

DESVIACION DEL PODER – Concepto. Configuración / MOVILES POLITICOS – No demostrados / DESMEJORAMIENTO DEL SERVICIO – Tratándose de cargo directivos se ciñen por unos requisitos mínimos que quien reemplazo al demandante no los cumplía / DESVIACION DEL PODER – Se nombra a una persona que no llena requisitos mínimos en reemplazo de un profesional de alto perfil profesional / MEJORAMIENTO DEL SERVICIO – Se configura la desviación del poder / INSUBSISTENCIA – Desvirtuada por configurarse la desviación del poder

“si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general ese acto sería ilegal por desviación de poder. Ahora bien el legislador puede haber previsto, ya sea expresa o tácticamente, una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, caso en el cual si el funcionario busca otra finalidad, así sea esta última de interés general, el acto será ilegal”. Se tiene entonces, que para la desviación de poder debe existir una ley que fije o determine el fin así como la demostración de la desviación del dicho fin. De tal manera, que el elemento normativo así como el criterio subjetivo de quien expide el acto constituyen dos elementos en el entendido de esta institución, y hacen que el interés general sea definible o, cuando menos, constatable en sede de control. En el aspecto subjetivo trasciende a las personas naturales que llevan su representación, es decir en la subjetividad del autor del acto, que implica desde luego la demostración del *inter desviatorio* para quien lo alega como causal de anulación. En materia burocrática *“la discrecionalidad”* se ha convertido en sinónimo de libertad hasta llegar en algunos casos al límite de la arbitrariedad, dado que estos actos no tienen por regla general una motivación expresa, lo que de contera no significa que no la tengan. Cuando con fundamento en la facultad discrecional se toman decisiones como en el caso de los cargos de libre nombramiento y remoción, la razón presunta es el buen servicio y en este sentido, debe el demandante -que considera que ello no ha ocurrido-, demostrar en el proceso que el fin perseguido por la Administración difiere diametralmente de la mejora en la prestación de los servicios públicos a su cargo. Sin embargo, estas circunstancias no demuestran en sí mismas los móviles políticos que quieren enrostrarle al acto enjuiciado, de hecho los declarantes no tienen conocimiento sobre el mismo, niegan tal circunstancia, de manera que al no estar probada tal afirmación se queda solamente en el rango de las conjeturas y de la percepción personal. Por el contrario, se advierte en todas las declaraciones como se dijo, que no había un ambiente amable respecto de su gestión, lo que generó distanciamiento y afectó el ejercicio de la función pública. Esta circunstancia en categorías de empleos como lo es, el de libre nombramiento y remoción, diluye un elemento fundamental llamado confianza. Este es un aspecto subjetivo que es connatural al empleo y entraña el carácter personal que se predica de esta modalidad de vinculación, que redundaría sin duda en la buena marcha de la administración y que se refleja fundamentalmente en el grupo directivo y asesor, amén de otros aspectos regulados como la preparación, el conocimiento, etc, que son medibles y verificables con el Manual de funciones, de tal suerte, que si éste elemento se pierde, le asiste discrecionalidad al nominador para su provisión o remoción como atribución necesaria en el logro de los fines institucionales. La hoja de vida de la señora Sonia Lucía Rosero Jiménez, quien fue nombrada en el cargo que ostentaba Franco Ferro, como Decana de Programa de Docencia, para el cual según el Manual de Funciones se exige un título universitario en área afín al programa y experiencia docente de dos años por lo menos en Educación Superior y haber ejercido la profesión por el mismo lapso con excelente reputación moral y buen crédito. La señora Rosero Jiménez, es bibliotecóloga de profesión, con especialización en gerencia de proyectos, según se desprende de su hoja de vida que aunque

no está acompañada de los diplomas respectivos, como fue suministrada por la entidad demandada la Sala dará total credibilidad a lo allí expuesto; con una experiencia en el servicio público de 2 años y 6 meses y en el sector privado de 9 años y como trabajadora independiente de 4 años, para un total de 15 años, 6 meses. Como docente, acredita según la misma hoja de vida, un año de servicio, en el área de humanidades (literatura y artes) en la Universidad Industrial de Santander, no más, cuando la norma exigía 2 años cuando más en educación superior; lo que demuestra, que la entidad incumplió su propio reglamento al no exigirle a la señora Sonia Lucía Rosero Jiménez el respeto de los requisitos mínimos contemplados en el Manual de Funciones para ocupar el cargo de Decana del Programa de Docencia, Unidad Administrativa. Debía entonces la entidad demandada como mínimo demostrar ante el Juez, que la persona que fue nombrada en reemplazo del señor Jesús Álvaro Franco Ferro, llenaba los requisitos exigidos por la misma institución para ocupar el cargo, habida cuenta que el incumplimiento de su preceptiva evidencia que el acto demandado no persiguió las razones del buen servicio y en cambio si, desbordó el juicio de proporcionalidad que conlleva tal decisión, para hacer prosperar el cargo de desviación de poder, al nombrar como se insiste, a una persona sin el lleno de requisitos, en reemplazo del actor que era un funcionario con un alto perfil profesional, que mezclaba la preparación académica con la experiencia laboral.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 0500 12331 000 1999 03163 01 (0580-2010)

Actor: JESÚS ÁLVARO FRANCO FERRO

Demandado: INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor **JESUS ALVARO FRANCO FERRO** contra la sentencia de 10 de noviembre de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de decisión que denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el demandante solicitó al Tribunal la nulidad de la Resolución No. 124 de mayo 21 de 1999, que lo declaró insubsistente en el cargo de Decano del Programa de Secretariado Ejecutivo.

Como restablecimiento del derecho, pidió el reintegro al mismo cargo o a uno de superior categoría en el Instituto Tecnológico Metropolitano, desde el 21 de mayo de 1999; así como el reconocimiento y pago de todos los sueldos, primas legales y extralegales, bonificaciones, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, auxilio de transporte, incrementos salariales y demás emolumentos concurrentes al cargo de Decano del Programa de Secretariado Ejecutivo, desde cuando fue declarado insubsistente hasta cuando se haga efectivo el reintegro a la entidad empleadora. Todo lo anterior sin solución de continuidad.

También solicitó que se condene al Instituto Tecnológico Metropolitano de Medellín al pago o indemnización de los perjuicios morales en cuantía de un mil gramos oro.

Que se dé cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 178 del C.C.A., se indexen las sumas resultantes de la condena y se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

Como **fundamentos de hecho**, manifestó que mediante Resolución No. 021 de marzo de 1996, el ITM, conformó una lista de elegibles como resultado del concurso público de méritos para proveer cargos de docente de tiempo completo de educación superior.

En vista de los buenos resultados obtenidos en el concurso de méritos y dada su excelente hoja de vida, la entidad demandada decidió ofrecerle al demandante un cargo directivo de libre nombramiento y remoción, que se materializó en la resolución de nombramiento 073 de 12 de agosto de 1996 y del cual se posesionó mediante Acta No. 118 de 21 de 1996.

El actor prestó sus servicios a cabalidad desde el 21 de agosto de 1996 hasta el 21 de mayo de 1999, fecha en la que de forma ilegal e injusta fue declarado insubsistente por medio del acto demandado.

Desde el momento de ingreso el rector del ITM, señor José Marduk Sánchez Castañeda, inició una serie de hostigamientos e irregularidades tendientes a entorpecer la gestión del demandante, lo cual fue evidente ante todos los estamentos de la Institución hasta llegar a la insubsistencia con la más aberrante desviación de poder; todo por no pertenecer a su partido político (liberal).

Tanto de las funciones básicas como de las específicas fue desplazado en forma paulatina, funciones que por vías de hecho fueron otorgadas por el señor rector o su jefe inmediata a otros funcionarios de la entidad.

Para ser Decano de Programa se exige tener título universitario en área afín al programa, una experiencia como profesor de dos años por lo menos en educación superior y haber ejercido con excelente reputación moral y buen crédito la profesión por el mismo lapso. La formación académica y profesional del demandante es desde todo punto de vista inmejorable y supera las exigencias requeridas para el desempeño del cargo. Manifiesta que toda su experiencia y conocimiento fueron puestos a disposición del ejercicio de ese empleo y su desempeño fue intachable.

Relata, que en su reemplazo fue nombrada la señora Sonia Lucía Rosero Jiménez, con quien se debe cotejar su hoja de vida para determinar si hubo mejoramiento del servicio.

La misma línea de agresión fue ejercida por el Vicerrector Rodrigo Román Suaza y la señora Gloria H. Betancourt, de lo cual pueden dar testimonio varias personas.

Advierte, que su gestión tuvo gran cantidad de inconvenientes, de objeciones infundadas y caprichosas por parte de la Jefe de la Unidad, sin criterios serios o de fondo para que no fuera aprobada, sacrificando los fines propios de la entidad, como se puede apreciar en varias actas.

Afirma, que la causa de la persecución es de tipo político porque él es de filiación conservadora.

Aduce que la Resolución No. 124 de 21 de mayo de 1999 no fue suscrita como es lo debido por el Secretario General de la Entidad –conservador- sino por el Asesor Jurídico de la entidad, de la misma corriente del Rector.

Relata que para que le concedieran un permiso para dictar unas conferencias, fue constreñido a “donar” unos libros.

Manifiesta que toda la situación de alto stress y tensión emocional a que fue sometido, se reflejó en la terapia psicológica de que fue objeto, tal y como consta en la certificación del 16 de diciembre de 1998, expedida por la psicóloga Marina Hincapié.

Asevera, que la persecución subsistió luego de la declaratoria de insubsistencia, porque ante un derecho de petición en el que solicitó la expedición de copias auténticas de varios documentos que evidenció su intención de demandar, se movilizó tanto la rectoría como sus más inmediatos colaboradores, para incorporar en su hoja de vida de manera irregular un documento de fecha posterior a su desvinculación, que contenía unas supuestas afirmaciones de estudiantes de la entidad, desconociendo todos los procedimientos y violando el debido proceso. Esta carta que si bien aparece en su archivo, no fue autenticada por el Secretario General por considerar que había sido incluida de manera irregular.

Ante esta irregularidad, la Directora de Control Interno dio aviso al apoderado del actor –que se encontraba fuera de la ciudad- , por lo que decidió acudir ante la Personería Municipal el 11 de junio de 1999, con el fin de que se adelantara una inspección ocular a la oficina de personal del ITM, diligencia que fue practicada el 15 de junio de 1999, que dejó constancia de que la hoja de vida no se estaba foliada y que los números asignados fueron para facilitar la recolección de la información.

Ante la manipulación de la hoja de vida el demandante compareció a la Personería a presentar queja, con la cual se ordenó abrir indagación preliminar contra varios funcionarios, entre ellos, el Rector.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El actor citó como transgredidos por la actuación de las autoridades del Instituto Tecnológico de Medellín, los artículos 2, 6, 13, 25, 53, 90, y 209 de la Constitución Nacional; artículos 2, 35 y 36 y 84 del Código Contencioso Administrativo; Ley 74 de 1968.

Señaló como cargos los siguientes:

Violación de la ley: entendida como la falta de concordancia del acto frente a lo que prescribe la misma. En el caso concreto, porque el rector desvinculó a un empleado en forma injusta por no atender los criterios propios de la figura de la insubsistencia cuyo fin es mejorar el servicio haciendo prevalecer el interés general sobre el particular, caso que no fue el *sub iudice* porque el señor Franco ferro, era reconocido en todos los estamentos universitarios como un decano competente.

Expedición irregular del acto: las resoluciones expedidas por el rector de ITM, en calidad de representante legal siempre son refrendadas por el Secretario General, como se desprende del Manual de Funciones vigente al 21 de mayo de 1999. La Resolución de insubsistencia fue suscrita por el Rector y por el Secretario General.

Ilegalidad relativa al objeto: porque la Resolución 124 de 21 de mayo de 1999, se ve afectado porque el contenido de la misma entra en contradicción con lo previsto en la ley, es decir, no aplica el criterio reglado de la discrecionalidad.

Desviación de poder: porque el Rector a pesar de estar dentro de su competencia obra por motivos diferentes a los atribuidos a esa competencia, se extralimitó, obró con motivaciones de tipo político, por razones de enemistad, choques ideológicos, favoritismo, etc.

Falsa motivación: los antecedentes de hecho y de derecho que inspiraron la expedición del acto demandado, no apuntan a los criterios de conveniencia y oportunidad que deben asistir a toda actuación administrativa. Señala que ha

debido probarse la incompetencia del empleado. Afirma que los artículos 35 y 36 del C.C.A. exige para la adopción de las decisiones en el trámite administrativo la motivación del acto así sea en forma sumaria.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto Tecnológico Metropolitano de Medellín por medio de su apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda.

Adujo en su defensa, que la decisión de insubsistencia tomada respecto del actor se hizo en ejercicio de su facultad discrecional y no por otro tipo de motivaciones, como el político, según sustenta el demandante.

Expuso, que la causa para quitarle funciones al señor Franco Ferro, fue su incumplimiento o porque las hacía incorrectamente, lo cual se aprecia en la necesidad de designar a otras personas para que realizaran la actualización del programa de secretariado ejecutivo de la Unidad de Docencia en Ciencias Administrativas de la Escuela de Servicios Académicos.

Que ante la falencia en varias de sus funciones y la falta de acierto en sus proyectos y encargos, se optó por su desvinculación.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo Antioquia Sala Cuarta de decisión, en un ligero análisis, negó las súplicas de la demanda, porque consideró que no se había demostrado la desviación de poder, dado que los declarantes no tenían conocimiento sobre la real causa de la desvinculación del demandante. Que al no encontrarse en carrera administrativa podía ser separado por la autoridad nominadora en virtud de su facultad discrecional.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada recurre la sentencia de primera instancia para que se revoque. Sustenta la alzada, en que la decisión no tuvo en cuenta la formación académica y profesional del demandante, la cual sobrepasaba las exigencias requeridas para el cargo y contaba además con una vasta experiencia profesional en cargos directivos de carácter particular,

público y académico y que su desvinculación se dio por desviación de poder concretamente por móviles políticos.

Al no encontrar ninguna causal de nulidad, se procede a decir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Problema jurídico:

Se contrae a establecer, si la declaratoria de insubsistencia del señor Jesús Álvaro Franco Ferro se produjo con desviación de poder.

Para resolver lo planteado, se revisará la naturaleza del Instituto Tecnológico Metropolitano de Medellín; el tipo de vinculación ostentado por el demandante, para finalizar con el estudio de la causal de desviación de poder que subsume de acuerdo a la argumentación de la demanda, las demás causales de nulidad alegadas.

Naturaleza jurídica de la entidad demandada y del cargo ocupado por el actor.

El Instituto Tecnológico Metropolitano (I.T.M.), fue creado mediante Decreto 180 de 1992 expedido por el Alcalde de Medellín, como un establecimiento público de Educación Superior, de carácter tecnológico del orden municipal adscrito a la Alcaldía de Medellín, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente (fl. 246).

Es decir, dentro de la organización administrativa municipal pertenece al sector descentralizado (art. 70 de la Ley 489 de 1998), con autonomía respecto de su función educativa conforme a lo dispuesto en la Ley 30 de 1992.

Para la época de los hechos demandados, se encontraba vigente el Acuerdo No. 19 de noviembre 26 de 1993, expedido por el Consejo Directivo del Instituto Tecnológico Metropolitano, expedido con base en literal d), del artículo 65 de la Ley 30 de 1992, que contempló los Estatutos de la entidad.

Los objetivos específicos de este establecimiento están concentrados en el artículo 6 del mencionado Acuerdo, que tiene como su principal misión prestar un servicio público cultural en Educación Superior, para la formación integral de talento humano certificado en Ciencia y Tecnología, y Técnicos idóneos, por medio de programas adscritos, que genere un proceso educativo de calidad y de promoción a escala humana, que los habilite para la vida y el trabajo, fundamentado en aprender a ser, aprender a hacer y aprender a aprender, dentro de un contexto de investigación, docencia y extensión para el óptimo desarrollo del saber, la dignidad humana, la solidaridad afectiva, y una conciencia social y ecológica.¹

De otra parte, el gobierno de la Institución está conformado por el Consejo Directivo, el Rector y el Consejo Académico.

Dentro de las funciones administrativas del Rector, contempladas en el Acuerdo No. 19 de noviembre 26 de 1993, artículo 25, literal g), expedido por el Consejo Superior se dispuso:

“Nombrar y remover, de acuerdo con las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias pertinentes, el personal de la institución y aplicar las sanciones disciplinarias que le corresponden por la Ley o Reglamento”.

De lo descrito se deduce, que el rector tiene la facultad de nombrar y remover el personal de la institución, conforme a las normas legales. Dado que es un organismo municipal de educación, el régimen del personal es diverso (personal docente y administrativo).

Respecto del personal administrativo el artículo 57 del Acuerdo citado contempló que: *“...se regirá por las disposiciones aplicables a los empleados públicos del orden municipal y de acuerdo a Reglamento que para el efecto expida el Consejo Directivo”.*

¹ Misión descrita en el Acuerdo 19 de 1993.

La norma aplicable a los empleados públicos del orden municipal en la fecha de los hechos era la Ley 443 de 1998² y sus decretos reglamentarios.

Por medio de la Resolución No. 297 de 13 de noviembre de 1998, el Rector del I.T.M. con base en el literal e, del Art. 25 del Estatuto General y el Acuerdo 19 de 1993, expidió el Manual de Funciones del I.T.M. del año 1999, y en su Pág. 66, clasificó el cargo de Decano Programa de Docencia, Unidad de Docencia Industrial/Unidad de Docencia Ciencias Administrativas, código de oficio 00314, **como un empleo de libre nombramiento y remoción**, que tiene como requisitos título universitario afín con el programa, profesor durante dos (2) años por lo menos en educación superior y haber ejercido con excelente reputación moral y buen crédito la profesión por el mismo lapso (fl. 245)

De lo expuesto no tiene discusión, que el empleo del señor Jesús Álvaro Franco Ferro, como Decano del Programa Secretariado Ejecutivo de la Unidad de Docencia Ciencias Administrativas de la Escuela de Servicios Académicos, era de libre nombramiento y remoción.

Clara la naturaleza de la entidad y del cargo del actor, veamos los fundamentos fácticos para entrar a resolver el cargo propuesto.

De lo probado:

La lista de elegibles establecida por el Instituto Tecnológico Metropolitano para el concurso de docente de tiempo completo, en donde el actor ocupó el segundo lugar (fl. 31)

² Las frases contenidas en el artículo 5 de esta ley: Rector, Vicerrector y Decano de Institución de Educación Superior, distinta a los Entes Universitarios Autónomos, fueron declaradas inexecutable por la sentencia C- 506-99. M.P. Fabio Morón Díaz, sobre la base que la inclusión de los empleos de Rector, Vicerrector y Decano de los institutos de educación superior constituidos como establecimientos públicos, dentro de la categoría de cargos de libre nombramiento y remoción, riñe con el principio constitucional que consagra para ellos una autonomía administrativa que implica la facultad de "darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley". Nada obsta para que, en virtud de la misma autonomía universitaria, se establezca que los cargos directivos puedan ser de libre nombramiento y remoción, siempre y cuando dicha determinación emane de la comunidad universitaria. Esa es la razón por la cual el inciso primero del artículo 69 superior expresa: "podrán darse sus directivas", como una facultad, no como una imposición constitucional. Además, en desarrollo de la misma autonomía universitaria se pueden determinar cuáles cargos son de libre nombramiento y remoción".

El nombramiento en propiedad del señor Jesús Álvaro Franco Ferro, como Jefe de Secretariado Ejecutivo de la Unidad de Tecnologías Administrativas del I.T.M., suscrito por el Rector Yezid Gallego Oviedo y el Asesor Jurídico José Marduk Sánchez Castañeda (fl. 38)

Se encuentra acreditado que el señor Franco Ferro era Licenciado en Ciencias Políticas y Diplomáticas, egresado de la Universidad Libre de Bruselas, Bélgica, con Master en Administración Internacional de Negocios de American Graduate Scholl of International Management, Phoenix, Arizona U.S.A., con un curso en promoción de Exportaciones y Negocios Internacionales del Instituto Nazionale Per Il Commerzo Estero, Roma. Que además contaba con gran experiencia profesional en cargos directivos de carácter privado y público (fls. 3-77)

Certificación expedida por el Jefe del Departamento de Personal del I.T.M en donde consta que el demandante trabajó en esa entidad desde el 21 de agosto de 1996 hasta el 21 de mayo de 1999, como Decano Programa de Docencia (fl. 84).

Resolución No. 125 de 21 de mayo de 1999, por medio de la cual nombran a la señora Sonia Lucía Rosero Jiménez, en reemplazo del señor Jesús Álvaro Franco ferro, quien fue declarado insubsistente (fl. 85)

Estatutos y Manual de funciones del I.T.M. correspondientes al año 1993 y 1999 respectivamente, vigentes para la época de los hechos demandados (fl. 245 y 246)

Propuesta de revisión curricular, actas del Comité curricular (fls. 92-157, 247-262) en esos documentos se observa que inicialmente la modificación curricular estuvo a cargo del actor y que fue él quien en septiembre 13 de 1996, hizo la sugerencia del rediseño de la carrera (fl. 247). En varias actas hay constancia del estudio y seguimiento de la actualización del programa. En el acta No. 003 del 16 de abril de 1999, en donde participó el Sr. Franco Ferro, se conformó un grupo de trabajo con el fin de entregar el documento para presentar ante el Consejo Académico, en razón a que llevaban 2 años y medio y no había un documento final presentado por parte del decano del programa. Finalmente en el Acta 06 del 20 de mayo de 1999, se registra la

aprobación de la actualización de la Tecnología en Secretariado Ejecutivo, de conformidad al documento presentado por el grupo académico integrado por Gloria Betancur, Cruzana Plata de Tamayo y José Benjamín Gallego.

Investigación preliminar adelantada por la Personería de Medellín por la queja presentada por la apoderada del señor Franco Ferro, generada por la inclusión en su hoja de vida de un escrito en su contra sin que se le hubiera respetado el debido proceso, que concluyó con el archivo definitivo de las diligencias a favor del Rector, una Decana y el Jefe de Personal (fls. 299-489)

Testimonio del señor Francisco Javier Acosta, quien trabajó en el I. T. M. como docente de cátedra en las áreas jurídicas. A la pregunta de si conocía las razones por las cuales fue declarado insubsistente el actor; respondió que no conoció con certeza los móviles declarados por el nominador, pero consideró que previo a la decisión se dieron hechos inequívocos que mostraban el deseo de desvincular al demandante. Relató que la Decana Gloria Betancur le había dicho que había intenciones de desvincular al doctor Álvaro Franco, a pesar de reconocer en él sus calidades académicas excepcionales y su gran trayectoria. También hizo referencia a una llamada de atención por parte de las directivas cuando en medio de un curso salieron a tomar tinto; el boicoteo que le hicieron a la reforma estructural del programa Secretariado Ejecutivo; la queja que él puso ante la Procuraduría por los malos manejos que el rector había tenido como en la Universidad Luis Amigó y que conoció el Dr. Franco; la inclusión de unos testimonios apócrifos que le fueron incluidos en la hoja de vida y por lo cual pidieron intervención en la Personería Municipal. En general el actor sentía que había una conspiración en su contra y se sentía muy agobiado, por tanto tenía dos opciones: renunciar o que lo declararan insubsistente. (fl. 289-294).

Declaración de Mariana de Jesús Hincapié Rivera: docente de cátedra desde julio de 1996 hasta junio de 1998. No conoció directamente las causas del retiro del actor, sino a través de sus comentarios y supo que él se sentía perseguido y presionado en el trabajo. Que a nivel de los estudiantes tenía buen recibo y buena imagen. (fls. 295-297)

Versión de la señora Ana Agudelo de Marín: (fl. 313) afirma que fue contratista del I.T.M. y en tal calidad tuvo contacto académico los días miércoles con el demandante cuando se reunían en un comité para efectos de la investigación académica en el campo de saber tecnológico. Señala que la relación era cordial, pobre académicamente en los semilleros de investigación y sobre todo inconstante porque el señor Álvaro Franco salía constantemente de las reuniones y sobre todo argumentaba que tenía que atender otros asuntos de su programa. Manifiesta que luego fue Directora de la Escuela de Servicios Académicos y que a pesar de urgir a la jefa inmediata del señor Álvaro para la actualización del programa de Secretariado Ejecutivo, nunca fue posible obtener el compromiso del decano o jefe de programa. Agrega también, que su otro contacto con el actor fue por los requerimientos de unas actas de comité que nunca se las dio, fuera de unos escritos a lápiz sin ninguna formalidad. La otra relación tuvo que ver con las quejas de las alumnas por la baja calidad de los docentes, a lo que el señor Álvaro respondió despectivamente que las alumnas eran muy malas. Considera que el trato con el señor Franco fue benevolente, porque ella en varias ocasiones le manifestó al rector su preocupación por no obtener el rediseño del programa y el Rector le daba la orden de dar compás de espera. Considera que la gente confunde el maltrato con la exigencia, recuerda que para sacar adelante el rediseño fue necesario nombrar una comisión ad hoc. Con relación al ejercicio de la nueva decana, señala que las falencias fueron mejoradas, por ejemplo, el programa fue actualizado y legalmente está al día con el ICFES y el comité curricular que es un órgano asesor, cumple sus funciones. Finalmente asevera, que no conoce que un funcionario haya sido despedido por móviles políticos, porque allí se convoca es lo académico.

Gloria Hermilda Betancur (fl. 490): Decana de la Unidad de Docencia. Recuerda que el actor ingresó a la Institución luego de haber superado un concurso y quedar en segundo lugar, pero como no hubo vacantes en cargos de carrera, le ofrecieron el cargo de libre nombramiento y remoción. Relata que el señor Franco fue el oferente del homenaje del señor Marduck cuando fue elegido Rector y siempre en sus escritos habló bien sobre su gestión.

Cuando ingresó al cargo, al señor Franco se le advirtió que la prioridad de su gestión era el rediseño del programa de Secretariado Ejecutivo, sin embargo, durante dos años y medio se esperó su cumplimiento, pero las propuestas

que presentó no llenaron las expectativas. En 1999 cuando llevó la última propuesta al Consejo Académico, también tuvo fallas, por lo que el Consejo le ordenó que ella asumiera el rediseño, lo que así se hizo con un nuevo equipo que logró la aprobación del mismo. Recordó que en varias ocasiones tuvo que asumir las funciones del Decano Franco porque él no las cumplía (fl. 490-495).

Luis Fernando Zuluaga Gutiérrez: Secretario General de la Institución expuso que las relaciones del actor con los directivos era cordial, que nunca presencié hostigamiento, que con el rector eran amigos. Asevera que Álvaro franco siempre se caracterizó por ser una persona amigable, de trato cordial.

Sobre el rediseño de la carrera recordó que la propuesta de Alvaro no fue la aceptada, sino la de una comisión que coordinó la Jefe de la Unidad: Gloria Betancur. Manifiesta que no hubo motivos políticos en las decisiones del rector. (fls. 495 – 499)

Martha Elena Echeverri: abogada litigante, para la época de los hechos era la directora de control interno, adujo en su declaración que inicialmente el trato de Franco Ferro con el rector era bueno y luego fue duro. Señaló que su desempeño era normal, además que no considera que los sistemas de evaluación fueran buenos porque había muchos procesos en cambio. Cuenta que se rumoró que Álvaro0 había sido el autor de una carta con varias quejas unas ciertas y otras no, dirigida a la Presidencia de la República, desde esa vez manifiesta que empezó a notar el cambio, tanto que en los últimos días lo tenían aislado tanto laboral como personalmente. Afirma que no se enteró nunca del partido político del rector (fl. 500 – 505).

Registro de defunción del señor Álvaro Franco Ferro (fl. 325).

Hoja de vida de Sonia Lucía Rosero Jiménez (fl. 481 a 484)

De los cargos

Desviación de poder

La definición clásica de desviación de poder la traemos del tratadista Libardo Rodríguez R, que la expresa así:

“si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general ese acto sería ilegal por desviación de poder. Ahora bien el legislador puede haber previsto, ya sea expresa o tácticamente, una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, caso en el cual si el funcionario busca otra finalidad, así sea esta última de interés general, el acto será ilegal”³.

Se tiene entonces, que para la desviación de poder debe existir una ley que fije o determine el fin así como la demostración de la desviación del dicho fin. De tal manera, que el elemento normativo así como el criterio subjetivo de quien expide el acto constituyen dos elementos en el entendido de esta institución, y hacen que el interés general sea definible o, cuando menos, constatable en sede de control⁴

En el aspecto subjetivo trasciende a las personas naturales que llevan su representación⁵, es decir en la subjetividad del autor del acto, que implica desde luego la demostración del *inter desviatorio* para quien lo alega como causal de anulación.

En materia burocrática “*la discrecionalidad*” se ha convertido en sinónimo de libertad hasta llegar en algunos casos al límite de la arbitrariedad, dado que estos actos no tienen por regla general una motivación expresa, lo que de contera no significa que no la tengan. Cuando con fundamento en la facultad discrecional se toman decisiones como en el caso de los cargos de libre nombramiento y remoción, la razón presunta es el buen servicio y en este sentido, debe el demandante -que considera que ello no ha ocurrido-, demostrar en el proceso que el fin perseguido por la Administración difiere diametralmente de la mejora en la prestación de los servicios públicos a su cargo.

En el *sub lite*, el cargo enrostrado a pesar de haber desarrollado el mismo concepto en diversas causales de nulidad lo concretó en la alzada, como

³ RODRÍGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis Pág. 215.

⁴ MARIN H, Hugo Alberto, Discrecionalidad Administrativa, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1997.

⁵ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Pág. 403.

desviación de poder, sustentado en que no hubo mejoramiento del servicio porque la persona que reemplazo al señor Jesús Álvaro Franco, no tenía la formación profesional y la experiencia de él, que no se tuvo en cuenta la trayectoria del demandante y finalmente, que la decisión del Rector fue política y para tal efecto, generó a su alrededor un clima de animadversión.

Iniciemos el análisis con el **móvil político**, que en el sentir del actor fue la razón generadora de la insubsistencia y del malestar que se creó en torno a su desarrollo laboral.

Las pruebas relacionadas en el aserto anterior y en especial los testimonios recibidos, dan cuenta de un ambiente tenso en derredor del demandante generado por unas comunicaciones enviadas al sector central en Bogotá, en donde se denunciaban irregularidades de la institución. De ese escrito y de comentarios sobre la gestión directiva inculparon al señor Franco, lo que desmejoró su relación con el rector de quien en principio cuentan era muy amigo, tanto así que fue este el que lo promovió para el cargo de la Decanatura y a su vez el actor fue uno de los organizadores del homenaje de reconocimiento, cuando el Sr. Mandurk fue promovido de la oficina jurídica a la rectoría.

Sin embargo, estas circunstancias no demuestran en sí mismas los móviles políticos que quieren enrostrarle al acto enjuiciado, de hecho los declarantes no tienen conocimiento sobre el mismo, niegan tal circunstancia, de manera que al no estar probada tal afirmación se queda solamente en el rango de las conjeturas y de la percepción personal. Por el contrario, se advierte en todas las declaraciones como se dijo, que no había un ambiente amable respecto de su gestión, lo que generó distanciamiento y afectó el ejercicio de la función pública. Esta circunstancia en categorías de empleos como lo es, el de libre nombramiento y remoción, diluye un elemento fundamental llamado confianza. Este es un aspecto subjetivo que es connatural al empleo y entraña el carácter personal que se predica de esta modalidad de vinculación, que redundará sin duda en la buena marcha de la administración y que se refleja fundamentalmente en el grupo directivo y asesor, amén de otros aspectos regulados como la preparación, el conocimiento, etc, que son medibles y verificables con el Manual de funciones, de tal suerte, que si éste

elemento se pierde, le asiste discrecionalidad al nominador para su provisión o remoción como atribución necesaria en el logro de los fines institucionales⁶.

En este orden de ideas, el cargo de desviación de poder por este concepto no prosperará.

El segundo argumento está referido al desmejoramiento del servicio, que se sustenta en que se reemplazó al actor con una persona que no tenía sus mismas calidades, aunque debe advertirse que el cargo no se soporta en que no reunía las condiciones mínimas, sino en que el reemplazo no era del mismo alto perfil.

Sobre este aspecto encuentra la Sala en el folio 481, la hoja de vida de la señora Sonia Lucía Rosero Jiménez, quien fue nombrada en el cargo que ostentaba Franco Ferro, como Decana de Programa de Docencia, para el cual según el Manual de Funciones se exige un título universitario en área afín al programa y experiencia docente de dos años por lo menos en Educación Superior y haber ejercido la profesión por el mismo lapso con excelente reputación moral y buen crédito.

La señora Rosero Jiménez, es bibliotecóloga de profesión, con especialización en gerencia de proyectos, según se desprende de su hoja de vida que aunque no está acompañada de los diplomas respectivos, como fue suministrada por la entidad demandada la Sala dará total credibilidad a lo allí expuesto; con una experiencia en el servicio público de 2 años y 6 meses y en el sector privado de 9 años y como trabajadora independiente de 4 años, para un total de 15 años, 6 meses.

Como docente, acredita según la misma hoja de vida, un año de servicio, en el área de humanidades (literatura y artes) en la Universidad Industrial de Santander, **no más**, cuando la norma exigía 2 años cuando más en educación superior; lo que demuestra, que la entidad incumplió su propio reglamento al no exigirle a la señora Sonia Lucía Rosero Jiménez el respeto de los requisitos mínimos contemplados en el Manual de Funciones para

⁶ N.I. 2148-08 M.P. Gustavo Gómez Aranguren

ocupar el cargo de Decana del Programa de Docencia, Unidad Administrativa.

Debía entonces la entidad demandada como mínimo demostrar ante el Juez, que la persona que fue nombrada en reemplazo del señor Jesús Álvaro Franco Ferro, llenaba los requisitos exigidos por la misma institución para ocupar el cargo, habida cuenta que el incumplimiento de su preceptiva evidencia que el acto demandado no persiguió las razones del buen servicio y en cambio si, desbordó el juicio de proporcionalidad que conlleva tal decisión, para hacer prosperar el cargo de desviación de poder, al nombrar como se insiste, a una persona sin el lleno de requisitos, en reemplazo del actor que era un funcionario con un alto perfil profesional, que mezclaba la preparación académica con la experiencia laboral.

La situación expuesta lleva a la Sala a revocar la decisión de primera instancia y a ordenar ante el fallecimiento del señor Jesús Álvaro Franco Ferro, a la entidad demandada el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones dejadas de devengar desde el momento de su insubsistencia hasta su deceso.

Las sumas serán indexadas conforme a la fórmula que se señalará en la parte motiva de esta providencia.

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,

F A L L A :

REVÓCASE la sentencia del 10 de noviembre de 2008, proferida por el Tribunal de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión y en consecuencia se dispone:

Primero.- Declárase la nulidad de la Resolución No. 124 de 21 de mayo de 1999 expedida por el Rector del Instituto Tecnológico Metropolitano, que declaró la insubsistencia del doctor Jesús Álvaro Franco Ferro.

Segundo.- A título de restablecimiento ordénase a la demandada reconocer y pagar de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, las prestaciones y salarios dejados de percibir desde el 21 de mayo de 1999 hasta el 05 de agosto de 2001, como Decano del Programa de Secretariado Ejecutivo de la Unidad de Docencia Ciencias Administrativas de la Escuela de Servicios Académicos del Instituto Tecnológico Metropolitano.

Tercero.- Estos valores se indexarán conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente “R”, se determina multiplicando el valor histórico “Rh”, que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación hasta el deceso del actor, con inclusión de los reajustes legales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de fallecimiento del actor) por el índice inicial (vigente a la fecha en que el demandante fue desvinculado). La fórmula se aplicará mes por mes desde cuando se debió realizar el pago.

Cuarto.- A la sentencia se le dará cumplimiento conforme a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Quinto.- Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El anterior proyecto fue leído y aprobado por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ

20

ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO