

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA — SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D. C., abril dieciséis (16) de dos mil nueve (2009).
Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
Radicación N° 440012331000200400162 02 (0219-08)
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS
DEMANDADO: CORPORACIÓN AUTÓNOMA DE LA GUAJIRA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia de 12 de septiembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, dentro del proceso instaurado por EDUARDO LUBO BARROS contra la Corporación Autónoma de la Guajira.

ANTECEDENTES

El accionante, instaura demanda contra la Corporación Autónoma de la Guajira, para que se declare la nulidad de la Resolución ordinaria 03688 de diciembre 17 de 2003 expedida por la Dirección General, que ordenó su insubsistencia en el cargo de Secretario General Código 0037, Grado 16 de la misma entidad.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la Corporación Autónoma Regional de la Guajira, reconocer y pagar los salarios, bonificaciones y demás prestaciones sociales que corresponden al cargo que ejercía el actor, con los incrementos de ley debidamente ajustados desde la fecha de la insubsistencia hasta que se produzca el pago ordenado por la sentencia, sin solución de continuidad.

Expresa que ingresó a la Corporación Autónoma Regional de la Guajira el 19 de diciembre de 2001 para desempeñar el cargo, código y grado anteriormente mencionados, sirviendo con idoneidad hasta la fecha de su retiro el 17 de diciembre de 2003, sin que se hubieren registrado antecedentes de ninguna naturaleza en su contra, agrega además, que fue objeto de reconocimiento por parte del Consejo Directivo por su desempeño en el periódico institucional.

Señala que con la expedición del acto administrativo acusado se violan los fines estatales y administrativos de los artículos 2 y 209 de la Constitución Nacional, por presentarse desvío de poder en el ejercicio discrecional de las competencias administrativas, al haber usado el superior, la facultad de libre nombramiento y remoción sin responder a los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

Resalta que este acto administrativo igualmente contraría la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que ha establecido que *"no hay en el estado de derecho facultades absolutamente discrecionales, porque ello eliminaría la constitucionalidad, la legalidad y el orden justo de los actos en los que se desarrolla y acabaría con la responsabilidad del Estado y sus funcionarios"*

Acusa que los móviles que condujeron a la expedición de este acto administrativo no solamente son ajenos al cumplimiento de los fines Estatales y administrativos, sino que por el contrario se fundamentan en intereses personales y políticos. Afirma que habiendo superado satisfactoriamente las pruebas para acceder al cargo de Director General de Corpoguajira y luego de recibir el apoyo de un sector gremial con asiento en el Consejo Directivo, se convirtió en un fuerte aspirante, desatando con ello la rivalidad política que finalmente terminó con su retiro de la Corporación, al tiempo que destaca la conveniencia del mismo para poder aprobar

la convocatoria 003 de 2003, que había sido rechazada por no cumplir con todos los requisitos legales, situación que se evidencia en el reemplazo del texto original de rechazo por uno que otorga un término de tres días para allegar información, cuando la carencia de la misma era causal de rechazo.

Afirma que con su retiro y el nombramiento sucesivo de varios secretarios por periodos de tiempo muy cortos se vio afectada la calidad del servicio, situación que se evidencia en la negativa del plenario para aprobar actas que adolecían de deficiencia, teniendo el mismo que nombrar una comisión para corregir estos vicios, situación que desvirtúa el mejoramiento en el servicio como hecho justificante de su retiro.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Corporación Autónoma Regional de la Guajira contesta la demanda, esgrimiendo que la petición de nulidad de la Resolución ordinaria 03688 de diciembre 17 de 2003, que declara la insubsistencia del actor, y de donde se desprenden los demás cargos, debe ser desestimada. Precisa que quien ejerce un cargo de libre nombramiento y remoción puede ser removido en cualquier momento en que la entidad nominadora lo estime conveniente, por ser una facultad discrecional de la misma, siempre que no se trate de personas amparadas por algún fuero de estabilidad.

Considera la demandada que el actor trata de confundir a la contraparte y a los magistrados al señalar en el libelo interpretaciones distintas a las realmente hechas por la sentencia SU-250 de 1998, que incluye a la declaratoria de insubsistencia dentro de los actos que no deben motivarse cuando se trate de empleados de libre nombramiento y remoción.

Frente al desempeño competente del empleo como criterio que respaldara su permanencia en el mismo, la parte demandante presenta jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la que se analiza que la idoneidad en el desempeño del cargo no es factor de estabilidad, ni obstáculo para que la administración ejercite la facultad que le ha sido asignada por ley.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira en providencia del 12 de septiembre de 2006, negó las súplicas de la demanda al considerar que el nominador contaba con la discrecionalidad para disponer del cargo por tratarse de aquellos de libre nombramiento y remoción, haciéndose necesario para atacarlo que se alegue desviación de poder, situación que debe aparecer plenamente demostrada en el plenario, pues el acto en principio está investido por una presunción de legalidad.

Respecto a la idoneidad en el desempeño del cargo el tribunal coincidió en que esta no es factor de estabilidad en los cargos de libre nombramiento y remoción, al tiempo que concluyó que el informe jurídico que rechaza la propuesta y su posterior aceptación, no son suficientes para demostrar que esta fue una de las causas determinantes de la separación del empleo.

En cuanto al cargo del no mejoramiento del servicio con el nombramiento de sus sucesores, consideró el Tribunal que estos fueron provisionales, sin que la administración haya tenido la intención de nombrarlos definitivamente, además que la sola afirmación del demandante sobre la carencia del perfil para ocupar el cargo no es prueba del hecho.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó el recurso de alzada contra la providencia de instancia, manifestando que su inconformidad se dirige en los siguientes aspectos:

Existencia probada de la modificación al informe de rechazo de la propuesta en fecha posterior a la desvinculación del actor.

Argumenta el demandante que tanto el ministerio público en su concepto como el Tribunal en la

sentencia dejaron de advertir la existencia en el proceso de la prueba que da fe de este hecho, y que fue aportada por él mismo, así como erraron al enfocar la prueba oficiosa en las publicaciones y modificaciones realizadas en la página web.

Condiciones anormales y fallas en prestación del servicio luego de la desvinculación del actor.

Acusa al Ministerio Público y al Tribunal de no enfocar adecuadamente las pruebas documentales, que a su juicio demuestran las falencias y la inestabilidad en la prestación del servicio, además que uno de los designados incumplía los requisitos mínimos exigidos en el manual de funciones para el desempeño del cargo.

La calidad de elegible del actor para competir por el cargo de Director General de la Corporación.

Considera el actor que la idoneidad para ocupar el cargo, unido a la intención de voto de un gremio con ascendencia en el Consejo Directivo, despertaron intereses políticos que terminaron con su retiro del cargo. Reitera que la discrecionalidad de la remoción no es absoluta en el estado social de derecho, y por tanto la conducta del nominador debió tener una valoración de conveniencia y oportunidad por parte del Director General.

Concluye el actor que el Tribunal omitió la valoración en conjunto de las pruebas que reposan en el expediente, refutó argumentos ajenos a la demanda, concedió fuerza demostrativa a pruebas impertinentes, echó de menos la prueba indiciaria que en este caso la doctrina y la jurisprudencia reconocen de vital importancia para demostrar la desviación de poder, por tratarse de un motivo oculto que implica desentrañar la intención del nominador.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Solicita se confirme el fallo de primera instancia que denegó las suplicas de la demanda, al considerar que:

1. No hay soporte documental que denote la presunta alteración del informe evaluativo suscrito por el accionante, quien además no señala en concreto en que consisten las mismas, sin que sea dable como el lo afirma extraerlas de la comparación de su informe y la información publicada en la página Web.
2. No se encuentra probado que los asistentes a las sesiones ordinarias del Consejo Directivo de Corpoguajira hayan demostrado inconformidad por la deficiencia en la elaboración de las actas. Considera que la designación de dos secretarios generales en el lapso de un mes, no es prueba de que se haya desmejorado el servicio o de que se haya presentado un desempeño anormal del servicio público.
3. No prueba el recurrente el interés político y personal del Director General de la Corporación conforme lo exige el artículo 177 del C.P.C. Considera que de acuerdo a los resultados del concurso de méritos otras personas estaban en las mismas condiciones de elegibilidad de este.
4. Finalmente no prueba los hechos que pretende hacer valer como indicios en los que sustenta la existencia de la desviación de poder, requisito que exige el artículo 248 del C.P.0

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado consiste en definir si el acto administrativo demandado, se expidió con desviación de poder, o por el contrario se ajustó a derecho, por lo tanto, es preciso analizar las pruebas que obran en el plenario, para determinar si ellas demuestran el vicio que se le atribuye al acto acusado.

Según el actor no fueron razones de buen servicio las que motivaron su retiro de la entidad, sino que por el contrario, el acto administrativo cuestionado obedeció a razones políticas porque un día antes de su desvinculación recibió el apoyo de un grupo gremial con representación dentro del Consejo Directivo. Añadió que su salida desmejoró el servicio por

que fue necesario que se designaran dos secretarios generales en dos meses, y se nombrara como secretario ad hoc un miembro del Consejo Directivo.

Es de vital importancia resaltar en el estudio que el actor desempeñaba un cargo de confianza y manejo (Secretaria General), que su vinculación se realizó bajo la modalidad de empleado de libre nombramiento y remoción, es decir, que podía ser retirado del servicio sin la exigencia expresa de motivar el acto de desvinculación.

Sin embargo debe advertirse que esa potestad administrativa se encuentra sometida al principio de mesurabilidad, vale decir, que no puede convertirse en un poder indefinido ni ilimitado, su marco en un Estado Social de Derecho, son los valores y principios de la Constitución en primer lugar, (artículos 6, 121 y 122 de la Carta Política) y en segundo lugar, el cumplimiento de los fines específicos que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico, de ahí que el juez al decidir un caso concreto, deba aplicar la teoría de la apreciación de la oportunidad de decidir¹

De acuerdo a lo precedente esa limitación de la discrecionalidad está directamente relacionada con las decisiones más convenientes al bien común y concretamente al buen servicio. Este último concepto se entiende como el interés general, dado que este tiene por fin dar satisfacción a una necesidad de "interés de la comunidad" hacia donde está o debe estar dirigido, lo contrario sería arbitrariedad.

Ahora bien, cuando se alega la causal de desviación de poder, debe demostrarse que el funcionario u órgano actuó por fuera de los parámetros señalados, por ende la carga de la prueba radica en el actor (Art. 177 C.P.C.)

De lo probado en el proceso

Eduardo Antonio Lubo Barros, abogado, ingresó a la Corporación Autónoma Regional de la Guajira, el 19 de diciembre de 2001, como Secretario General hasta el 17 de diciembre de 2003.

Se demostró la inexistencia de antecedentes disciplinarios (fl. 16 cdno #2), investigaciones fiscales (fl. 17 cdno #2), antecedentes judiciales y la distinción de que fue objeto por el Honorable Consejo Directivo (fl. 20 ídem)

Se anexó también la lista de elegibles del Concurso de méritos adelantado para la escogencia del Director de la Corporación Autónoma de la Guajira, en donde se observa que el actor ocupó el puesto 3 con 78.7% (fl.

¹ Radicado 464 de 11 de febrero de 1991, M.P. Álvaro Lecompte Luna; actor, Miguel Angel Bernal González

22 ídem) y documentos varios sobre la convocatoria y las actas del Consejo Directivo sobre el tema.

Fotocopia de las evaluaciones jurídicas de las convocatorias 002 y 003 de 2003, para la ejecución de los convenios administrativos celebrados entre la Corporación y los municipios de Barrancas y Manaure respectivamente.

Finalmente obran testimonios que relatan unos hechos sobre el proceso de elección, que no son relevantes en la demostración de la causal alegada

Sobre estas pruebas fundamenta el demandante la desviación de poder así:

Existencia probada de la modificación al informe de rechazo de la propuesta en fecha posterior a la desvinculación del actor.

En primer lugar debe indicar la Sala, que las probanzas allegadas para demostrar el cargo no demuestran claramente la alteración señalada por el actor, porque si bien se encuentran las

observaciones jurídicas hechas en su calidad de Secretario General según señala en el libelo y en el recurso (fls. 28-32), no pudo observarse la alteración que sobre ellas se hiciera y que según el demandante es visible en la página web, porque las copias remitidas al proceso muestran un fondo negro en el que no se percibe nada. Sin embargo, debe señalarse que dentro de la copia auténtica de la convocatoria 003 de 2003 allegada al expediente, aparece otra evaluación jurídica sobre la cual no se tiene la certeza de su publicación en la página web porque no hay constancia de la misma, solo unas copias que llevan a la confusión de cuales eran las originales, porque las primeras señaladas (fls. 28-32) no tienen firma y las segundas, si (fls. 171-174). Así mismo se lee a lo folios 27 y 174 sobre la calificación jurídica de la misma convocatoria, el mismo resumen que rechaza las dos propuestas calificadas y rubricadas por el actor.

Ahora bien, aún cuando lograra demostrarse tal situación, el demandante no prueba el nexo causal entre tal variación y la declaratoria de insubsistencia. La situación así descrita genera diversos tipos de investigaciones, entre otras, disciplinaria, penal, posiblemente fiscal para los funcionarios implicados, pero no demuestra la incidencia que tal situación pudiera tener en el cargo planteado, por lo tanto, no habrá de prosperar.

Condiciones anormales y fallas en prestación del servicio luego de la desvinculación del actor.

Sustentada en las deficiencias y falencias surgidas en la prestación del servicio luego de su retiro, que se concretan en la falta de aprobación de las actas y en los sucesivos encargos de la Secretaría General, entre ellos a un funcionario que según el Manual de Funciones no cumplía requisitos.

La falta de aprobación de las actas del Consejo las analiza el recurrente con el acta No. 10 de 30 de diciembre de 2003, en la que consta que en el punto # 3 se sometieron a consideración y no se aprobaron las de 16 y 19 de diciembre, por estar muy resumidas, por lo tanto se conformó una comisión de la Asamblea para su elaboración, aprobación y firma (fl. 56)

Esta circunstancia per sé no evidencia el desmejoramiento del servicio, pues tales circunstancias pueden presentarse en el transcurso laboral y en el día a día administrativo, entre otras cosas porque los funcionarios eran nuevos, y debían ajustar los estilos a los requerimientos de los Consejeros, sumado a ello, debe considerarse que dichas actas fueron presentadas en una misma sesión para su aprobación. Por otra parte, no se leen inconformidades o mociones por este u otros conceptos por parte de los miembros del Consejo, hacia el Secretario General encargado.

En lo que se refiere a los encargos sucesivos, que al decir del apelante conducen "*al no mejoramiento del servicio o de las condiciones para su prestación normal*" debe decir la Sala, que lo demostrable en esta causal es el desmejoramiento del servicio y no el "*no mejoramiento*" del mismo. Concretamente en el sub lite, una vez se declara insubsistente al actor, se designa para el empleo al señor Alvaro Gnecco Rodríguez, quien es encargado de la Dirección General por suspensión que hiciera la Procuraduría al titular, lo que hizo necesario mientras se definía el nombramiento en propiedad del Director, se apoyara con otra persona en la Secretaría General. Finalmente en ese cargo se deja por el periodo al Sr. Gnecco Rodríguez, de quien no se discute la idoneidad y sobre quien sino cumplía requisitos debía enfilarse la impugnación, habida cuenta que el encargo de los señores Rodrigo Pacheco y José Eliseo Vanegas, Secretarios que lo reemplazaron, fue por muy corto tiempo y no se demostró que con su ejercicio público se hubiera desmejorado el servicio. En esas condiciones este argumento tampoco conlleva la prosperidad del cargo.

La calidad de elegible del actor para competir por el cargo de Director General de la Corporación.

Sustentada en que al ser un fuerte aspirante a la Dirección General, se despertaron diversos intereses políticos y personales que concluyeron en su insubsistencia.

Obran en el acervo probatorio varios documentos que dan fe sobre el concurso de méritos adelantado por la ESAP, para la escogencia del Director General de la Corporación Autónoma

de la Guajira "CORPOGUAJIRA". Al folio 22 del cdno ppal, se encuentra un oficio del Director de la ESAP, que comunica el resultado de la convocatoria señalando un orden de elegibles de acuerdo al puntaje obtenido, en donde el demandante se ubica en el tercer puesto con 78.7%.

La anterior situación, el apoyo que le diera el gremio de ganaderos a su candidatura, la proximidad de la elección, la salida del Director y el cambio de Consejero, propiciaron el clima para que lo declararan insubsistente, y según el actor conducen a demostrar indiciariamente la desviación de poder.

El informe de la Procuraduría deja claro que de los cinco aspirantes, 4 eran funcionarios de CORPOGUAJIRA, y solo el señor Augusto Ramos no lo era (fls. 324,325); lo que contraría uno de los argumentos que fundamenta el ataque del acto demandado, fincado en que su aspiración fue la causa real de su desvinculación, porque en iguales condiciones se encontraban los otros 3 aspirantes empleados de la Corporación. Por otro lado, el número de miembros que hacía parte del Consejo Directivo de la Corporación era de 12-según se extrae de las actas allegadas-, por lo tanto, el respaldo inicial de un gremio con asiento en el Consejo Directivo, no amenazaba a simple vista la estabilidad del cargo de Secretario General que ostentaba.

Si bien, todas las circunstancias relatadas por el actor se enmarcan como componendas políticas y manejos burocráticos, no hay argumentos sólidos que lleven a la Sala a concluir que el acto administrativo cuestionado fue proferido con desviación de poder, y solo cuando está fehacientemente demostrada esta causal, puede prosperar. Los indicios son medios de prueba indirectos, que deben ser analizados por los jueces a través de las reglas de la ciencia, de la lógica y de la experiencia (las de la sana crítica) y de donde un hecho probado se infiere, relaciona o deduce de manera lógica la existencia de otro, vale decir, a un hecho probado se le infiere un hecho indicado. En el sub judice no lograron los indicios planteados, tal y como se analizó, demostrar la desviación de poder, no se enlazaron en la causalidad para desvirtuar las razones del buen servicio.

Finalmente la Sala debe agregar, que el correcto desempeño en el empleo, la buena conducta, la inexistencia de antecedentes, son obligaciones de los funcionarios públicos en el ejercicio de la función, por lo tanto, no se convierten autónomamente en una causal de estabilidad del cargo. Así las cosas, se confirmará la decisión del a quo.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia de 12 de septiembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que NEGÓ las pretensiones del proceso promovido por EDUARDO LUBO BARROS, contra la Corporación Autónoma Regional de la Guajira "CORPOGUAJIRA"

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN
Ausente

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO