Función Pública

Sentencia 01435 de 2011 Consejo de Estado

EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD _ No goza de fuero de estabilidad / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – No motivación en vigencia de la Ley 443 de 1998 / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – Requiere motivación así haya sido nombrados con anterioridad a la Ley 909 de 2005

Ha sido persistente la línea jurisprudencial de esta Sala, señalando que, respecto de los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, el cual se presume expedido por razones del servicio público. La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la ley 443 de 1998, pues otra cosa sucede con la aparición de la Ley 909 de 2004, en lo que a la provisionalidad se refiere, como quiera que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado (Artículo 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año). Así entonces, aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, lo cual no ocurre en el caso de autos, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1572 DE 1998 – ARTICULO 7 / LEY 443 DE 1998 / DECRETO LEY 1567 DE 1998 / LEY 909 DE 2005 – ARTICULO 41 / DECRETO 1227 DE 2005 – ARTICULO 10

BUEN DESEMPEÑO DEL CARGO – No enerva la facultad discrecional

La Sala pone de presente, como lo ha dicho en varias oportunidades la jurisprudencia de esta Sección, que la experiencia y el buen desempeño laboral del empleado no amparado por fuero de estabilidad, no son condiciones que por sí solas sean suficientes para enervar el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, pues es la conducta responsable, disciplinada y profesional la que se espera de todo funcionario público. Lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario, pero pueden darse otras circunstancias que a juicio del nominador no constituyan plena garantía para la eficiente prestación del servicio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11)

Actor: MARIA VIALO DEL SOCORRO GARCIA CASTAÑEDA

Demandado: MUNICIPIO DE PUERTO BERRIO, HOSPITAL DE LA CRUZ

AUTORIDADES MUNICIPALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 2 de noviembre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

Actuando a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la señora MARÍA VIALO DEL SOCORRO GARCÍA CASTAÑEDA solicita de esta jurisdicción que se declare la nulidad de la Resolución No. 233 del 8 de septiembre del 2004, por medio de la cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de Enfermera Código 3200 del Hospital de La Cruz del Municipio de Puerto Berrío Antioquia.

A título de restablecimiento del derecho pide que se ordene a la entidad accionada el reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, el pago de salarios y prestaciones sociales que se hayan causado durante el lapso de su desvinculación, incluidos los aumentos

salariales y sin solución de continuidad. Así mismo solicita el pago de 600 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales y que se apliquen los artículos 176 a 178 del C.C.A.

En la demanda se describen los siguientes hechos:

Mediante Resolución 208 del 20 de octubre de 1997, fue nombrada para desempeñar el cargo de carrera administrativa de Enfermera, código 3200; para el 1Â° de diciembre de 1998 se le volvió a nombrar en dicho empleo en carácter provisional.

No obstante haber sido nombrada en debida forma, la entidad demandada procedió a firmar tres contratos de trabajo a término fijo inferior a un año así: Uno por 32 días contados a partir del 4 de mayo de 1998 otro por 2 meses a partir del de 5 de julio de 1998 y el último por el periodo comprendido entre el 5 de septiembre y el 30 de diciembre de 1998.

A través de la Resolución demandada fue declarada insubsistente sin que dicho acto estuviese motivado, lo cual considera necesario habida cuenta que cumplía con todos y cada uno de los requisitos para ocupar el cargo de carrera administrativa y pese a no estar inscrita dentro del escalafón, hizo todas las actuaciones tendientes a buscar su inscripción.

Dice que con su retiro no se mejoró la prestación del servicio público, que su salida fue producto de una decisión política, burocrática y amañada de la administración, que su puesto fue ocupado por una persona que no participó en un concurso de méritos y que se le vulneró el debido proceso en cuanto no fue escuchada en descargos ni tampoco se obtuvo para su retiro el concepto de la Comisión de Personal.

Entre las normas violadas citó los artículos 2Â°, 13, 15, 23, 25, 29, 53 y 125 de la Constitución Política; 26, 40, 46 y 61 del Decreto 2400 de 1968; 108, 180, 215, 240, 141 y 242; el Decreto 2767 de 1945; las leyes 142 de 1984, 244 de 1995, 443 de 1998 y la sentencia T-800 de 1998. El concepto de violación lo desarrolló a folios 38 a 47 del expediente.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia del 2 de noviembre de 2010, denegó las pretensiones de la demanda. (fls. 92 a 96).

Después de examinar la situación fáctica laboral de la actora, constató que esta no estaba inscrita en carrera al momento de la declaratoria de insubsistencia del cargo de Enfermera código 3200, por lo tanto, su retiro del servicio podía tener lugar a través de un acto discrecional sin necesidad de motivarlo, además de que en esa situación de provisionalidad en que se encontraba no gozaba siquiera de una relativa inamovilidad.

Agregó que mientras no existiera concurso y lista de elegibles aplicable, podía el Gerente del Hospital demandado ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público y proveer el cargo nuevamente en provisionalidad, si aún no fuese posible hacerlo en propiedad.

Consideró que los testimonios que pretendían demostrar una desmejora en la prestación del servicio carecían de respaldo, como quiera que se fundaron en apreciaciones personales, conjeturas e hipótesis.

Recordó que la conducta responsable, disciplinada y profesional que alegó la actora no puede ser tenida en cuenta por sí sola para censurar el acto de insubsistencia, pues son comportamientos que se esperan de cualquier servidor público.

LA APELACION

En el escrito de apelación la parte demandante manifiesta su inconformismo respecto el fallo de primera instancia, así:

Que estuvo vinculada al servicio de la entidad durante 7 años en un cargo de carrera administrativa en la modalidad de provisional, cuando lo máximo permitido eran 4 meses, de conformidad con el artículo 5Â° del Decreto 1572 de 1978. Agregó que la permanencia en el cargo demuestra la idoneidad y aptitud profesional para desempeñar el cargo del cual fue declarada insubsistente.

Insistió en que el acto que la retiró del servicio debía estar motivado y que tal omisión vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa. Para sustentar la anterior afirmación citó jurisprudencia que sobre el tema ha proferido la Corte Constitucional.

CONSIDERACIONES

Para efectos de abordar el estudio del caso sometido a consideración de la Sala, es necesario identificar la naturaleza del cargo que venía desempeñando la actora, para proceder a definir la estabilidad relativa que pregona, para luego, de conformidad con el acervo probatorio obrante en el expediente, establecer si el acto censurado adolece del vicio endilgado.

Según da cuenta la Resolución 475 del 1Â° de diciembre de 1998 (fl. 3), la actora tomó posesión del cargo de Enfermera, código 3200, adscrito a la Coordinación de Área, de manera provisional.

Así mismo, se tiene que la actora en el hecho 1Â° de su libelo introductorio manifiesta que el cargo del cual fue declarada insubsistente es de aquellos pertenecientes a la Carrera Administrativa (fl.34).

Lo anterior, junto con lo establecido por los artículos 125 Superior y 3Â° y 5Â°, en lo pertinente, de la Ley 443 de 1998, demuestra claramente que el cargo de Enfermera, código 3200, ocupado por la demandante, corresponde a la regla general del régimen de carrera, cuyos cargos deben ser proveídos a través de un proceso de selección, al no haber sido clasificados como de libre nombramiento y remoción.

Dentro del expediente no obra prueba alguna de que la accionante hubiera ingresado al Hospital La Cruz E.S.E. de Puerto Berrío Antioquia previo concurso de méritos, o que haya sido inscrita en el régimen de carrera en el cargo del cual su nombramiento fue declarado insubsistente, por el contrario, los documentos obrantes en el plenario evidencian su nombramiento en provisionalidad, por tanto, era susceptible de remoción en virtud de la facultad discrecional que recae en el nominador y su actuación, en principio, goza de presunción de legalidad.

Y es que la figura de la provisionalidad, es la forma de vinculación de quien accede al cargo de carrera sin el cumplimiento del procedimiento previsto para ello, razón por la que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa, luego de agotar las diferentes etapas de un concurso; es por ello que el empleado así vinculado adquiere el carácter de análogo con el que ingresa al servicio por nombramiento ordinario, pudiendo ejercerse válidamente la facultad discrecional al momento de su retiro por parte del nominador, sin que sea necesaria su motivación.

Ahora, la demandante argumentó que era necesario que el ente acusado motivara el acto de insubsistencia con base en los pronunciamientos que sobre el tema ha hecho la Corte Constitucional, sin embargo, el Consejo de Estado sostuvo en sentencia 25 de febrero de 2007, Expediente No. 3090-2005 que "*(...) la discrecionalidad para la desvinculación de los nombrados en provisionalidad encuentra fundamento en el artículo 125, inciso 2, de la Constitución, según el cual el retiro de los empleados de carrera se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley*".

Y más adelante consideró:

También tiene un apoyo "iusfundamental" la tesis del Consejo de Estado. El artículo 29 de la Constitución dice que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. El Consejo de Estado no desconoce la vigencia del derecho al debido proceso pues la tesis sobre el retiro de los nombrados en provisionalidad acepta que las causales de nulidad afectan tanto los actos de remoción del personal de carrera como los de aquellos carentes de estabilidad, por lo que los nombrados en provisionalidad también pueden impugnar judicialmente las decisiones de desvinculación a efectos de determinar si en su caso se respetó el debido proceso.

(…)".

La posición adoptada por esta Corporación encuentra asidero en disposiciones tales como la contenida en el artículo 7Âº del Decreto 1572 de 1998, "*Por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto – Ley 1567 de 1998*"*:*

"El término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.

No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplir el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados."

La tesis así planteada, difiere de la expuesta por la Corte Constitucional, según la cual es necesaria la motivación del acto para poder desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad, so pena de vulnerar el debido proceso[1].

En efecto, en sentencia T-254/06 la Corte Constitucional expresó en relación con la necesidad de motivar el acto de desvinculación del empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, que:

"(…)

Esta Corporación ha sido uniforme al afirmar que el hecho de que un funcionario esté nombrado en provisionalidad no lo equipara a uno de libre nombramiento y remoción en términos de la no necesidad de motivación del acto de desvinculación.

Paralelamente, se ha predicado que la diferencia con la jurisprudencia del Consejo de Estado radica en que cuando esa Corporación manifiesta que la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad no requiere de motivación lo hace desde un análisis de legalidad. Por su parte, cuando la Corte Constitucional determina que se debe presentar una motivación lo hace desde un análisis constitucional; más precisamente, desde un estudio iusfundamental.

Finalmente se ha indicado que tal obligación de motivación persiste hasta el momento en el cual sea nombrada en el cargo una persona que haya sido escogida en virtud de la realización de concurso público de méritos para proveer de manera definitiva la plaza.

(…)

Con base en la compilación jurisprudencial se puede afirmar que (i) los funcionarios que ocupan cargos de carrera siendo nombrados en provisionalidad no son asimilables a los de libre nombramiento y remoción. Lo anterior puesto que los últimos cargos –taxativamente señalados por el legislador- implican una relación subjetiva o in tuitu personae y la elección se hace con base en motivos de confianza en el sujeto elegido, mientras que los primeros no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo; (ii) la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable, so pena de vulnerar el debido proceso en el aspecto del derecho a la defensa; (iii) tal necesidad de motivación cesa, únicamente, cuando es nombrada a través de concurso la persona que ha de ocupar el cargo en cuestión".

Frente a los anteriores planteamientos, ha sido persistente la línea jurisprudencial de esta Sala, señalando que, respecto de los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, el cual se presume expedido por razones del servicio público.

La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la ley 443 de 1998, pues otra cosa sucede con la aparición de la Ley 909 de 2004, en lo que a la provisionalidad se refiere, como quiera que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado (Artículo 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año).

Así entonces, aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento[2], y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, lo cual no ocurre en el caso de autos, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad.

De acuerdo con la anterior postura, y atendiendo la normativa que regía al momento de la expedición del acto de insubsistencia (Ley 443 de 1998), un nombramiento que ha tenido origen discrecional no requiere motivación alguna.

Por otra parte, la Sala pone de presente, como lo ha dicho en varias oportunidades la jurisprudencia de esta Sección, que la experiencia y el buen desempeño laboral del empleado no amparado por fuero de estabilidad, no son condiciones que por sí solas sean suficientes para enervar el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, pues es la conducta responsable, disciplinada y profesional la que se espera de todo funcionario público. Lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario, pero pueden darse otras circunstancias que a juicio del nominador no constituyan plena garantía para la eficiente prestación del servicio.

De otro lado, y como argumento adicional a la desviación de poder que como vicio de nulidad le endilga la demandante al acto acusado, manifiesta que su reemplazo tampoco ingresó al servicio a través de un concurso de méritos y que con su llegada la prestación del servicio público fue desmejorada.

Al respecto habrá que indicar, tal y como se dejó dicho en párrafos anteriores, que el empleado nombrado en provisionalidad no goza de ningún fuero de estabilidad y puede ser retirado sin motivación alguna si no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio y si aún no puede proveerse el cargo por concurso se puede designar al reemplazante nuevamente en provisionalidad.

Ahora, considera la demandante que con su reemplazo el servicio publico fue desmejorado, afirmación que pretende respaldar con los testimonios recepcionados en primera instancia, sin embargo los mismos no brindan la suficiente credibilidad al juzgador como quiera que lo dicho no alcanza siquiera la categoría de indicios que inalterablemente otorguen la certeza de la desviación de poder alegada.

En efecto, la deponente DUNIA ROMERO SERNA, quien conoce a la demandante desde el momento en que aquella llegó a prestar el servicio social obligatorio en el Hospital demandado, ante la pregunta de que si con el reemplazo de la actora el servicio había desmejorado, contestó que "*(...) para mi concepto como coordinadora, no cumplía a cabalidad las funciones que le eran asignadas*" (fl.83).

MARÍA ARLE AGUDELO CASTAÑEDA, respondió, ante la misma pregunta, que el servicio "*(...) sí desmejoró notablemente, porque ella era una persona muy activa y pendiente del más mínimo detalle*" (fl. 56).

Y la señora IRMA DEL SOCORRO PIEDRAHITA dijo "*Yo creo que desmejoro, porque la persona que la reemplazó no era tan idónea como ella, o le faltaba más experiencia*" (fl. 88).

Como se ve, las deponentes sólo manifiestan su punto de vista respecto al reemplazo de la actora mediante apreciaciones subjetivas que no logran sesgar al juez de la causa para tomar una decisión diferente a la de rechazar el cargo de desviación de poder, como quiera que los testimonios no ponen de presente ni siquiera acontecimientos, sucesos o situaciones que lograran acompañar las suposiciones de los testigos en cuanto al presunto desmejoramiento del servicio público.

Al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de que está investido el acto impugnado, que para el caso concreto se traduce en la presunción de que los fines que motivaron a la administración están demarcados por el mejoramiento del servicio, la Sala considera que la sentencia del Tribunal Administrativo amerita ser confirmada.

Por 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,

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada proferida el 2 de noviembre de 2010, por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso promovido por María Vialó del Socorro García Castañeda contra el Hospital La Cruz E.S.E. de Puerto Berrio Antioquia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Una vez ejecutoriada la sentencia, devuélvase al Tribunal de origen.

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

GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Entre otras: SU-2550/98; T-800/98; T-884/02; T-610/03; T-752/03; T-597/04; T-951/04; T-1216/04; T-070/06; T-1204/04; T-161/05; T-031/05 y T-132/05.

2 Esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.

Fecha y hora de creación: 2024-05-20 14:05:02