

ACTO ADMINISTRATIVO - Causal de nulidad / VICIOS FORMALES - Infracción de las normas en que se debe fundar / VICIOS MATERIALES - No surge de la mera confrontación con el ordenamiento, nacen de la comprobación de hecho / FALSA MOTIVACION - Error de hecho o de derecho / DESVIACION DE PODER - Toma de decisión persiguiendo un fin distinto al previsto por el legislador

Al respecto estima la Sala, que se hace necesario aclarar que el vicio de desviación de poder difiere del de falsa motivación. En efecto, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo como causales de nulidad de los actos administrativos, contempla los vicios formales: de infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular y como vicios materiales: su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. La peculiaridad de los vicios materiales, a diferencia de los vicios formales, se centra en que no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento, sino que nacen de la comprobación de circunstancias de hecho, es decir, de los comportamientos concretos de la administración; por manera que la falsa motivación se traduce en aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y el desvío de poder, en 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.

INSUBSISTENCIA - Empleado de libre nombramiento y remoción / DESVIACION DEL PODER - Definición / ACUERDO POLITICO Declaratoria de insubsistencia / DESVIACION DE PODER - Uso arbitrario del poder / INSUBSISTENCIA - Obedeció al compromiso político pactado / MEJORAMIENTO DEL SERVICIO - Facultad discrecional

En este punto se torna necesario destacar, que la desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido, que el fin que este persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; de manera que este vicio, tal como se anticipó en apartado precedente, se reconoce cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, pero en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse, tal como la finalidad inherente al buen servicio, aunque en apariencia el acto parezca inobjetable, porque a simple vista en el mismo no se vislumbre violación primaria de la ley al reunir las formalidades propias que le son exigibles y se haya proferido por el funcionario competente. La búsqueda de esa intención torcida y alejada de la legalidad, impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente volitiva de las personas que representan a la administración, situación que implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulación. Debe entonces 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. Con todo lo anterior, se torna evidente el hecho de que aunque el alcalde no lo admita explícitamente, la documental - copia del texto del acuerdo -, demuestra fehacientemente, que la declaratoria de insubsistencia de varias personas que laboraban para la municipalidad, entre ellas, el ahora actuante,

obedeció al compromiso político adquirido en anterior oportunidad y no a la facultad discrecional que le asistía en aras del mejoramiento del servicio, en un palmario uso arbitrario de su poder con un fin totalmente distinto de aquel para el cual le fue conferido. En la misma comprensión, si bien es cierto, el demandante contaba con estudios de bachillerato, sin concluir los universitarios, al igual que varios cursos y experiencia laboral de varios años en la labor como almacenista, mientras que quien lo reemplazó obtuvo el título de profesional en Ingeniería de Sistemas con experiencia de 3 años y 9 meses; no lo es menos, que la finalidad del pacto, aunque pública, se tornó en totalmente ajena o diversa de aquella que el acto debió proveer según la ley, que necesariamente debió estar impulsada por las razones del buen servicio y no por el cumplimiento de un convenio de orden político que obedeció a intereses netamente partidistas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 19001-23-31-000-2001-01047-01(0407-10)

Actor: JOSÉ ANTONIO SALINAS GONZÁLEZ

Demandado: MUNICIPIO DE MIRANDA - CAUCA -

Referencia: AUTORIDADES MUNICIPALES - FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 10 de diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por el señor JOSÉ ANTONIO SALINAS GONZÁLEZ, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos por medio de los cuales la Alcaldía Municipal de Miranda - Cauca -, declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Almacenista Municipal.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor JOSÉ ANTONIO SALINAS GONZÁLEZ, instauró demanda ante el Tribunal Administrativo del Cauca, a fin de obtener la nulidad del Decreto No. 047 de 1° de marzo de 2001 expedido por el Alcalde de Miranda - Cauca-, por medio del cual se le declaró insubsistente en el cargo de Almacenista Municipal.

Como restablecimiento del derecho solicitó condenar al Municipio al reintegro al cargo que desempeñaba para el momento de la desvinculación del servicio o a otro de igual o superior categoría, sin solución de continuidad; al pago de los salarios, primas, prestaciones sociales, beneficios económicos, aumentos y demás utilidades dejadas de percibir desde el 1° de marzo de 2001 hasta su reintegro, además al reconocimiento de toda clase de gastos sustanciales, quirúrgicos y hospitalarios sufragados con ocasión de la declaratoria de insubsistencia.

Relató el actor en el acápite de **hechos** que por medio del Decreto No. 068 de 16 de Agosto de 1997 fue nombrado en el cargo de Almacenista Municipal del que tomó posesión mediante Acta de 19 de Agosto de 1997 y hasta el 1° de marzo de 2001, cuando se le declaró insubsistente.

Manifestó, que los señores Arnulfo Mostacilla Carabalí, Fernando Cardona Paz y Jairo Arana, se inscribieron como candidatos a la Alcaldía de Miranda - Cauca-, para las elecciones del 29 de octubre de 2000, en busca de ser elegidos para el período 2001-2003.

Sostuvo, que faltando 4 días para la elección del Alcalde Municipal, las personas precitadas llegaron a un acuerdo consistente en acoger al señor Arnulfo Mostacilla Carabalí como único candidato a la Alcaldía. Este último a su vez, se comprometió con los señores Fernando Cardona Paz y Jairo Arana al igual que con los movimientos "*Miranda Compromiso de Todos*" y "*Movimiento Popular Democrático*", a dirigir los destinos del Municipio en asocio con aquellos y darles participación en la administración y presupuesto del 30% para el movimiento del señor Cardona Paz y del 30% para el movimiento del señor Jairo Arana. Igualmente, que la Tesorería y la Oficina de Control Interno correspondería al

movimiento “*Miranda Compromiso de Todos*”, y que los demás cargos de dirección y jefaturas de sección serían nombrados equitativamente entre los 3 grupos de participantes; por manera, que los nombramientos en estos últimos, por ser de libre nombramiento y remoción se oficializarían una vez posesionado el señor Mostacilla Carabalí y los demás cargos se nombrarían paulatinamente a fin de evitar posibles demandas.

Señaló, que mediante el Decreto No. 047 de 1º de marzo de 2001 el electo Alcalde Municipal señor Arnulfo Mostacilla Carabalí, en cumplimiento del prementado acuerdo, en auténtica desviación de poder y vía de hecho, decidió no solo declararlo insubsistente, sino que además, lo hizo de modo colectivo respecto de varios funcionarios. Su insubsistencia le fue comunicada mediante el Oficio No. AMM 060 de la misma fecha.

Indicó, que en el cargo que desempeñaba fue nombrada una persona, quien tomó posesión y sin que exista el mejoramiento en el servicio. Por el contrario, lo que se denota es una cancelación de favores políticos y el cumplimiento de un acuerdo preelectoral del Alcalde con sus opositores.

Invoca como **normas violadas** la Constitución Política en sus artículos 2º, 6º, 25, 29, 90, 122 y 125; 5, 20, 37 y 39 de la Ley 200 de 1995; 7 y 9 de la Ley 27 de 1992; 14 y 15 del Decreto 2304 de 1989; 9, 12, 14, 15, 18, 19 y 42 de la Ley 13 de 1884; Ley 78 de 1986; 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo; 14 y 15 del Decreto 204 de 1989 y 127 del Decreto 1950 de 1973.

En síntesis insiste en que el acto acusado incurre en desviación de poder que conduce a una falsa motivación, porque fue emitido por el Alcalde, no para mejorar el servicio sino por motivos personales y políticos, sin tener en cuenta su legal posesión y experiencia acumulada en más de 6 años de labores.

Refiere, que su desvinculación es “*una insubsistencia incubierta (sic), a pesar de ser un cargo de libre nombramiento y remoción es una desviación de poder por*

falsa motivación del acto administrativo. No había lugar al adelantamiento de procedimiento disciplinario alguno, pues no hubo cargos en su contra, no se le formuló acusación alguna que debiera probarse, simplemente fue retirada (sic) del servicio por querer de la administración con fines políticos, dado que tenía el amparo de la carrera administrativa en su favor...”.

TRÁMITE DEL PROCESO

El 29 de junio de 2001 se presentó la demanda ante el Tribunal Administrativo del Cauca (Folios 31 C. Ppal.), quien el 30 de julio del mismo año solicitó copia de los actos administrativos acusados (Folios 35 C. Ppal.) y, el 15 de febrero de 2002 procedió a admitirla ordenando la fijación en lista (Folios 51 y 52 C. Ppal.). El 26 de junio de 2002 el Municipio demandado contestó la demanda (Folios 66 y 67 C. Ppal.). Ante la omisión secretarial de fijar el proceso en lista y a fin de considerar solicitud de llamamiento en garantía, el 31 de julio de 2003, se ordenó fijar el proceso en lista, previo a advertir que tanto el demandado como la Procuraduría habían dado respuesta a la demanda, motivo por el cual no se decretó la nulidad (Folios 75 y 76 C. Ppal.). El 16 de febrero de 2004 se abrió el proceso a pruebas (Folios 87 a 89 C. Ppal.) y, el 10 de diciembre de 2009 se dictó sentencia en la que se accedió a las súplicas de la demanda. (Folios 129 a 138 C. Ppal.).

El Ministerio Público propuso **llamar en garantía** al señor Arnulfo Mostacilla Carabali, en su calidad de Alcalde Municipal para la época de los hechos y quien signó el acto acusado que declaró la insubsistencia del nombramiento del demandante. (Folios 1 a 3 C. 2). Este último al descorrer traslado del llamamiento adujo que **“Es cierto que entre tres candidatos a la Alcaldía de Miranda, para el período 2001 – 2003, se suscribieron las bases de un acuerdo programático, dada la similitud de los programas de Gobierno presentados por cada uno de los aspirantes... la insubsistencia del actor obedeció a la facultad de escoger sus propios colaboradores, los cuales se designan dentro de las personas comprometidas en sacar adelante el programa de gobierno, es decir aquellas que gozan de la confianza del Alcalde...”**. (Folios 10 a 12 C. 2).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Miranda - Cauca - a través de su apoderado se opuso a las pretensiones planteadas en la demanda.

Adujo, que el cargo de Almacenista que ocupaba el actor era de manejo y confianza, por lo cual debía constituir póliza de manejo de los bienes dejados bajo su custodia. Que es de los que corresponden a los denominados de libre nombramiento y remoción; por manera, que si estos elementos no existen, la ley faculta al nominador para hacer uso de la insubsistencia.

Aceptó el hecho de que *“Los entonces candidatos a la Alcaldía de Miranda concluyeron en un acuerdo programático, en razón de la (sic) cual dos de ellos renunciaron a sus propias candidaturas, comprometiéndose a respaldar al tercero, en este caso ARNULFO MOSTACILLA CARABALI, quien a la postre resultó favorecido por la mayoría de los electores”*.

Afirmó, que el demandante no pertenecía al régimen de carrera administrativa, porque fue nombrado por la anterior administración, además era ajeno a la actividad de empalme, *“... como lo fue la totalidad de la administración anterior, por lo que se hizo necesario una vez enterada la actual administración de los asuntos a su cargo, proceder a declararlo insubsistente y nombrar alguien de su plena confianza”*.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cauca, a través de providencia de 11 de septiembre de 2007, accedió a las súplicas de la demanda decretando la nulidad del acto que declaró la insubsistencia con el consecuente restablecimiento, consistente en el reintegro del actor al cargo que ostentaba y con el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

Razonó, que el nominador con la expedición del acto de insubsistencia del actuante, no persiguió razones del buen servicio público, sino que orientó su conducta a satisfacer los compromisos políticos, de los que da cuenta la prueba documental, situación que configura la desviación de poder alegada.

De acuerdo al material probatorio se infiere que el llamado en garantía - Alcalde para la época de los hechos -, incurrió en una serie de actuaciones políticas totalmente desviadas del orden constitucional y legal que son gravemente culposas, motivo por el cual debe reintegrar al Municipio el valor total del pago de la condena impuesta.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el llamado en garantía interpuso oportunamente recurso de apelación y al efecto señaló, que está demostrado que el demandante era funcionario de libre nombramiento y remoción y que no pertenecía a la carrera administrativa, por lo que según la ley, podía ser removido en cualquier momento sin necesidad de motivar el acto administrativo que declarara su insubsistencia, como efectivamente se hizo.

Adujo, que del cotejo de las pruebas allegadas al proceso se evidencia el propósito del mejoramiento del servicio, pues el nombramiento de una Ingeniera de Sistemas en reemplazo del actor, quien era bachiller Técnico con tres y medio años de experiencia en el cargo, así lo demuestra.

Que el acuerdo allegado en fotocopia simple, constituye un indicio que no prueba la intención de desvincular al actor. El propósito del referido acuerdo era la coadyuvancia y participación en el manejo presupuestal y administrativo del Municipio, situación que no contraría la ley.

Resaltó, que no actuó en ningún momento con dolo o culpa grave; situaciones que serían motivo de investigación disciplinaria, que ha debido abordar la

Procuraduría, según lo dispone la Ley 734 de 2002. Por el contrario, adoptó las decisiones prevalido de buena fe.

De la testimonial que el accionante solicitó, no se infiere la presunta desviación de poder. Tampoco está probada la falsa motivación, pues el acto no fue motivado, precisamente porque fue expedido en cumplimiento de la facultad discrecional que le asistía.

En el escrito de ampliación del recurso agregó, que la desviación de poder no puede alegarse cuando se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción y que si bien es cierto la Ley 909 de 2004 es posterior a los hechos, la misma reglamenta el artículo 125 de la Carta Política, para permitir un manejo eficiente y responsable de las funciones del Estado tratando satisfacer el interés general y en tal medida, la desvinculación del actor no tuvo propósito diferente que el mejoramiento del servicio, respecto de la persona que lo reemplazó, quien era ingeniera de sistemas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante admitió que ejercía un cargo de libre nombramiento y remoción, pues no aparece prueba de su inscripción en carrera administrativa, lo que significa que no contaba con fuero de estabilidad y de esta manera, a la administración le asistía la facultad discrecional para removerlo, que se cristalizó con la declaratoria de su insubsistencia. Pero, las razones del buen servicio no fueron las que motivaron su retiro, sino la satisfacción de compromisos políticos que se encuentran plenamente demostrados, situación que configura la desviación de poder y la falsa motivación.

El **demandado** no allegó alegatos de conclusión en esta etapa procesal y el **Ministerio Público** no emitió concepto alguno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico planteado por la demanda se contrae a establecer la legalidad del Decreto No. 047 de 1º de marzo de 2001, expedido por el Alcalde Municipal de Miranda - Cauca, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Almacenista Municipal.

CUESTIÓN PRELIMINAR

Previo a abordar el fondo del asunto observa la Sala, que el demandante en el escrito introductorio esgrime, que la declaratoria de insubsistencia adolece de “*desviación de poder por falsa motivación del acto administrativo*”, pues fue emitido por el Alcalde guiado por motivos personales y políticos, alejado de la búsqueda del mejoramiento del servicio y con pleno desconocimiento de su experiencia acumulada en varios años labores.

Al respecto estima la Sala, que se hace necesario aclarar que el vicio de desviación de poder difiere del de falsa motivación.

En efecto, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo como causales de nulidad de los actos administrativos, contempla los vicios **formales**: de infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular y como **vicios materiales**: su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, **falsa motivación**, o con **desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió**.

La peculiaridad de los **vicios materiales**, a diferencia de los vicios formales, se centra en que no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento, sino que nacen de la comprobación de circunstancias de hecho, es decir, de los comportamientos concretos de la administración; por manera que **la falsa motivación** se traduce en aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y **el desvío de poder**, en 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.

Ahora bien, como la glosa planteada por el accionante, se fundamenta en la existencia del acuerdo preelectoral al cual dio cumplimiento el alcalde electo, situación que se tradujo en su despido, sin que con el mismo se persiguiera el mejoramiento del servicio; es incuestionable, que el vicio alegado respecto del acto acusado, no es otro que su emisión incurriendo en los predios de una desviación de poder. A lo que se debe agregar, que no es posible alegar la falsa motivación respecto de un acto administrativo, que como en este caso, formalmente carece de ella.

Bajo esta óptica es que la Sala solo abordará el análisis de la desviación de poder, como causal esgrimida en contra del acto acusado, no así la de falsa motivación.

DEL FONDO DEL ASUNTO

En esta dirección procede el análisis de los elementos probatorios que reposan en el expediente, que permitan determinar si efectivamente se configuró el desvío de poder que permita predicar la legalidad del acto de insubsistencia.

LO PROBADO EN EL PROCESO

Reposa en el expediente copia del Decreto No. 068 de 16 de agosto de 1997, por el cual el entonces Alcalde Municipal de Miranda - Cauca, nombra al demandante para desempeñar el cargo de Almacenista Municipal. (Folio 39 C. Ppal.). Y copia del Acta de Posesión de 19 de agosto de 1997. (Folio 9 C. Ppal.).

Se aprecia copia simple del **“ACUERDO POLÍTICO”**, de 25 de octubre de 2000, signado por los señores Arnulfo Mostacilla Carabalí, Jairo Arana y Fernando Cardona Paz, en el que se convino:

“1. Acoger el nombre del señor ARNULFO MOSTACILLA CARABALI, como candidato único a la Alcaldía Municipal de Miranda para el periodo constitucional 2001-2003 o 2004 si el Congreso Nacional modifica los periodos. 2. A su vez el señor ARNULFO MOSTACILLA se compromete con los señores FERNANDO

CARDONA PAZ, JAIRO ARANA y los movimientos “Miranda Compromiso de Todos” y “Movimiento Popular Democrático” a dirigir los destinos del Municipio de Miranda en socio con los citados señores y movimientos y darles una participación en la administración y presupuesto, del 30% para el Movimiento del señor Cardona Paz y 30% para el Movimiento del señor Jairo Arna. 3. La Tesorería y la oficina de Control interno corresponderán al Movimiento “Miranda compromiso de Todos” y el señor Fernando Cardona Paz, comprometiéndose que para la elección, el movimiento presentará terna de personas idóneas. 4. Los demás cargos de dirección y jefaturas de Sección, serán nombrados equitativamente entre los tres grupos participantes de este proceso de unión, excepto el despacho del señor Alcalde el cual en su totalidad quedará bajo su libre nombramiento.- En todas las dependencias se contará con representación de los tres movimientos. 5. Los nombramientos de los jefes de Sección y Dirección, se oficializarán una vez se haya posesionado el señor Mostacilla, por ser de libre remoción y nombramiento, los demás cargos se harán paulatinamente para no ocasionar posibles demandas. 6. Los programas de gobierno de los señores Cardona y Arana, se fusionará con el programa del señor Mostacilla, para así darle cumplimiento a las expectativas de los señores ex candidatos. 7. En caso de renuncia, licencia, despido o incapacidad permanente, se encargará del despacho al señor FERNANDO CARDONA o al seños JAIRO ARANA y en las eventuales a cada uno de los miembros del gabinete, siempre rotando entre los diferentes movimientos. 8. Este proceso que se inicia, se rotará equitativamente en los tres periodos venideros únicamente con candidatos de los tres movimientos concordantes. 9. Los concejales de los tres movimientos, contarán con la misma participación concordatoria que se estipula en este documento, en el presupuesto Municipal asignándose de todas formas entre las tres grandes zonas en que se encuentra dividida nuestra geografía municipal, es decir zona Alta, Zona Plana y Zona Centro, dándosele la misma participación tanto en cargos como en presupuesto. 10. El señor Mostacilla también se compromete a darle un manejo transparente a la administración, con participación y toma de decisiones con la comunidad y los concejos comunitarios. Este documento que hoy firmamos, es fiel reflejo de nuestra voluntad y la de los grupos, los cuales llegamos a un entendimiento de que solo no podemos, unidos sí. Rescatemos a Miranda de la corrupción y la tiranía.- Que Dios ilumine esta decisión”. (Folio 16 y 17 C. Ppal.).

Igualmente aparece el Decreto No. 047 de 1º de marzo de 2001, emitido por el Alcalde Municipal, señor Arnulfo Mostacilla Carabalí, en virtud de la cual el demandante, fue declarado insubsistente del cargo de Almacenista Municipal y en su lugar se nombra a Cintya Lorena González Gómez. Esta decisión fue comunicada al actor por medio del Oficio AMM 060 de la misma fecha (Folios 40 y 41 C. Ppal.).

En testimonio rendido el 2 de junio de 2004, el señor Arnulfo Mostacilla Carabalí, quien fungió como Alcalde de Miranda - Cauca y signó el acto de destitución del demandante, admitió que “... yo no hice el nombramiento del citado señor JOSE ANTONIO SALINAS, él fue nombrado en una administración anterior... no puedo

precisar la fecha de su posesión, por cuanto él fue nombrado en administración anterior... **Es cierto que el suscrito y también los señores FERNANDO CARDONA PAZ y JAIRO ARANA, nos inscribimos como candidatos a la Alcaldía Municipal de Miranda, Cauca, para el Período 2001-2003...** Los señores JAIRO ARANA y FERNANDO CARDONA PAZ, optaron por respaldar el nombre y la candidatura a la Alcaldía Municipal de Miranda, Cauca, al suscrito **ARNULFO MOSTACILLA CARABALI, por cuanto consideraron que era la opción viable,** y lo que sí vale la pena clarificar, es que esos porcentajes de que habla la demanda por intermedio del apoderado del demandante, no eran personales, sino que se demostrara en el desarrollo de la administración fuera equitativa la distribución del presupuesto municipal, pero en cuanto a aplicación al beneficio comunitario en el orden de la inversión social, que fue lo que realmente durante el transcurso de mi administración se hizo, y que se puede demostrar con la aplicabilidad de las obras y los documentos que lógicamente sustentan esa inversión... en ningún momento yo hice aplicación al despido masivo de funcionarios de la Alcaldía Municipal, por cuanto no era procedente; **de otro lado, por orden de ley del Gobierno Nacional, se habló de la obligación de reestructuración que debían hacer los municipios, y fue así como conjuntamente con el Honorable Concejo Municipal, a través de un Acuerdo y acatando la ley, se hizo una reestructuración de personal de la administración y fue así como bajo esos parámetros se optó por licenciar a algunas personas que entre otras cosas, no fue en forma masiva o a todo el mundo...** El nombramiento de la señora CINTIA LORENA GONZALEZ GOMEZ, fue realmente para mejorar el servicio, debido a que como primera medida mientras que el anterior Almacenista no tenía perfil profesional, la señora CINTYA LORENA, sí tenía el perfil profesional requerido para el cargo; en segundo lugar, es entendido que el Almacén de un Municipio es como el motor de la administración y cuando yo llego a la Administración no habían A-22, y por ende tampoco A-23; no había un archivo consolidado, y así por el estilo, muchas otras cosas de importancia, como conocer la aproximación, por no decir su totalidad, de los bienes raíces del municipio, y con la nueva funcionaria, yo como representante de la administración logré superar esos impases; lo que indica que no fue hecho el nombramiento para cumplir un compromiso político". (Folios 59 y 60 C. 3).

De igual manera, reposa el testimonio que el 8 de julio de 2004, rindió el señor Jesús Antonio Oviedo quien manifiesta conocer al actor, pero que no le consta

nada referente al acuerdo político al que llegaron los candidatos a la Alcaldía de Mirada, ni conoce lo relativo a los motivos del despido y al mejoramiento o no del servicio. (Folios 33 y 34 C 3).

Se observa además, certificación de 18 de julio de 2012, emitida por la Secretaría de Talento Humano y Servicios Administrativos del Municipio de Miranda - Cauca, que en respuesta a auto de mejor proveer, da cuenta que revisado el acto de nombramiento del demandante en el cargo de Almacenista Municipal, *“No existe la calidad del nombramiento”*. (Folio 228 C. Ppal.).

Por su parte la Comisión Nacional del Servicio Civil, el 8 de agosto de 2012, informa al Despacho que dentro del proceso de selección en la Convocatoria 001 de 2005, el Municipio de Miranda - Cauca, no tiene reportada la denominación Almacenista. Además, que dicha Convocatoria *“... para la provisión de los cargos de carrera Administrativa del Sistema General inició en el año 2005, por lo que no se pudo generar una lista de elegibles en el año 2001 conformada en el proceso de selección, cuando ésta aún no había iniciado”*. Luego, el 27 de agosto de la presente anualidad informa, que una vez consultada la base de datos, **no encontró que el actor estuviera inscrito en el Registro Público de carrera Administrativa**. (Folios 233 y 235 C. Ppal.).

Reposa la hoja de vida del actor que da cuenta del inicio de estudios profesionales sin culminar, al igual que varios cursos, entre ellos de almacenista, en sistemas y en análisis estadístico con experiencia de 9 años y 3 meses de los cuales 6 años en el cargo de Almacenista Municipal. (Folios 131 a 135 C.3).

Por su parte la hoja de vida de la persona que lo reemplazó informa que obtuvo el título profesional como Ingeniera de Sistemas con experiencia de 3 años y 9 meses. (Folios 43 a 49 C. Ppal.).

ANÁLISIS DEL CARGO

El actor fundamenta su reproche en contra del acto de insubsistencia, en la desviación de poder, en la que en su sentir, incurrió el entonces Alcalde Municipal de Miranda, que se vislumbró en la intención particular de darle cumplimiento al pacto preelectoral que suscribió con sus opositores y que culminó con el nombramiento de una persona con menor mérito para ocupar el cargo, situación que a su vez redundó en el no mejoramiento del servicio.

En este punto se torna necesario destacar, que la desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido, que el fin que este persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; de manera que este vicio, tal como se anticipó en apartado precedente, se reconoce cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, pero en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse, tal como la finalidad inherente al buen servicio, aunque en apariencia el acto parezca inobjetable, porque a simple vista en el mismo no se vislumbre violación primaria de la ley al reunir las formalidades propias que le son exigibles y se haya proferido por el funcionario competente ¹.

La búsqueda de esa intención torcida y alejada de la legalidad, impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente volitiva de las personas que representan a la administración, situación que implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulación. Debe entonces 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.

Pues bien, infiere la Sala luego del análisis del material probatorio obrante en el expediente, que los señalamientos del demandante encuentran asidero más que suficiente, que habilita la configuración del vicio en estudio.

¹ GÓMEZ, Gustavo. Derecho Administrativo. Segunda Edición. Bogotá D.C.: ABC Editores Librería Limitada, 2004, p.415 - 420.

En efecto, los elementos de juicio aportados acreditan, que el nombramiento del actor se produjo en agosto de 1997 por el entonces Alcalde Municipal de Miranda - Cauca, en el cargo de Almacenista Municipal, que era de libre nombramiento y remoción. Además, que el nuevo alcalde electo para el período 2001 - 2003, de consuno con sus entonces contrincantes en aquellos comicios electorales efectivamente, el 25 de octubre de 2000, suscribió un acuerdo en el que se comprometió a darles "*participación en la administración y presupuesto*", aunque en su testimonio, no aceptó de manera expresa, que a la sazón del referido convenio se había comprometido con sus oponentes a concederles la aludida participación. Y en efecto, fue así como el 1° de marzo de 2001, declaró insubsistente no solo el nombramiento del actor sino además el de varios de los empleados de la Administración ², en el mismo mes y en los meses de enero y febrero, para en su lugar nombrar a sus reemplazos.

Con todo lo anterior, se torna evidente el hecho de que aunque el alcalde no lo admita explícitamente, la documental - copia del texto del acuerdo -, demuestra fehacientemente, que la declaratoria de insubsistencia de varias personas que laboraban para la municipalidad, entre ellas, el ahora actuante, obedeció al compromiso político adquirido en anterior oportunidad y no a la facultad discrecional que le asistía en aras del mejoramiento del servicio, en un palmario uso arbitrario de su poder con un fin totalmente distinto de aquel para el cual le fue conferido.

En la misma comprensión, si bien es cierto, el demandante contaba con estudios de bachillerato, sin concluir los universitarios, al igual que varios cursos y experiencia laboral de varios años en la labor como almacenista, mientras que quien lo reemplazó obtuvo el título de profesional en Ingeniería de Sistemas con experiencia de 3 años y 9 meses; no lo es menos, que la finalidad del pacto, aunque pública, se tornó en totalmente ajena o diversa de aquella que el acto debió proveer según la ley, que necesariamente debió estar impulsada por las razones del buen servicio y no por el cumplimiento de un convenio de orden político que obedeció a intereses netamente partidistas.

² Folios 105, 113, 116, 117 a 122, 124, 126 C. 3

Refuerza lo anterior, que tal como lo establece el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, 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; por manera entonces, que la discrecionalidad de la administración de ninguna manera puede tornarse en arbitrariedad ni en hermenéutica de los fines de la administración, por el contrario, debe ajustarse a los postulados de la proporcionalidad. Al punto que una decisión, que como en este caso es palmariamente inoportuna e inconveniente para el interés general, en consideración a su tinte eminentemente burocrático, se convierte en una manera de negar la vigencia del orden pre establecido, en razón de que resulta ser desproporcionada. Y es que no puede ser de otra manera, porque aunque la facultad de libre nombramiento y remoción respecto de los funcionarios públicos no inscritos en carrera administrativa, otorga al nominador la prerrogativa de su desvinculación en cualquier momento, la misma no puede ser desproporcionada hasta el punto de nombrar reemplazos para satisfacer intereses políticos previamente pactados.

En esta dirección, se tiene entonces, que prospera el cargo de desviación de poder esgrimido por el demandante en contra del acto acusado y en consecuencia se impone para la Sala la confirmación de la sentencia apelada.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada de 10 de diciembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso promovido por el señor JOSÉ ANTONIO SALINAS GONZÁLEZ contra el Municipio de Miranda - Cauca y en su lugar,

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO