



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

RADICADO: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
ACCIONANTE: RAFAEL EMILIO APONTE VALVERDE
DEMANDADO: UNIVERSIDAD POPULAR DEL CESAR
Apelación Sentencia

SO. 022

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede la Sala de Subsección a dictar sentencia, dentro del proceso de la referencia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la providencia de 15 de diciembre de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cesar negó las pretensiones de la demanda de la referencia.

¹«Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...] 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente [...].».



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

I. ANTECEDENTES

Pretensiones

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento, el señor Rafael Emilio Aponte Valverde **solicitó** declarar la nulidad de la Resolución 850 de 2 de mayo de 2012, mediante la cual el rector de la Universidad Popular del Cesar declaró insubsistente su nombramiento como vicerrector general de la Seccional de Aguachica.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene al ente universitario reintegrarlo al cargo que venía desempeñando; que se le reconozca y pague una indemnización por los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de retiro hasta el momento de su reintegro; que dichas sumas se paguen debidamente indexadas y que se condene en costas a la universidad demandada.

Los **hechos** que sustentan las anteriores pretensiones se resumen de la siguiente manera:

A través de Resolución 3009 del 7 de diciembre de 2010, el señor Rafael Emilio Aponte Valverde ingresó a la Universidad Popular del Cesar en el cargo de vicerrector general de la Seccional de Aguachica, del cual tomó posesión el 10 de diciembre del mismo año.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

Mediante Resolución 850 de 2 de mayo de 2012, el rector de la Universidad declaró insubsistente su nombramiento, acto administrativo que, en entender del accionante, fue expedido de manera arbitraria.

Como **normas violadas** invocó los artículos 2 y 58 de la Constitución Política; 27, 30 y 31 del Código Civil; 21 del Código Sustantivo del Trabajo; 24 de la Ley 909 de 2004; 31, 32 y 33 de la Ley 30 de 1992; 26 del Decreto 2400 de 1968 y la Resolución 2325 de 2008 contentiva del Manual de funciones y Competencias de la Universidad Popular del Cesar.

Al desarrollar el **concepto de violación**, sostuvo que el acto administrativo demandado adolece de las causales de nulidad de **desviación de poder y violación de la ley**.

En cuanto al desvío de poder, señaló que en la época en que se produjo la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, la universidad venía adelantando las elecciones internas de los representantes de los diferentes cuerpos colegiados (Directivas Académicas, Docentes, estudiantes y egresados) ante el Consejo Superior Universitario, su máximo órgano de autoridad.

El 16 de abril de 2012, en el marco del periodo electoral mencionado, el docente Rafael Céspedes le envió una comunicación a la Procuraduría Regional del Cesar a fin de que hiciera seguimiento al proceso de elecciones, ante la existencia de fuertes rumores que indicaban que la administración, en cabeza del rector, «iba a tomar represalias con los administrativos que no respaldaran



sus candidatos» (f. 2), situación que, aseguró, se materializó con la expedición de la Resolución 850 de 2 de mayo de 2012 que declaró insubsistente su nombramiento.

Lo anterior, sumado a que quien lo remplazó tomó posesión del cargo los primeros días de septiembre de 2012, por lo que se tuvo que encargar temporalmente de sus funciones a la directora administrativa y financiera de la seccional, lo que permite advertir una evidente falta de planeación administrativa en la adopción de dicha determinación, y que además, su retiro del ente universitario no se inspiró en el mejoramiento del servicio sino en razones meramente políticas.

Manifestó también que ni la directora administrativa y financiera ni el doctor Vicente Vaños Galvis, quien fue designado como vicerector en propiedad, acreditaban los requisitos para desempeñar el cargo, por lo que presume el accionante, el manual de funciones tuvo que ser modificado o interpretado de tal manera que se les permitiera ejercer las funciones de vicerrector general.

En cuanto al cargo de violación de la ley, sostuvo que el rector de la universidad desconoció la prohibición de modificar la planta de personal en época electoral, tal como lo dispone la Ley 996 de 2005 - Ley de Garantías -, norma que si bien, se refiere al periodo electoral del presidente de la República, en su criterio, debe aplicarse por analogía a las elecciones que se adelanten en el ente universitario.

Finalmente señaló que tampoco se dejó constancia en su hoja de vida sobre las razones que motivaron la declaratoria de



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

insubsistencia de su nombramiento, como lo dispone el inciso 1 del artículo 26 del Decreto-Ley 2400 de 1968.

Contestación de la demanda

La Universidad Popular del Cesar (f. 214), se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor Rafael Emilio Aponte Valverde en el cargo de vicerrector general se ajustó al artículo 41.1 de la Ley 909 de 2004, que señala que el retiro de empleados de libre nombramiento y remoción se efectuará mediante acto no motivado.

Por tanto, siendo el cargo de vicerrector general un empleo directivo de libre nombramiento y remoción, el rector del ente universitario tenía la facultad discrecional de rodearse de personal de confianza.

Aclaró que la circunstancia de asignar temporalmente las funciones del vicerrector general a la directora administrativa y financiera de la Seccional de Aguachica no deriva en un **desvío de poder** ni demuestra que la declaratoria de insubsistencia fuera producto de una arbitrariedad o capricho. Por el contrario, se trató de una medida encaminada a evitar precisamente una parálisis en el funcionamiento del ente universitario hasta tanto se decidiera un remplazo para el cargo.



Además, el reproche efectuado por el accionante sobre la hoja de vida del doctor Vicente Vaños Galvis, quien a la postre fuera designado como vicerrector general en la Seccional de Aguachica no supera el campo especulativo, pues afirma que para su nombramiento debió reformarse el manual de funciones, sin aportar elemento probatorio alguno que acredite dicha circunstancia, como tampoco se demostró que su retiro de la universidad obedeciera a la negativa en acompañar al rector en un proceso electoral académico.

Señaló igualmente que es una «extravagancia jurídica» argumentar que durante los procesos electorales académicos de la universidad emerja para los servidores de libre nombramiento y remoción un fuero de protección y restricción legal para su provisión o remoción en los términos de la ley de garantías (Ley 996 de 2005).

En ese sentido, propuso la excepción de presunción de legalidad del acto administrativo demandado, por no haberse estructurado el vicio de desviación de poder planteado en la demanda.

Trámite procesal

Mediante auto de 25 de junio de 2015, el Tribunal Administrativo del Cesar fijó como fecha para celebrar la audiencia inicial el 15 de septiembre de 2015 (f. 237), diligencia que tuvo que ser reprogramada para el 4 de noviembre del mismo año (f. 248).

Como quiera que la entidad demandada no planteó excepciones previas, se procedió a fijar el litigio de la siguiente manera:



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

[...] se concreta en determinar si el acto de insubsistencia del nombramiento del señor RAFAEL EMILIO VALVERDE en el cargo de Vicerrector General de la Universidad Popular del Cesar, Seccional de Aguachica, se encuentra viciado de nulidad por desviación de poder y violación de la ley, tal como lo sostiene la parte actora; o si por el contrario, como lo indica la entidad demandada, por tratarse de un cargo directivo de libre nombramiento y remoción, podía el nominador declarar la insubsistencia sin motivación alguna, por la facultad discrecional [...] (f. 254).

Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante providencia de 15 de diciembre de 2016, declaró probada la excepción de presunción de legalidad del acto administrativo demandado propuesta por la Universidad Popular del Cesar y negó las pretensiones de la demanda.

Al efecto estableció, después de analizar los testimonios y demás elementos probatorios recaudados en el proceso, que la parte demandante no logró demostrar la desviación de poder alegada, pues no se aportó prueba directa que respaldara la acusación de que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se trató de una persecución política institucional, pues aunque los dos testigos coincidieron en dicha afirmación, no se allegó elemento adicional que la respaldara.

Ahora bien, en cuanto al perfil profesional de quien fue designado en su remplazo, precisó que el demandante y los testigos únicamente señalaron que se trata del doctor Vicente Vaños Galvis,



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

sin aportar al proceso copia de la hoja de vida a fin de verificar el cumplimiento o no de los requisitos del cargo.

Y en lo que tiene que ver con la hoja de vida de la señora Carmen Socorro Guzmán Rodríguez, directora administrativa y financiera de la Seccional de Aguachica, y quien asumiera temporalmente las funciones del cargo de vicerrector general, advirtió el tribunal que sí cumplió los requisitos para ejercerlo, pues acreditó tener título profesional en Contaduría Pública, con especialización en Finanzas y con más de 3 años de experiencia.

Por otra parte, señaló que la excelente hoja de vida del demandante y su idoneidad y buen desempeño de las funciones propias del cargo no genera fuero de estabilidad alguno, en tanto se trata del cumplimiento de sus deberes como servidor público.

Finalmente explicó que la omisión del nominador en el cumplimiento de la exigencia contenida en el inciso 1 del artículo 26 del Decreto-Ley 2400 de 1968, relacionada con la anotación en la hoja de vida de las razones que motivaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento no constituye una causal que afecte la legalidad del acto administrativo, pues se trata de una actuación posterior que no hace parte de la formación del acto.

Recurso de apelación

El demandante recurrió el fallo de primera instancia insistiendo en que la desviación de poder se puede observar en la forma como, a través de presiones del rector, se le exigía apoyar a ciertos



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

candidatos en las elecciones internas para la escogencia de los representantes de las directivas académicas, los estudiantes, los egresados, los docentes ante el consejo superior de la universidad.

Igualmente reiteró que no era dable encargar a la directora administrativa y financiera, aunque fuera temporalmente, de las funciones de vicerrector general, pues en su entender el hecho de desempeñar en propiedad aquel cargo evidencia con claridad que, en la práctica, no tenía las competencias para ejercer la vicerrectoría de la seccional.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

La parte **demandante** pidió revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, acceder a la nulidad del acto acusado, insistiendo en los argumentos señalados en la demanda y en el recurso de apelación (f. 931).

La parte demandada no alegó de conclusión y el ministerio público no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

De conformidad con los antecedentes descritos y, en especial, el recurso de apelación formulado por el demandante, el presente asunto se contrae a establecer si la Resolución 850 de 2 de mayo de 2012, mediante la cual el rector de la Universidad Popular del



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

Cesar declaró insubsistente el nombramiento del señor Rafael Emilio Aponte Valverde en el cargo de vicerrector general de la Seccional de Aguachica, adolece de nulidad por desviación de poder.

Con ese propósito, la Sala estudiará la naturaleza del cargo que ocupaba el demandante en la entidad, luego aludirá a la no necesidad de motivar el acto de insubsistencia frente a cargos de libre nombramiento y remoción y a la causal de nulidad del acto por desviación de poder, se analizarán las pruebas que reposan en el expediente, para finalmente establecer si le asiste la razón al demandante en lo que pretende o si debe confirmarse la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

De la naturaleza del cargo

De acuerdo con la Ley 34 de 1976², la Universidad Popular del Cesar es un Establecimiento Público autónomo, con personería jurídica, cuya naturaleza jurídica es similar a la de la Universidad Nacional. Sus servidores están clasificados en personal de carrera administrativa, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, como lo dispone el Acuerdo 001 de 22 de enero de 1994 «Estatuto General de la Universidad», modificado por el Acuerdo 021 de 17 de noviembre de 2011³.

Conforme a este último acuerdo, son empleos de libre nombramiento y remoción los de «... **dirección**, orientación y

² Por la cual el Instituto Tecnológico Universitario del Cesar se transforma en la Universidad Popular del Cesar y se dictan otras disposiciones.

³ Visible a folios 762 a 764.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
 Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

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 igual forma, según lo dispone el Acuerdo 11 de 24 de abril de 2009, modificatorio del artículo 13 del Estatuto General de la Universidad, para todos los efectos, incluyendo el de elecciones, se entiende como **directivo académico** de la universidad «... el vicerrector académico, el vicerrector de investigación y extensión, los decanos, los directores de departamento, el director de programas de postgrados, el vicerrector de seccional, el director académico y los coordinadores de programa de la seccional de Aguachica, todos los cuales tendrán derecho a elegir y ser elegidos»⁴.

De conformidad con lo anterior, se concluye que el cargo de vicerrector general, código 0060, grado 13 del nivel directivo de la Seccional de Aguachica de la Universidad Popular del Cesar que desempeñaba el señor Rafael Emilio Aponte Valverde, es de libre nombramiento y remoción.

La discrecionalidad en materia de funcionarios de libre nombramiento y remoción⁵

⁴ Visible a folios 857 y 858.

⁵ Se hace referencia a las consideraciones expuestas en la sentencia de veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015), expedida por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado; expediente 2013-00023-01(1471-14), Actor: Fabián Vicente Cotes González y otros.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

El artículo 125 de la Constitución Política establece, como regla general, para la vinculación de empleados públicos, el sistema de carrera, «cuya finalidad es la de preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, así como garantizar a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de promoción y ascenso, previo el lleno de las condiciones y requisitos que para el efecto exija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes»⁶.

Sin perjuicio de esta regla general de carrera administrativa, la misma Carta señala unas excepciones, como son los empleos de elección popular, **los de libre nombramiento y remoción**, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Siendo entonces competencia del legislador expedir las normas que regirán el sistema de carrera en las entidades del Estado (art. 150-23 C.P.), respetando las excepciones ya señaladas.

Ahora bien, en relación con la existencia de empleos de libre nombramiento y remoción, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

[...] Dedúcese de lo expuesto que, siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo

⁶ Sentencia C-161 de 2003, MP Dr. Alfredo Beltrán-Sierra.



correspondiente, **para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.** En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión; sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho. Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el **intuitio personae**⁷ [...].

Conforme lo anterior, el criterio que justifica la existencia de esta categoría es que los mismos pertenezcan al nivel directivo, o sean de manejo, de conducción u orientación, o que exijan la necesaria confianza en el servidor público.

Es entonces la confianza que se exige para el desempeño de este tipo de cargo lo que permite al nominador contar con una amplia discrecionalidad tanto al momento de realizar la vinculación del servidor público, como en la oportunidad de declarar insubsistente su nombramiento, para lo cual no es necesario expresar los motivos que lo llevan a tomar tal decisión.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C - 514 de 16 de noviembre de 1994, magistrado ponente: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.



En este orden de ideas, el acto administrativo por el cual se desvincula del servicio a una persona que detenta un cargo de **libre nombramiento y remoción**, no requiere ser motivado⁸, toda vez que la declaratoria de insubsistencia del mismo (Decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a «la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados»⁹.

No obstante lo anterior, se debe aclarar que aun cuando el ejercicio de la facultad de libre remoción que tiene el nominador en estos casos es discrecional y no requiere motivación, existen unos límites constitucionales a esta facultad¹⁰, la cual debe sujetarse a parámetros de razonabilidad, proporcionalidad y razonabilidad, que se ven materializados en los siguientes criterios: 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.

En ese orden de ideas, «los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, **de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y**

⁸ Se puede consultar sobre el tema: de la Corte Constitucional sentencia T-222 del 10 de marzo de 2005, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández; y de la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, sentencia del 27 de enero de 2011, radicado interno 2124-07, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁹ Por su parte, el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que es precisamente el que permite la declaratoria de insubsistencia, establece:

*"El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, **sin motivar la providencia**. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida."*

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-372 de 2012. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
 Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

concurrente al acto que origina el despido, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.»¹¹

Sin embargo, la Sección Segunda de esta Corporación¹² ha reiterado que la falta de anotación en la hoja de vida de las circunstancias de hecho y las causales de remoción del empleado, no genera la nulidad del acto de insubsistencia y tampoco es un requisito de existencia ni de validez del mismo, puesto que se expresa mediante una actuación posterior e independiente del retiro del servicio como una garantía para el afectado con la decisión de tener la certeza de que el acto de desvinculación se ajustó a los límites de la potestad discrecional del nominador.

Por otra parte, en su extensa jurisprudencia, ha dicho el Consejo de Estado que el solo hecho de que un empleado de libre nombramiento y remoción desempeñe sus funciones en forma idónea, competente, responsable y haya observado buena conducta, *per se* no obliga a la administración a mantenerlo en el servicio indefinidamente. La hipótesis contraria implicaría que se configurara un fuero de estabilidad especial que es extraño en funcionarios de tal condición, *máxime* que el óptimo desempeño en el ejercicio de un cargo responde a la obligación que tiene todo

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación: 25000-23-25-000-2004-04049-02(2465-07).

¹² Ver entre otras las siguientes sentencias: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Radicación: 25000-23-25-000-2003-06984-01(1205-10), Actor: María Eugenia Briñez Niño; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2012, Rad. C.P. 25000-23-25-000-2004-05355-02(1592-10). Actor: Camilo Bernal Pacheco; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 25000-23-25-000-2004-04049-02(2465-07), Actor: Myriam Pastrana de Pastran.



servidor público de cumplir con la Constitución y la Ley desde el momento en que lo ejerza¹³.

Finalmente, esta Corporación ha señalado que la facultad discrecional del nominador no se enerva por la presentación de acusaciones disciplinarias contra el servidor público de libre nombramiento y remoción, ni por la iniciación de un proceso disciplinario interno o externo, y por tanto, el acto de remoción en esas circunstancias, en sí mismo, no adquiere carácter sancionador, pues la facultad discrecional es autónoma e independiente de la potestad disciplinaria, es decir, no pende de ésta para nada. De ahí que, para el ejercicio de la atribución de desvinculación de servidores que no gozan de estabilidad, no es indispensable efectuar una previa investigación administrativa con traslado de cargos al empleado, porque así no está dispuesto en el marco legal, ni así lo ha considerado el desarrollo jurisprudencial, y por ello no puede resultar afectado el debido proceso y el derecho de defensa¹⁴.

De la desviación de poder como causal de nulidad

La desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está

¹³ Al respecto se puede consultar, sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, del 17 de mayo de 2007, radicado interno 6862-05, CP Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, por mencionar una de tantas.

¹⁴ Con relación a este tema se puede ver, por aludir a una de las muchas, sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, del 13 de octubre de 2005, número interno 4464-04, CP. Tarsicio Cáceres Toro.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
 Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse¹⁵.

De igual forma, ha advertido esta Sala que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de **que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar**¹⁶.

De lo probado en el proceso y solución a los cargos de nulidad

En el presente asunto, se encuentra demostrado que el demandante ingresó a la Universidad Popular del Cesar en el cargo de vicerrector general de la Seccional de Aguachica el 7 de diciembre de 2010, según Resolución 3009 de la misma fecha (63).

Posteriormente, a través de Resolución 850 de 2 de mayo de 2012, el rector de la universidad declaró insubsistente su nombramiento

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009), Actor: Silvio Elías Murillo Moreno.

¹⁶ *Ibidem*.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

en el cargo de vicerrector general, código 0060, grado 13, del nivel directivo, de la Seccional de Aguachica (f. 25).

Ahora bien, en el recurso de apelación, el demandante insiste en que el acto administrativo que le retiró del servicio se produjo con motivos desviados u ocultos, debido a que no apoyó a los ~~candidatos~~ del rector para las elecciones internas de los representantes de los diferentes cuerpos colegiados (directivas académicas, docentes, estudiantes y egresados) ante el Consejo Superior Universitario, su máximo órgano de autoridad.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, esta Sala analizará las pruebas aportadas al expediente, para posteriormente desatar cada uno de los argumentos planteados:

Obran en el proceso:

- Declaración rendida por el señor Ricardo Jesús Guerrero Díaz, quien para la época de los hechos se desempeñaba como director académico de la Universidad Popular del Cesar, y manifestó:

«PREGUNTADO: sabe cuál fue el motivo por el cual fue declarado insubsistente del cargo de vicerrector de la Universidad Popular del Cesar, Seccional Aguachica el señor Rafael Emilio Aponte Valverde. CONTESTÓ: para la época que usted se refiere de la insubsistencia del doctor Aponte yo me encontraba vinculado como director académico en ese momento para la época había unas elecciones internas para elegir miembros del Consejo Superior para lo cual pues hubo una presión digamos así por no ir en la misma línea e incluso yo fui despedido pasadas las elecciones, las elecciones fueron a finales de mayo y a mí me despidieron... entregué hasta el 27 de junio de 2012. (...) PREGUNTADO: qué candidatos respaldaban para esas elecciones el rector de ese momento de la universidad popular del cesar. CONTESTÓ: a ver pues en su tiempo ellos llevaban una



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
 Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

línea de los cuales estaba el de las directivas académicas porque como nosotros no habíamos entrado en la administración de él sino en la anterior pues no era la misma línea que nosotros llevábamos o sea no llevábamos no sino que ellos manifestaban una línea y nosotros pues como no éramos de su agrado digámoslo así y ellos pues querían que se votara por la línea de ellos...PREGUNTADO: y quienes eran los candidatos al Consejo Directivo por el señor Rafael Emilio Aponte Valverde. CONTESTÓ: no en ese tiempo si no habíamos definido pero nosotros veníamos en otra lista. PREGUNTADO: por qué sabe usted cuales eran los candidatos del rector. CONTESTÓ: ah porque ellos manifestaban que esa era la línea y que la idea era esa, que nosotros no éramos de la línea de los que ellos llevaban de los nombres que le manifesté anteriormente. PREGUNTADO: precise como les hizo conocer el rector esa imposición. CONTESTÓ: bueno ellos hacían reuniones cuando iban a Aguachica, y manifestaban por medio de los otros funcionarios que esa era la línea usted sabe que en tema de eso pues ellos manejan también pero le hacen saber a uno cual es la línea y vuelvo y le insisto nosotros habíamos entrado en la administración del doctor Raúl Maya (...)» (cd. contentivo de la audiencia de pruebas visible a folio 869, minuto 8.21 en adelante).

- Declaración, rendida por el señor Fabián Mendoza Rangel, quien fuere director administrativo y financiero de la universidad entre el 2010 y enero de 2012, y quien manifestó:

«PREGUNTADO: sabe usted cual fue el motivo por el cual fue declarado insubsistente del cargo de vicerrector de la universidad popular del cesar, Seccional Aguachica el señor Rafael Emilio Aponte Valverde. CONTESTÓ: sí su señoría, por persecuciones políticas dentro de la institución. PREGUNTADO: en qué consistieron estas. CONTESTÓ: el rector de la época, el doctor Jesualdo Hernández quien había sido elegido el rector en el 2011 empezó a utilizar a los funcionarios de planta con el propósito de que le acompañaran a sus candidatos que llevaba el a los miembros del Consejo Superior los cuales había elecciones en el 2012. PREGUNTADO: cómo se enteró de este hecho. CONTESTÓ: el señor Jesualdo Hernández a mediados de diciembre de 2011 invitó a una reunión de egresados en la Cámara de Comercio del municipio de Aguachica y el propósito



- después de la reunión que fue un día sábado si no estoy mal fue un 7 de diciembre reunió al personal administrativo y presentó al doctor Emiliano Piedrahita Porras quien era su candidato al Consejo Superior por parte de los egresados y a Víctor Augusto Vega quien era el candidato de él como representante de los estudiantes. PREGUNTADO: el los llevó personalmente y los presentó como candidatos. CONTESTÓ: sí el los llevó personalmente. PREGUNTADO: ante alguna asamblea o ante alguna reunión. CONTESTÓ: no no, fue algo informal y le iba hablando a cada uno, pues a mí me lo presentó personalmente el doctor Jesualdo y me dijo Fabián estos son los candidatos con los cuales hay que trabajar para el Consejo Superior. PREGUNTADO: que implicaciones tenía el poner un candidato en el Consejo Superior, en el Consejo Directivo de la Universidad si él ya estaba de rector y ya iba a salir de rector. CONTESTÓ: el Consejo Superior es la máxima autoridad, es la persona encargada que le entrega todas las facultades al señor rector de contratar, de realizar empréstitos y todo eso. PREGUNTADO: el señor Rafael Emilio Aponte Valverde tenía otro candidato o iba a votar por otro candidato diferente al del rector. CONTESTÓ: en Aguachica como es una seccional es muy equidistante y por lo general casi nunca llevan ningún candidato porque la masa estudiantil es muy poca y pues ganarle a Valledupar con 15.000 16.000 estudiantes es muy difícil, nunca se ha llevado ningún candidato de Aguachica, a no ser que lleve algún segundo renglón pero nunca se ha llevado (...)» (cd. contenido de la audiencia de pruebas visible a folio 869, minuto 41 en adelante).

De lo anterior, es posible colegir que aunque los declarantes manifestaron que el señor Aponte Valverde fue desvinculado de la Universidad Popular del Cesar por razones políticas, sus testimonios no fueron acompañados de otras pruebas que así lo confirmen, más allá de cualquier duda, por lo que no es plausible determinar que la resolución que declaró insubsistente el nombramiento del demandante se expidió con desviación de poder, de manera que se logre desvirtuar la presunción del acto de retiro del funcionario de libre nombramiento y remoción.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

En este sentido, coincide esta Sala con el tribunal en cuanto las mencionadas declaraciones se quedan en apreciaciones y consideraciones subjetivas, habida cuenta de que los hechos de los cuales tuvieron conocimiento de manera directa se relacionan con las causas por las cuales los mismos declarantes fueron también retirados de sus cargos de planta de la universidad, por lo que, como se dijo, dichas afirmaciones no tienen la entidad suficiente para demostrar el cargo de nulidad por desviación de poder.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con que la doctora Carmen Socorro Guzmán Rodríguez (directora administrativa y financiera de la seccional) no cumplía los requisitos del cargo de vicerrector general para ser encargada temporalmente de sus funciones, se advierte lo siguiente:

Según el Manual Específico de Funciones y Requisitos de los diferentes empleos de la planta de personal de la administración de la Universidad Popular del Cesar, Seccional Aguachica, el cargo de vicerrector general exige como requisitos (f. 278):

1. Poseer título profesional universitario
2. Poseer título de formación avanzada o postgrado
3. Ser ciudadano colombiano en ejercicio
4. No tener sanciones disciplinarias o penal vigente
5. No estar en edad de retiro forzoso
6. Tener experiencia en el ejercicio de funciones de dirección en el sector público o privado al menos de tres (3) años
7. Tener experiencia académica universitaria mínima de tres (3) años o haber sido rector, vicerrector o decano en propiedad



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

durante un lapso de al menos un (1) año o haber contribuido al desarrollo de la cultura mediante publicaciones científicas técnicas y humanísticas

En ese sentido, reposa en el expediente copia del diploma y del acta de grado de contador público otorgado por la Universidad Popular del Cesar el 16 de marzo de 2001 a la señora Carmen Socorro Guzmán Rodríguez (ff. 294 y 295); copia del acta de grado como especialista en finanzas de la misma universidad (f. 297), y diversas certificaciones que acreditan su experiencia en el ejercicio de su profesión y como docente (ff. 304 a 312).

Por tanto, no es cierto, como lo afirma el demandante, que la señora Guzmán Rodríguez, por el solo hecho de encontrarse posesionada en un cargo de inferior jerarquía al de vicerrector general, no cumpliera los requisitos para ejercer las funciones de este último, pues como quedó visto, acreditó ser profesional y especialista, así como más de 3 años de experiencia en funciones de dirección y académica, lo que descarta un desmejoramiento del servicio por el solo hecho de haberle asignado temporalmente las funciones de vicerrectoría entre tanto se designaba el cargo en propiedad.

Finalmente, la falta de anotación en la hoja de vida del demandante, de las razones que dieron lugar a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento tampoco es una razón suficiente para anular el acto administrativo demandado, habida cuenta de que, como bien lo ha dicho esta Corporación¹⁷, esta circunstancia

¹⁷ Ver entre otras las siguientes sentencias: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
 Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

no constituye causal nulidad del acto de insubsistencia y tampoco es un requisito de existencia ni de validez del mismo, puesto que se configura en una actuación posterior e independiente del retiro del servicio como una garantía para el afectado con la decisión de tener la certeza de que el acto de desvinculación se ajustó a los límites de la potestad discrecional del nominador.

Así las cosas, concluye esta Sala de Subsección, como lo hizo el tribunal de primera instancia, que en el presente asunto no se demostró que el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del señor Rafael Emilio Aponte Valverde en el cargo de vicerrector general de la Universidad Popular del Cesar, Seccional de Aguachica se hubiera expedido con desviación de poder, razón por la cual se confirmará la sentencia de 15 de diciembre de 2016, que negó las pretensiones de la demanda.

De la condena en costas en segunda instancia¹⁸

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho¹⁹, los

Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Radicación: 25000-23-25-000-2003-06984-01(1205-10), Actor: María Eugenia Bríñez Niño; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2012, Rad. C.P. 25000-23-25-000-2004-05355-02(1592-10). Actor: Camilo Bernal Pacheco; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 25000-23-25-000-2004-04049-02(2465-07), Actor: Myriam Pastrana de Pastran.

¹⁸ Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

¹⁹ Artículo 361 del Código General del Proceso.



Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso²⁰ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo este Despacho y la Corporación ya lo ha analizado con detenimiento²¹ y previó que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 señala que «salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil», hoy día por el Código General del Proceso, y estableció unas conclusiones básicas:

- La legislación varió del C.P.C. al CPACA para la condena en costas de un criterio subjetivo a uno objetivo;
- Toda sentencia «dispondrá» sobre costas, bien sea con condena total o parcial o con abstención;
- Se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago

²⁰ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

²¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014).



de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso)

- La cuantía de la condena en agencias en derecho se hará atendiendo el criterio de la posición en la relación laboral, pues varía según sea parte vencida, si es el empleador o si es el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal ; y,
- Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas.

Atendiendo esa orientación de acuerdo con la posición fijada por esta Subsección²², si bien el demandante resulta vencido, no se le condenará en costas debido a que no hubo intervención en segunda instancia de la entidad demandada.

III. DECISIÓN

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

²² Se puede ver, entre otras, la sentencia de 14 de julio de 2016, radicado 2013-00270-03 (3869-2014).



02 ABR 2019

Radicado: 20001 23 33 000 2013 00189 02 (0881-17)
Accionante: Rafael Emilio Aponte Valverde

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 15 de diciembre de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Cesar negó las pretensiones de la demanda formulada por el señor Rafael Emilio Aponte Valverde en contra de la Universidad Popular del Cesar.

Sin condena en costas.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ