



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

Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicado: 25000-23-42-000-2013-00826-02 (4914-2015)
Accionante: PEDRO ANTONIO HIGUERA CORREDOR
Demandado: DISTRITO CAPITAL – ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA
Asunto: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO - CPACA

La Sección Segunda, Subsección A, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación contra la sentencia del 18 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B - dentro del proceso de la referencia.

I. DEMANDA¹

1.1.- PRETENSIONES

PEDRO ANTONIO HIGUERA CORREDOR, por intermedio de apoderado presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando la nulidad de la Resolución No. 457 del 10 de julio de 2012, mediante la cual fue declarado insubsistente su nombramiento, expedida por el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos del Distrito Capital de Bogotá y, como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro al cargo que venía desempeñando, sin solución de continuidad, así como la condena al pago indexado de los dineros dejados de percibir por concepto de salarios, prestaciones, bonificaciones, primas y demás emolumentos desde la fecha de retiro hasta su reintegro, y el pago de los perjuicios morales subjetivos y objetivados tasados en 100 y 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, respectivamente.

¹ Folios 86 y 249 del expediente, su adición con texto integrado.

1.2.- HECHOS

Los hechos se sintetizan de la siguiente manera:

1.2.1. PEDRO ANTONIO HIGUERA CORREDOR fue nombrado en el cargo de Sub-Director Técnico Operativo código 068, Grado 07 de la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá desde 2007 y es bombero de profesión desde hace más de 23 años.

1.2.2. En tal condición, ejerció como Sub- Director de la UAECOB, por más de 5 años, con reconocimiento a su función y dedicación, pese a que durante su gestión fue víctima de anónimos injuriosos e inclusive de amenazas.

1.2.3. Que, en discurso del 14 de mayo de 2012 el Alcalde Mayor de Bogotá, durante el acto de conmemoración de los 117 años de creación del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, manifestó, arbitrariamente, que los recursos públicos de la Unidad se habían ido por las alcantarillas y que pronto se presentaría un cambio en la Dirección de Bomberos de Bogotá, haciendo una soterrada relación causal entre las dos circunstancias.

1.2.3. Declarado insubsistente el nombramiento del señor MAURICIO ANTONIO TORO ACOSTA quien fungía como Director de la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, nombró en su remplazo al señor PEDRO ANTONIO HIGUERA CORREDOR como Director encargado, por reunir los requisitos para el cargo.

1.2.4. Esta medida solo buscaba darle visos de legalidad a su actuación, pues una vez posesionado en el cargo de Director, se notó una clara situación de acoso laboral, derivada del desconocimiento de su autoridad por parte de sus subalternos, atentando contra su honra y su honor, con la anuencia de la Alcaldía Mayor, que ignoró todas las advertencias presentadas por el demandante que ponían en evidencia la situación que se estaba presentando.

1.2.5. Por causa de tales frecuentes irregularidades, el día 14 de mayo de 2012, 30 días después de haber sido nombrado como el Director encargado, mediante carta dirigida al Alcalde Mayor, el señor HIGUERA CORREDOR presentó su renuncia motivada al cargo de Director encargado y a su vez de Subdirector Operativo de la entidad, que nunca fue respondida, como una nueva señal del acoso que se venía presentando.

1.2.6. Mediante Decreto No. 270 de junio 12 de 2012, fue nombrado como Director de la UAECOB el señor EUCLIDES MANCIPE TABARES, de facto y sin ningún tipo de notificación previa del acto administrativo.

1.2.7. En remplazo del señor HIGUERA CORREDOR como Subdirector Operativo, con la Resolución No. 456 del 10 de julio de 2012 del Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos del Distrito Capital de Bogotá, fue designado MAURICIO AYALA VASQUEZ, bombero de profesión, con una hoja de vida muy inferior a la del actor y sin reunir requisitos para ocupar el cargo, pues acreditó tres años y seis meses de experiencia como ingeniero de sistemas.

1.2.8. El nuevo Director no reunía los requisitos profesionales exigidos para el cargo, toda vez que acreditó 7 años de experiencia como abogado, desempeñándose como el asesor del Sindicato ASDEBER, no en el nivel directivo sino en el nivel asistencial, fuera de estar violando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades pues nunca dejó de ser funcionario público del nivel asistencial, razones por las cuales no se le pueden reconocer los requisitos ni como funcionario público del nivel directivo ni como abogado.

1.2.9. La entidad demandada nunca dio respuesta a la solicitud de renuncia al cargo de Subdirector Operativo de la UAECOB, continuó en el ejercicio del cargo en espera de la respuesta.

1.2.10. La declaratoria de insubsistencia del demandante se produjo con la Resolución No. 457 del 10 de julio de 2012, expedida por el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos del Distrito Capital

de Bogotá, no con el objeto de mejorar el servicio sino de nombrar a una persona sin requisitos para beneficiarla, contrariando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben caracterizar las actuaciones de la administración, por lo que contiene una clara ilegalidad.

1.3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocaron en la demanda las siguientes disposiciones:

Artículos 15, 21, 25, 29, 125, 209, 217 inciso 3° y 220 de la Constitución Política; artículo 3 en sus numerales 3 y 5, y 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y artículos 3 y 4 de la ley 489 de 1998.

Como concepto de violación, el texto integrado de la demanda invocó la desviación de poder, contrariando claramente la constitución y la ley, por cuanto el señor MAURICIO AYALA VASQUEZ no cumplía con los requisitos para ocupar el cargo de Subdirector Operativo de la UAECOB. Argumentó que la resolución No. 457 del 10 de julio de 2012 no es más que una manifestación arbitraria de la administración, por cuanto la persona nombrada mediante la Resolución No. 456 de julio de 2012 no cumplía con los requisitos para ocupar el cargo de Sub Director Operativo de la UAECOB, deduciéndose así que el acto de insubsistencia nunca procuró el mejoramiento del servicio público.

Agregó que la resolución 798 del 9 de diciembre de 2011, con la cual se expidió el manual único de funciones y requisitos de la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, fue modificada por el Decreto Distrital 040 de 23 enero de 2012, estableciendo *“...de manera general los manuales de funciones y requisitos del sector central de la Administración en una actuación sin duda positiva y acorde con las necesidades de una Administración en proceso de modernización...”*; sin embargo, que con las expedición del Decreto Distrital 269 de junio 8 de 2012, la Alcaldía Mayor modificó de manera específica el manual de funciones de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, ampliando inexplicablemente las disciplinas académicas que podían habilitar para

el ejercicio del cargo de Subdirector Operativo, que no tienen nexo alguno con el objeto de la entidad, tales como el derecho y la ingeniería de sistemas, eliminando como requisito el título de posgrado.

Sostuvo igualmente que lo que se presentaba como un endurecimiento de las condiciones necesarias para ejercer el cargo de Director Técnico grado 09 de la UAECOB, con el Decreto 269 de 2012 se convirtió en una manera soterrada de adecuar los requisitos a las personas que la Alcaldía pretendía nombrar, y no a las idóneas para ejercerlo.

Expedido el decreto 269 del 8 de junio de 2012 contentivo del manual de funciones, con fecha 12 de junio de 2012 se expidió el Decreto 270 que nombró en el cargo de Subdirector Técnico grado 09 al señor MANCIPE TABARES, es decir, a los días, diciendo cumplir con los requisitos para ejercerlo con el título de pregrado en derecho y siete años de experiencia profesional como asesor *ad honorem* del sindicato ASDEBER.

Por su parte, el señor AYALA VÁSQUEZ, con título de ingeniero de sistemas, dijo cumplir con los requisitos de formación académica exigidos por el mencionado decreto 269, y acreditó su experiencia con un certificado como asesor jurídico *ad honorem* del sindicato ASDEBER, ejercicio del derecho incompatible con su condición de funcionario público, por lo que tal actividad no podía ser tomada en cuenta como experiencia profesional.

Concluyó reiterando que siendo así, el señor PEDRO ANTONIO HIGUERA CORREDOR fue remplazado para ejercer el cargo por una persona como MAURICIO AYALA VÁSQUEZ, que no cumplía los requisitos para ejercerlo, por lo que el acto que declaró insubsistente su nombramiento está viciado por desviación de poder.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

Por medio de apoderado, la UAECOB, contestó la demanda oponiéndose a las

² Folio 118 del expediente y 283 del escrito integrado.

pretensiones de la misma por carecer de sustento fáctico y jurídico. Respecto de los argumentos presentados por la parte actora, indicó que el acto jurídico atacado no tiene móviles ocultos y está legalmente expedido; que no existió ni se probó la configuración del acoso laboral presentado en el libelo, como tampoco se configuraron la falsa motivación y la desviación del poder alegadas, en tanto que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción es inmotivada, obedeciendo a las exigencias del servicio. Concluye solicitando que no se tenga como objeto de la litis lo relacionado con su nombramiento, pues no hace parte del contenido fáctico y jurídico de la pretensión que se formuló.

III. AUDIENCIA INICIAL FIJACIÓN DEL LITIGIO³

En la audiencia inicial, el problema jurídico quedó definido así:

“Se centra en determinar si el acto administrativo que declara insubsistente el nombramiento del señor Pedro Antonio Higuera Corredor, al cargo de subdirector Operativo de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, se ajusta a derecho o si por el contrario fue expedido con falsa motivación o desviación de poder”.

Las partes no hicieron ninguna manifestación en contrario, quedando así fijado el litigio en este proceso.

IV. LA SENTENCIA APELADA

Con la sentencia de 18 de junio de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección segunda – Subsección B - denegó las súplicas de la demanda, con base en los argumentos que se resumen a continuación: señala que los hechos expuestos en el escrito de demanda, *per se*, no pueden tenerse como constitutivos de desviación del poder, o acoso laboral, porque si bien el demandante afirma que la insubsistencia de su nombramiento se produjo para beneficiar al sindicato ASDEBER y nombrar al señor Euclides Mancipe Tabares como director y al señor Mauricio Ayala Vásquez como subdirector operativo, sin cumplir los requisitos, la Sala advierte que en el expediente obran documentos que acreditan la calidad profesional, la experiencia e idoneidad del señor Ayala

³ Folio 319 del expediente.

Vásquez y por el contrario no obra prueba que demuestre que con este nombramiento se hubiere desmejorado el servicio.

Adicionalmente, si bien es cierto que el señor Ayala Vásquez, para el 2009 era agremiado a la organización sindical, no lo es menos que no obra prueba de que el nominador se hubiere apartado de razones de servicio para beneficiar al sindicato ASDEBER, o que esa condición hubiere sido la determinante en su nombramiento. Agregó que lo observado fue la utilización de la facultad de libre nombramiento y remoción propia del régimen de los empleados públicos, cuya declaración de insubsistencia está prevista por la ley como una de las causales de terminación de dicha relación laboral (artículos 26 del Decreto 2400 de 1968, 107 del Decreto 1950 de 1973 y 41 de la Ley 909 de 2004). Con consideraciones jurisprudenciales sobre el carácter discrecional de la insubsistencia, negó las pretensiones de la demanda.

3.1.- LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la parte actora interpuso oportunamente recurso de apelación, en el cual presentó los argumentos que se resumen a continuación: Manifestó que quedó demostrado en el proceso que el retiro del señor Pedro Antonio Higuera Corredor, lejos de atender razones del buen servicio, obedeció a una evidente desviación del poder, puesto que, valiéndose de la naturaleza jurídica del cargo que él desempeñaba como de aquellos de libre nombramiento y remoción que confiere solamente una estabilidad precaria, no implica que por ello se pueda retirar al servidor atropellándole derechos fundamentales ni con ánimo diferente del de mejorar el servicio, puesto que la discrecionalidad de la que da cuenta la jurisprudencia encuentra su límite constitucional y legal en dicho mejoramiento. Además, solicita que se valore una prueba como sobreviniente en analogía con la ley penal.

3.2.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, solicita confirmar la sentencia impugnada, pues de acuerdo con el acervo probatorio se tiene que el

acto administrativo demandado fue expedido conforme a derecho, sin que dentro del mismo se presenten vicios de nulidad ni mucho menos se avisten hechos de desviación de poder o abuso del poder por parte del Director de la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

3.3.- INTERVENCION DE LA DEMANDADA

En escrito presentado por el apoderado de la demandada, solicita que se confirme la sentencia apelada, porque el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción es procedente de manera inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad, que no ha sido desvirtuada por falta absoluta de prueba sobre el acoso laboral y la supuesta falsa motivación o desviación de poder invocadas por el demandante.

IV. CONSIDERACIONES

4.1.- PROBLEMA JURÍDICO

Bajo el marco de lo considerado y decidido en la sentencia de primera instancia y lo alegado en la apelación presentada por la parte actora, la Sala se limitará a analizar el tema de impugnación, referido al siguiente problema jurídico:

Si hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia en cuanto negó las pretensiones de la demanda al concluir que no se había demostrado la desviación de poder en la declaratoria de insubsistencia del actor, mediante la Resolución No. 457 del 10 de julio de 2012, expedida por el Director de la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos la Alcaldía Mayor del Distrito Capital de Bogotá.

4.2.- PRUEBAS Y ACTOS A CONSIDERAR

- Certificado expedido el 6 de marzo de 2012, por la Subdirección de Gestión Humana de la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos, sobre la vinculación del señor Pedro Antonio Higuera Corredor al distrito Capital el 4

de julio de 1989 y a la UAE Cuerpo Oficial de Bomberos D.C. el día 1 de enero de 2007, como titular del cargo de BOMBERO código 475 grado 15, actualmente encargado del empleo de Subdirector Técnico, Código 068, grado 07, mientras dure el cargo (Folios 350 a 352).

- Fotocopia de la hoja de vida del demandante (folios 4 a 111 y 161 a 192), donde se registra el perfil profesional del señor Pedro Antonio Higuera Corredor, como administrador financiero y de sistemas, especialista en alta gerencia y especialista en seguridad y prevención de riesgos laborales e indica en su experiencia profesional que laboró en la Unidad Administrativa Especial – Cuerpo Oficial de Bomberos, como:

Cargo de director, duración abril 2012-junio 2012 – dos meses, Cargo de Subdirector Técnico área de trabajo: Subdirección Operativa. Duración enero 2017 – julio 2012, 5 años y 6 meses. Jefe MAURICIO TORO ACOSTA. Cuerpo Oficial de Bomberos- cargo. Cabo de Bomberos. Área de trabajo: Subdirección operativa. Duración septiembre de 2000-febrero de 2003. Cargo bombero área de trabajo. Subdirección operativa. Duración julio 1989-septiembre de 2000 11 años y 2 meses (...)

- Decreto 559 de 2011, Decreto 040 del 23 de enero de 2012 y Resolución 529 de 2011, por las cuales se establecen las calidades profesionales del cargo de Subdirector Técnico código 068 grado 07, del nivel directivo en el Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (Folios 135 a 157).
- Resolución 457 del 10 de julio de 2012, fundamentada en los decretos 070 de 2007 y 101 de 2004, por medio de la cual se declara la insubsistencia del señor Pedro Antonio Higuera Corredor, del cargo de Subdirector Técnico, código 068 grado 7. Subdirector operativo (Folio 12).
- Resolución No 456 de 2012 del 10 de julio de 2012, con la cual el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá expidió el nombramiento del señor Mauricio Ayala Vázquez como Subdirector técnico código 068 grado 7. Subdirector operativo (Folio 221).
- Hoja de vida del señor Mauricio Ayala Vázquez, donde se registra su calidad de ingeniero de sistemas, especialista en alta gerencia y

especialista en gerencia de proyectos, fecha de ingreso al Cuerpo Oficial de Bomberos 25 de mayo de 1989. Además, certificación del 11 de noviembre de 2019 que acredita que Ayala Vásquez era agremiado del sindicato ASDEBER (Folios 16 a 30).

4.3.- FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Antes de referirse al fondo del asunto, la Sala advierte que si bien el apelante puede ampliar, desarrollar o profundizar los argumentos presentados en el escrito de demanda, ésta no es la instancia ni la oportunidad procesal para incorporar hechos o pruebas nuevas a la litis sobre los cuales la parte demandada no tuvo oportunidad de controvertir y, por tanto, constituirían frente a ella una clara violación a su derecho al debido proceso. Por otra parte, como el apelante con su escrito de interposición del recurso pidió y aportó como prueba un documento relativo a los documentos contenidos en la hoja de vida del señor Mauricio Ayala Vásquez, habrá que negar su incorporación al proceso, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 212 del CPACA no se configura ninguna de las causales para la procedencia del decreto y práctica de pruebas en segunda instancia, como ya lo ha reiterado esta Corporación. En efecto, ha dicho⁴:

“El artículo 212 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que cuando se trate de apelación de sentencia, el decreto de pruebas en segunda es procedente en los siguientes eventos: En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos: Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta. Conforme con la norma transcrita, el

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Auto de 13 de octubre de 2017. Rad. No. 18001-23-33-000-2015-00008-01 (22720). Actor: Hospital la Inmaculada de Florencia ESE. Demandado: Departamento del Caquetá.

decreto de pruebas en segunda instancia es excepcional, pues solo procede en los casos allí señalados. En el presente asunto, el Despacho observa que la parte demandante no señaló en cuál de los casos previstos en el precitado artículo justifica la petición de pruebas en segunda instancia, y que no se trata de pruebas solicitadas de común acuerdo por las partes del proceso o dejadas de practicar en primera instancia a pesar de haberse decretado, y tampoco versan sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, o que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. Así las cosas, el Despacho negará la petición de pruebas efectuada por la parte demandante, y en consecuencia, no tendrá en cuenta los anexos visibles en los folios 144 a 146, aportados con el recurso de apelación.”

A este respecto se agrega, finalmente, que tampoco son de recibo las razones jurídicas esbozadas por el actor respecto de la posible ilegalidad del acto de nombramiento del señor Mauricio Ayala Vásquez, pues no hace parte del objeto de esta litis.

El acto por el cual se dispuso la insubsistencia del nombramiento del señor Pedro Antonio Higuera Corredor como Subdirector Operativo de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, emanada de la Alcaldía Mayor, en ejercicio de la facultad discrecional que le asistía por tratarse de un cargo del Nivel Directivo en la entidad, es la Resolución No. 457 de 10 de julio de 2012 que por tanto es un acto administrativo discrecional; en tal virtud, no debió ser motivado, en concordancia con lo previsto por el Decreto 1950 de 1973, cuyo artículo 107 establece que *en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados*, disposición reglamentaria del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 que contiene la misma regulación.

Como lo sostuvo el fallo apelado y lo pone en evidencia el Ministerio Público⁵, el artículo 1° del Decreto Distrital 559 de 2011 incluyó en el nivel directivo el cargo de subdirector técnico código 068 grado 07, por lo que a la luz de lo previsto por el artículo 5 literal d) de la Ley 909 de 2004 y la Resolución Distrital No. 0301 de 2007, se clasifica como del nivel directivo de libre nombramiento y remoción.

⁵ Folio 431 del expediente.

De ello se infiere que el cargo ocupado por el demandante - Sub-Director Técnico Operativo código 068, Grado 07 de la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá- corresponde a los de libre nombramiento y remoción, por cuanto cumple con las siguientes características: i) es del nivel directivo y orientación institucional, y ii) implica confianza en la asesoría institucional, pues las funciones que desempeñaba el demandante son de aquellas del nivel jerárquico cuyo ejercicio involucra confianza y manejo, en consideración a la administración, coordinación y asesoría propias del cargo de Subdirector Operativo en el Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, pudiéndose disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular por fuera de la regulación propia del sistema de carrera administrativa al que ni correspondía el cargo, ni pertenecía el actor.

También agregó, en términos que la Sala acoge, que pese al amplio margen de libertad en la toma de decisiones discrecionales como las de libre nombramiento y remoción con la declaración de insubsistencia de nombramientos, la administración tiene límites que proscriben las decisiones arbitrarias, a tal grado que no pueden adoptarse decisiones sin fundamento alguno, toda vez que dicha potestad exige, de un lado, que la decisión responda a los fines de la norma que otorga la facultad y, del otro, de la proporcionalidad entre los hechos que constituyen la causa respecto de los cuales se pronuncia la administración y la consecuencia jurídica que produce su decisión⁶.

Igualmente, asiste razón a la sentencia apelada al sostener que dichas decisiones discrecionales deben tener íntima conexión con los criterios del buen servicio, por lo que los actos administrativos expedidos con base en la facultad discrecional pueden resultar contrarios al ordenamiento jurídico si son ajenos a aquel, o si se encuentran inspirados en motivos o buscan fines que el ordenamiento repele pero, en todo caso, su prueba se encuentra a cargo del demandante para desvirtuar la presunción de legalidad que mientras tanto las protege. Esta Corporación por ello ha considerado que las manifestaciones de la desviación de poder admiten por lo menos su clasificación en dos grandes grupos: *"i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política,*

⁶ Folio 377 vuelto del expediente.

*interés de un tercero o del propio funcionario- y ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra”.*⁷

De manera que mientras en el proceso no se encuentren probados los hechos que configuren una falsa motivación o una desviación de atribuciones propias de la autoridad que las ejerza, en los términos anteriormente destacados, el acto administrativo demandado conserva su presunción de legalidad y no podrá ser anulado válidamente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En el presente caso se observa que el actor, tanto en la solicitud de conciliación extrajudicial como en la demanda y en sus escritos de intervención procesal, ha insistido en que con anterioridad a la expedición del acto demandado fue objeto de agresiones a su honor constitutivas de acoso laboral, pero en el expediente no obra prueba alguna sobre ninguno de los hechos aludidos en sus afirmaciones que permita al juez por lo menos realizar un análisis de su naturaleza e intensidad con el fin de proferir un pronunciamiento de fondo sobre él, de manera que ante tal absoluta carencia de prueba, no queda a la Sala más que desestimar la causal de nulidad invocada en este proceso. Y en cuanto a las supuestas alusiones ofensivas al actor por parte del Alcalde Mayor de Bogotá, en discurso pronunciado el 14 de mayo de 2012 durante el acto de conmemoración de los 117 años de creación del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, al manifestar que los recursos públicos de la Unidad se habían ido por las alcantarillas y que pronto se presentaría un cambio en la Dirección de Bomberos de Bogotá, la Sala no las encuentra probadas, siendo la sola afirmación del demandante insuficiente para infirmar el acto administrativo demandado pues, se insiste, para que la presunción de legalidad desaparezca, es necesario que se genere una certeza incontrovertible en el juzgador sobre la actuación arbitraria del nominador, esto es, que tras la decisión discrecional de insubsistencia se esconde una desviación de poder.

Por otra parte, la demanda no probó tampoco que la persona designada como remplazo tenía calidades inferiores al señor Pedro Antonio Higuera Corredor y que

⁷ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 29 de junio de 2011. Rad. No. 17001-23-31-000-2007-00712-01 (0752-09).

con su nombramiento la administración no contribuyó a mejorar al servicio, pues tratándose de tal situación, es indispensable que en el proceso se encuentren acreditados los factores que permitan al juez hacer una aproximación objetiva a las calidades del servidor remplazado y de quien lo remplaza, en relación con las condiciones del buen servicio en el nivel directivo de la entidad respectiva, como la formación académica básica, la posgradual, las calidades personales y profesionales, la antigüedad y experiencia, el conocimiento del sector administrativo, la confianza y la capacidad de dirección y manejo que genera en el nominador, todo lo cual debe ser sopesado y analizado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues siempre hay un grado de subjetividad en la apreciación de tales factores en la toma de una decisión encaminada a reemplazar un servidor público por otro en un cargo, declarando insubsistente el nombramiento del primero para hacer posible el acceso al servicio del segundo.

No habiendo prueba alguna en el proceso de la arbitrariedad alegada, este concepto de violación será igualmente descartado, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada.

Condena en costas

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 en derecho⁸, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso⁹ 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 del 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, esta Corporación ya lo ha analizado con detenimiento, y atendiendo esa orientación, se debe dar cumplimiento al numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso,

⁸ Artículo 361 del Código General del Proceso.

⁹ Artículo 171 No. 4 en concordancia con el Art. 178 ib.

condenando en costas al señor PEDRO ANTONIO HIGUERA CORREDOR, quien resultó vencido en el proceso, toda vez que el Distrito Capital – Unidad Administrativa Especial – Cuerpo Oficial de Bomberos intervino en esta instancia como parte demandada, lo que se aprecia a folios 425 y siguientes del expediente¹⁰, aplicando así el criterio subjetivo valorativo jurisprudencialmente adoptado para casos como el presente.

Reconocimiento de apoderados

En atención a que según el memorial que obra a folio 444 la demandada confirió poder para que se le represente en esta instancia sin presentación personal por parte del abogado Julio César Díaz Perdomo, no se hará el reconocimiento respectivo.

Como la demandada ha conferido poder al abogado Juan Pablo Nova Vargas para que asuma su representación en el proceso a partir del 20 de febrero de 2018, según memoriales que obran a folios 450 y siguientes del expediente, se hará el reconocimiento de personería correspondiente.

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

VI. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia del 18 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante de conformidad con las consideraciones contenidas en esta providencia. El Tribunal las liquidará.

¹⁰ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 14 de julio de 2016. Unidad Administrativa Especial de Gestión pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP contra Myriam Vicenta Burgos Castellanos. Expediente No. 3869 de 2014.

Radicado: 25000-23-42-000-2013-00826-02 (4914-2015)
Demandante: Pedro Antonio Higuera Corredor
Demandado: Distrito Capital – Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

TERCERO: RECONOCER personería al abogado JUAN PABLO NOVA VARGAS, identificado con la cédula de ciudadanía número 74.189.803 y portador de la Tarjeta Profesional número 141.112, como apoderado de la parte demandada.

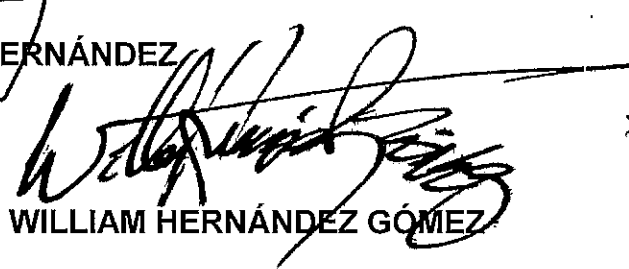
EJECUTORIADA esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ