualidad de afectar su validez. De manera que la inobservancia en atender esta norma, a lo sumo puede llegar a constituir falta disciplinaria para el funcionario que la omite, pero dado que no ostenta carácter sustancial no tiene ninguna relevancia como para pretender que por esta circunstancia la decisión sea nula¹⁶.

(...)

En relación con la presunta violación del artículo 26 del decreto 2400 de 1968, alegada por la actora en el libelo introductorio, basta señalar que ha sido reiterada la jurisprudencia de esta corporación en el sentido de que la constancia en la hoja de vida del ex servidor público acerca de las causas que generaron la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento no constituye elemento del acto ni requisito para su validez y eficacia y, por ende, la omisión de tal exigencia no conduce a la anulación del mismo¹⁷. (negrilla fuera de texto).

En conclusión, la ausencia de anotación de los motivos de la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no afecta las garantías fundamentales, por cuanto el retiro del servicio para ese tipo de empleos está previsto como una atribución de naturaleza discrecional que precisamente autoriza al nominador a disponerlo sin exteriorizar sus motivos.

En el asunto sometido a consideración, frente al cargo el demandante refiere que en la época de los hechos se presentaba una contienda electoral con intereses políticos de por medio, y que por ello era necesario que el Consejo Superior Universitario y la rectoría realizaran una motivación adecuada y real, de acuerdo con las causales establecidas en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

En este caso, de un lado, no existe discusión de que la naturaleza del empleo ocupado por el actor al momento de la expedición del acto administrativo, esto es, vicerrector, código 60, grado 13, era de ser de libre nombramiento y remoción, razón por la cual la ausencia de los motivos de la insubsistencia no vicia la decisión de retiro del servicio de un empleado de esta categoría, ya que se trata de un elemento ajeno al acto administrativo que no tiene la virtualidad de afectarlo.

Pero de otro, se observa que el acto acusado sí contiene unas consideraciones para adoptar su decisión, dadas por el artículo 3.º del Acuerdo 021 del 17 de noviembre de 2011 que introdujo el artículo 80A al Acuerdo 001 del 22 de enero de 1994, que establecen que son de libre nombramiento y remoción todos los empleos del nivel directivo, y lo dispuesto en el artículo 10 de la Resolución 2523 del 5 de diciembre de 2008, que señala específicamente que el de vicerrector, código 060, grado 13, pertenece a este nivel.

Además, está demostrado que el 17 de julio de 2015, el Consejo Superior Universitario de la Universidad Popular del Cesar autorizó al rector para dictar el acto acusado,¹⁸ según lo preceptuado en el literal m) del artículo 4.º del Acuerdo 15 del 15 de julio de 2014, que modificó el artículo 28 del Acuerdo 1.º del 22 de enero de 1994, el cual señala que el rector «(...) podrá, previa justificación ante el Consejo Superior Universitario, nombrar y remover a los empleados de las áreas académicas y administrativas, de conformidad con la ley y los reglamentos de la Universidad Popular del Cesar».

En este orden de ideas, el cargo no está llamado a prosperar.

2.4.2.1. De la desviación de poder

Este vicio se genera por afectación del elemento teleológico del acto administrativo, es decir, del propósito u objetivo que se busca alcanzar con el acto ya que siempre debe ser el previsto por el ordenamiento jurídico, esto es, el interés general.

Todo acto administrativo tiene un fin o se profiere para cumplir el fin señalado en la Constitución y la ley, conforme lo señala el artículo 21 de la norma superior «ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley». Así, el fin no lo señala la administración, pues el acto se profiere para cumplir los fines señalados en normas superiores¹⁹ y no puede ser otro que el buen servicio público, el interés general²⁰.

Según lo señala la doctrina «en la desviación de poder el funcionario actúa con una finalidad distinta a la que señala la ley o actúa con una finalidad personal o para beneficiar a un tercero. En la arbitrariedad el funcionario se aparta “de lo objetivamente determinado por la razón y el derecho”».²¹

Este vicio también²² es conocido como «abuso de autoridad», «ya que en realidad el poder se desvía y abusa cuando persigue fines distintos a los que la ley señala. Respecto de esta ilegalidad debe tenerse presente que la finalidad que debe perseguirse por el agente administrativo es siempre la satisfacción del interés público, no cualquiera, sino el interés concreto que debe satisfacerse por medio de la competencia atribuida a cada funcionario.»

Respecto de la finalidad como elemento del acto administrativo se tiene que reside, como lo señala Bonnard «en el resultado final que debe alcanzar el objeto del mismo acto; es decir, en este resultado que determina el efecto jurídico producido por el acto».²³ De manera que «el fin así concebido, aparece como el efecto final del acto, el resultado último que se consigue con su contenido, por lo que el fin es subsiguiente al acto, en cuanto a su realización, de modo que partiendo de los motivos, pasando por el objeto, teniendo competencia, se llega al fin de los actos administrativos».²⁴

El tratadista italiano Guido Zanobini alude como móviles característicos de la desviación de poder, los siguientes²⁵:

- Personal, cuando el agente profiere el acto con un propósito egoísta, bien de carácter privado (una venganza) o bien de carácter político (favorecer o eliminar un candidato en una elección, etc.)
- Cuando se profiere con el propósito de perjudicar a un tercero y favorecer a otro.
- Cuando se pretende favorecer un interés general, pero diferente el perseguido por la ley en que se fundamenta el acto.

En este orden de ideas, esta causal se configura cuando el nominador dicta un acto que está dentro de sus atribuciones, observa las formalidades prescritas por la ley y se ajusta en sus términos a las normas superiores; sin embargo, al proferirlo, se tienen en cuenta motivos distintos de aquellos para los cuales se le confirió el poder, es decir, contrarios al buen servicio público a cargo de la entidad que representa. La desviación de poder se presenta, entonces, cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley.

Por su parte, la jurisprudencia ha manifestado en cuanto a este vicio de legalidad, 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»²⁶.

En tal sentido, quien acude a la jurisdicción para alegar la desviación de poder debe demostrar que la administración expidió un acto administrativo con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales.

Frente al cargo el demandante refiere que se desconoció el buen servicio, pues se le retiró del servicio en periodo de ley de garantías electorales y para favorecer intereses políticos del ente universitario.

2.4.2.2. La desviación de poder en el ejercicio de la potestad discrecional. Carga de la prueba.

Según dispone el artículo 137 del CPACA se podrá pedir la nulidad de un acto administrativo cuando se dicta con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. Es decir, cuando el acto si bien fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico²⁷.

El Consejo de Estado²⁸ ha señalado que este vicio está referido a la «...la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario». En otras palabras, incurre en desviación de poder cuando el funcionario ejerce sus atribuciones, no en aras del buen servicio público y de la buena marcha de la administración, sino por móviles arbitrarios, caprichosos, egoístas, injustos u ocultos.

La jurisprudencia de esta Corporación²⁹ también ha indicado, respecto de la probanza de la desviación de poder alegada por la parte actora, que es a esta a quien le corresponde el deber de probar los supuestos de hecho en que se basa la censura que pretende hacer valer para destruir la presunción de legalidad el acto acusado; afirmación que, atendiendo a la jerarquización de las fuentes del derecho administrativo, viene dada por la regla contenida en el Código General del Proceso³⁰ de que «incumbe a las partes, probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»

Como ya se explicó, la decisión discrecional de retiro del servicio de una persona nombrada en un empleo de libre nombramiento y remoción se

caracteriza por su inmotivación, decisión revestida de presunción de legalidad y expedida por razones del buen servicio. Por ello, es deber de quien argumenta su ilegalidad, a través de las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico, acreditar que sus fines no fueron los del buen servicio.³¹

Sobre este particular es preciso indicar que la jurisprudencia de la Sección,³² en algunas circunstancias en donde cada parte arguye determinada situación frente al retiro del servicio del empleado de libre nombramiento y remoción, ha definido que a cada una le corresponde probar dichos supuestos, pero no para implementar la inversión de la carga de la prueba o para hacerla dinámica, sino para reafirmar justamente que quien alega un hecho debe acreditarlo, criterio que acá se reitera.

En consecuencia, como quiera que la carga probatoria de demostrar el vicio de desviación de poder recae en el demandante, quien debe asumirla y acreditar que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio sino por un motivo eminentemente personal, desviado o político, es necesario analizar la prueba obrante en la actuación, de cara a los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Para el efecto, la parte actora allegó el siguiente material probatorio:

- Mediante la Resolución 1611 de 21 de julio de 2011 emitida por el rector de la Universidad Popular del Cesar, nombró al señor Wilfrido Godoy Ramírez en el cargo de vicerrector, código 60, grado 13.³³ En la misma fecha el demandante se posesionó en dicho empleo.³⁴

- Escrito de 17 de julio de 2015, mediante el cual el Consejo Superior Universitario autorizó al rector de la Universidad Popular del Cesar, Carlos Emiliano Oñate Gómez, la remoción y nombramiento de empleados de las áreas académicas y administrativas, de conformidad con literal m), del artículo 4.º del Acuerdo 15 de 2014.

- A través de Resolución 1955 del 31 de julio de 2015, el rector de la Universidad Popular del Cesar, Carlos Emiliano Oñate Gómez, declaró insubsistente el nombramiento del señor Wilfrido Godoy Ramírez, en el cargo de vicerrector, código 60, grado 13.³⁵

- El 20 de febrero de 2017, el rector de la Universidad popular del Cesar rindió informe bajo juramento, en el que señaló lo siguiente:

La expedición del acto enjuiciado se adoptó por las siguientes razones:

1. El cargo de vicerrector administrativo de la UPC es un cargo de libre nombramiento y remoción. Y ese punto judicialmente no se cuestiona, por el contrario se admite.

2. Es cierto que en el año 2015 en Colombia se sucedió un proceso electoral y en concreto la elección de alcaldes y gobernadores y que además se «encuentra» en vigor la ley 996 de 2005 (en adelante Ley de Garantías).

Igualmente, es cierto, que el artículo 38 de la ley de garantías, se establece la prohibición de qué la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de la muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los de aplicación de las normas de carrera administrativa.

En la UPC se tiene claro que conforme los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios, en tratándose de las elecciones locales, no opera la restricción a qué alude el parágrafo 38 de la ley de garantías en punto de la modificación de la nómina, para las entidades de carácter nacional y la UPC tiene esa naturaleza. Basta darle lectura a la Ley 34 de 1976, artículo 2.º que crea la UPC para conocer su naturaleza de entidad estatal del orden nacional y conforme lo indicado en la Resolución 3272 de 1993 expedida por el Ministerio de Educación Nacional donde se otorga el reconocimiento del orden nacional.

3. Aún sólo en gracia de discusión si se aceptará que la ley de garantías y su prohibición señalada en el parágrafo del artículo 38 de la referida ley, aplicaba para entidades de naturaleza nacional de cara a las elecciones locales, habrá que observarse que aquellas tienen unos límites temporales de cuatro meses.

Entonces, si las elecciones de la época (2015) se llevaron a cabo el 25/OCT/15 por manera las restricciones a que hubiere lugar, tenían como referente hasta el 25/JUN/15. Y el accionante fue declarado insubsistente el 31 de julio de 2015.

4. Otro aspecto que alude el ex servidor Godoy Ramírez es el de que para adoptarse la decisión de declarar su insubsistencia se requería de la agotamiento de un trámite interno de justificar previamente la novedad al Consejo Superior Universitario de la UPC.

Ese ritual oportunamente se hizo como se acredita con la comunicación se CSU-013N de fecha 17 de julio de 2015 suscrita por Iván Morón Cuello, secretario del Consejo Superior Universitario, donde autoriza el rector de la Universidad Popular del Cesar para tomar decisiones según lo regulado en los literales m y r de los Acuerdos 15 del 15 de julio de 2014 y 23 del 29 de julio de 2014, que se encuentra incorporada al expediente de la referencia.

El artículo 38 de la Ley 996 de 2005, que considera el demandante como infringido, dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido:

1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.
2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.
3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.
4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.
5. Aducir razones de “buen servicio” para despedir funcionarios de carrera.

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

De la lectura del texto se infiere que la prohibición contenida en el último inciso del párrafo apunta a la imposibilidad de modificar las nóminas de los entes territoriales y de las entidades descentralizadas del orden departamental, municipal o distrital dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones para proveer cualquier cargo de elección popular, excepción hecha de las provisiones que se produzcan por faltas definitivas, en caso de muerte o renuncia irrevocable aceptada y aplicación de normas de carrera administrativa.

En este sentido, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 del 2005 al realizar el estudio de constitucionalidad de la Ley 996 de 2005, que frente al inciso final del párrafo del artículo 38 artículo, señaló:

Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado *ad hoc* en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos.

Por tanto, el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 será declarado exequible.

El demandante hace consistir el cargo de desviación de poder principalmente en que la entidad no podía desvincularlo, por cuanto estaba cobijado por la prohibición de retiro, establecida en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 del 2005.

Frente a la naturaleza jurídica de la Universidad Popular del Cesar, se tiene que la Ley 34 de 1976 «Por la cual el Instituto Tecnológico Universitario del Cesar se transforma en la Universidad Popular del Cesar y se dictan otras disposiciones», señaló que es un Establecimiento Público autónomo, con personería jurídica, cuya naturaleza jurídica es similar a la de la Universidad Nacional.

Por su parte, el Acuerdo 001 de 1994 expedido por el Consejo Superior de esa institución, señaló en el artículo 4.º que «La Universidad Popular del Cesar es un ente universitario autónomo con régimen especial y vinculado al Ministerio de Educación Nacional (artículos 28, 30 y 57 de la Ley de 1.992) creada según Ley 34 de noviembre 19 de 1976». El Ministerio de Educación Nacional, mediante la Resolución 3272 del 25 de junio de 1993 reconoció a la universidad como del orden nacional.

En consecuencia, a la Universidad Popular del Cesar, al ser una entidad del orden nacional, no le es aplicable el contenido del inciso final del parágrafo final del artículo 38 de la Ley 996 del 2005, previsto solamente para la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.

Ahora bien, de lo expuesto, no se puede concluir nada diferente que:

- i) El señor Wilfrido Godoy Ramírez fue nombrado en el cargo vicerrector administrativo, código 60, grado 13 de la Universidad Popular del Cesar.
- ii) La prohibición por 4 meses de modificar la nómina de las entidades territoriales, entró en vigencia el 25 de junio de 2015 y el señor Godoy Ramírez fue removido del cargo el 31 de julio siguiente.
- iii) El demandante considera que el cargo que ocupaba era de aquellos que, con ocasión de la ley de garantías, no podía prescindirse de sus servicios, no obstante el ente universitario es del orden nacional, motivo por el cual no hay lugar a aplicar esa disposición.
- iv) La facultad discrecional que operaba para el presente asunto tampoco estaba limitada a las causales del parágrafo final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, relacionadas con la provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.
- v) No se acreditó ningún móvil político que generara la declaratoria de insubsistencia, pues si bien fue retirado en época preelectoral esa circunstancia por sí sola no genera ningún vicio de nulidad.

Por lo tanto, el cargo de desviación de poder con fundamento en violación de la ley de garantías electoral, no tiene vocación de prosperidad. Así mismo, el expediente es desértico en probanzas dirigidas a demostrar las intenciones políticas o desviadas del nominador, por lo que este cargo, por esta razón, tampoco está llamado a prosperar.

3. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016³⁶, respecto de la condena en costas en vigencia del cpaca, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso³⁷, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la demandante, teniendo en cuenta que el recurso presentado resultó desfavorable y que la parte demandada actuó en segunda instancia. Se liquidarán por el *a quo*.

4. Conclusión

En consecuencia, la facultad discrecional ejercitada para la declaratoria de insubsistencia del actor fue adecuadamente utilizada, pues el empleo ocupado por él tenía la naturaleza de ser de libre nombramiento y remoción, por lo que la ausencia de los motivos de la insubsistencia no vicia la decisión de retiro del servicio, y adicional a ello, el cargo pertenecía a un ente universitario autónomo del orden nacional, lo que quiere decir que la imposibilidad de modificar la planta de personal durante los 4 meses anteriores a las elecciones (ley de garantías), no restringía la potestad de la entidad para disponer de su cargo, ni tampoco acreditó intenciones desviadas del nominador. Por todo lo anterior, se confirmará la sentencia recurrida que denegó las súplicas de la demanda, y se condenará en costas, de acuerdo con lo señalado en el capítulo precedente.

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

F A L L A:

Primero.- Confirmar la sentencia proferida el 11 de mayo de 2017 por el Tribunal Administrativo del Cesar, que denegó las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por el señor Wilfrido Godoy Ramírez contra la Universidad Popular del Cesar, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el *a quo*.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: la presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 98 a 106 del cuaderno principal.
2. Folios 162 a 177 del cuaderno principal.
3. Folios 183 a 190 del cuaderno principal.
4. Folios 213 a 220 del cuaderno principal.
5. Folios 208 a 212 del cuaderno principal.
6. Folio 203 del cuaderno principal.
7. Sentencia T-372 de 2012.
8. Folio 6 del cuaderno principal.
9. Folio 8 del cuaderno principal.
10. Folio 3 del cuaderno principal
11. Folio 107 del cuaderno principal

12. Folios 135-137 del cuaderno principal
13. El acto administrativo. Juan Carlos Cassagne. 1974. Página 212.
14. Motivos de Anulación de los Actos Administrativos. Rodrigo Noguera Calderón. 1970. Página 49.
15. Sentencia del 2 de marzo de 2017. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez, Expediente. 3686-14.
16. Sentencia del 17 de mayo de 2007, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado. Expediente: 25000-23-25-000-2001-08248-01(0990-05).
17. Sentencia del 15 de mayo de 2008, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Expediente: 25000-23-25-000-2003-04220-01(4858-05).
18. Folio 107 del cuaderno principal.
19. Penagos, Gustavo, *El acto administrativo*, Op. Cit. P. p. 428 y 429
20. *Ibidem*
21. Serra Rojas, Andrés. *Derecho administrativo*, Editorial Porrúa, S.A., 1985, P. 251
22. Fraga, Gabino. *Derecho administrativo*. Editorial Porrúa, S.A., 1996, P. 301
23. Bonnard, citado por Prat, Julio A., *Derecho administrativo*, Tomo III, Vol II, Montevideo, Editorial Arcali, 1978, en Largacha Martínez, Miguel y Posse Velásquez, Daniel, *Causales de anulación...* Op. Cit. P. 177
- 24 Citado en Largacha Martínez, Miguel y Posse Velásquez, Daniel, *Causales de anulación...* Op. Cit. P. 177
25. Op. cit. P. 232
26. Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, de 23 de febrero de 2011, radicado interno No. 0734-10, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.
27. Berrocal Guerrero, Luis Enrique Manual del acto administrativo, Librería ediciones del profesional LTDA. , Bogotá, Colombia, 2014, página 547
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, siete (07) de marzo de dos mil trece (2013), Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12).

29. Sentencia del 16 de febrero de 2006, Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08208-01(2485-04).

30. Artículo 167 del CGP.

31. Tratándose de la desviación de poder.

32. Sentencia del 15 de mayo de 2000, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Expediente 2459-99.

33. Folio 6 del cuaderno principal.

34. Folio 8 del cuaderno principal.

35. Folio 3 del cuaderno principal.

36. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

37. «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 05:30:19