



Sentencia 4883 de 1993 Consejo de Estado

INSUBSISTENCIA / PROCESO DISCIPLINARIO – Improcedencia

La facultad discrecional del nominador para retirar del servicio a un funcionario sin fuero de estabilidad, es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar las posibles faltas en que haya incurrido un funcionario, las cuales no generan el privilegio de la inamovilidad en el cargo. No es viable determinar que mediante el acto administrativo enjuiciado se hubiera impuesto a la actora una sanción disciplinaria, ni está demostrado tampoco que la autoridad nominadora, en este caso el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, hubiera proferido la declaratoria de insubsistencia por el incidente a que alude la parte demandante. Ha expuesto la Sala que, los enfrentamientos entre funcionarios, Jefes y Subalternos, en nada contribuyen a la buena marcha de la administración; por el contrario, tales enfrentamientos, dificultan y entorpecen el buen servicio. Por consiguiente, así se hubiera acreditado que existieron enfrentamientos, incidentes o discusiones entre la demandante y el nominador que influyeron en la declaratoria de insubsistencia, tampoco se podría concluir en la ilegalidad del acto de desinvestidura como opuesto a los fines del buen servicio, ni que por ese hecho fuera necesario adelantar proceso disciplinario contra la actora.

PROTECCION A LA MATERNIDAD / INDEMNIZACION INSUBSISTENCIA -Procedencia / REINTEGRO – Improcedencia

En lo atinente al estado de embarazo de la actora al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, debe desestimarse la restitución al cargo que ocupaba, o a otro de igual o superior categoría, como se solicita en el libelo, puesto que tratándose de una empleada de libre nombramiento y remoción, como sucede en este asunto, en caso de despido en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes a la fecha del parto o aborto, sin el cumplimiento de los requisitos legales, ella tendrá derecho a que se le reconozca la indemnización correspondiente, la suma de dinero respectiva a la licencia remunerada; siempre y cuando dicho despido impida el goce de la misma y, además, a las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar, de conformidad con el vínculo laboral que exista al momento de la desvinculación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: ALVARO LECOMPTE LUNA

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Radicación número: 4883

Actor: MARTHA CECILIA ZAPATA HERNANDEZ

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO

Decídase el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 16 de noviembre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la cual fueron negadas las peticiones de la demanda.

En el *libelo* correspondiente (folios 33 a 44 y 46), se solicitó, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", incoada contra la Nación (Ministerio de Hacienda y Crédito Público), la declaratoria de nulidad del artículo 8 de la resolución No. 00535 de febrero 26 de 1987 (folio 59), emitida por dicha entidad, y, en virtud de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante como Profesional Universitario 3020 Grado 06 de la División Delegada de la Subdirección Jurídica en la Administración de Impuestos Nacionales de la ciudad de Medellín de la Dirección General de estos Nacionales, y que, como consecuencia de ello, se ordene el reintegro de la actora al mismo cargo que desempeñaba del cual fue ilegalmente desvinculada, o a otro de igual o superior categoría, y el pago de los emolumentos y prestaciones que haya dejado de percibir desde la fecha del retiro del servicio hasta que opere el reintegro.

A. DE LAS CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES DEL FALLO RECURRIDO

El *a quo*, luego de exponer los hechos en que se basó la demandante, consideró que, como lo observa la apoderada de la Nación, el *libelo* incurre en el error de invocar, como disposiciones, infringidas, normas del Código Sustantivo del Trabajo que no son aplicables a las relaciones entre la administración y sus servidores; que el certificado médico que consta en el proceso, expedido por médico particular, es de fecha posterior a la declaratoria de insubsistencia; que los testigos se limitan a relatar que la actora les contó sobre su embarazo; que no existe ni el más mínimo indicio de que el nominador o su superior inmediato hubiesen tenido conocimiento del estado de preñez; que tampoco se demostró en el caso *sub lite* la desviación de poder alegada por la parte actora, pues no está probada la persecución partidista contra la demandante.

dentro del proceso; que consta en éste que la actora no se encuentra en período de prueba ni inscrita en la carrera administrativa; que no basta el talento para asegurar la permanencia en el servicio público, ya que es indispensable reunir otras condiciones adicionales; que en síntesis no es suficiente para obtener la anulación de un acto administrativo, una extensa y eficiente hoja de servicios, puesto que el cumplimiento de funciones públicas requiere de un cúmulo de cualidades (folios 372 a 380).

B.- DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO IMPUESTO

El escrito contentivo del recurso de apelación (folios 382 a 392) señala, entre otras cosas, que se probó fehacientemente dentro del proceso, que las razones que llevaron a la expedición del acto administrativo impugnado fueron distintas a las del buen servicio; que la relación de causalidad entre el incidente presentado en el mes de febrero de 1987 con el señor Gustavo Alonso Gómez. y la desvinculación del servicio se encuentra debidamente demostrada; que respecto de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción interesa saber en este asunto para la prosperidad de las pretensiones hechas en el libelo si se logró demostrar que el propósito para dictar el acto enjuiciado no fue el interés general o de la colectividad, sino otra finalidad contraria a éste; que de la hoja de vida de la demandante y de las pruebas traídas al proceso están demostradas las calidades personales y profesionales de ésta; que fue por consiguiente la discusión que se produjo en el mes de febrero de 1987, los motivos que llevaron a la declaratoria de insubsistencia, pues de otra manera de no presentarse esa desviación de poder, tampoco se hubiera instaurado la demanda, por cuanto dicho acto discrecional habría sido totalmente legal; a partir de su retiro, el servicio se desmejoró, lo cual puede probarse si se solicita a la División Delegada de la Subdirección Jurídica de la ciudad de Medellín y también a la Subdirección Jurídica de la ciudad de Bogotá, la relación de negocios evacuados en los años de 1986 y 1987; que la falta de rendimiento laboral en la Subdirección Jurídica Delegada, originó que el doctor Gustavo Alonso Gómez Pineda fuera trasladado a otra dependencia, es decir, desmejorado; que la demandante no está de acuerdo con la apreciación del a quo en lo atinente a que en el caso *sub - judge* no se encontró propósito mezquino o dañoso en la actuación del doctor Gustavo Alonso Gómez; que desde el momento en que se presentó el incidente a que se ha aludido, ha debido adelantarse el proceso disciplinario que concluyera con la destitución, exoneración u otra sanción disciplinaria, sí el hecho imputado no existía o era de menor gravedad; que la facultad discrecional, acorde con el artículo 36 del C.C.A., debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, esto es, el buen servicio, y proporcional a los hechos que le sirven de causa; que en este asunto los funcionarios actuaron en forma abusiva, como si el Estado existiera para satisfacer los apetitos personales de quienes administran la cosa pública; que la desviación de poder también, se configuró en razón a que la administración no realizó los trámites encaminados al ingreso de sus funcionarios de reconocida eficiencia y experiencia en la carrera administrativa, no obstante haberse solicitado la inscripción con el cumplimiento de los requisitos; que en lo que concierne al estado de embarazo de la actora, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no afirmó en ningún momento que hubiera desconocido dicho estado cuando fue declarada insubsistente; que por el contrario, no se interrogó a los testigos en tal sentido y únicamente en los alegatos de conclusión se hizo alusión al estado de embarazo, mientras sí se comprobó por la demandante que en las reuniones de oficina se tocó el tema del estado de su preñez.

C.- CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de junio de 1990 (folios 407 y 408), es de opinión de que se revoque la sentencia apelada y se acceda a las peticiones del *libelo*, teniendo en cuenta que del acervo probatorio allegado al proceso, se determina que la demandante estaba embarazada cuando su nombramiento fue declarado insubsistente, lo cual hace presumir que su retiro del servicio obedeció a su estado de gravidez, de conformidad con lo estatuido en las normas pertinentes de los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969; que el legislador no condiciona los presupuestos legales que dan vida jurídica a esa presunción al conocimiento que el nominador tenga del estado de embarazo, lo que resulta lógico, pues este estado puede ser ignorado aún por la misma empleada; que la comentada presunción solo puede ser desvirtuada en la medida en que se pruebe en forma expresa que existió un motivo legalmente válido como factor determinante de la remoción; que no obstante la parte actora no acierta en la cita de las disposiciones infringidas la facultad para interpretar la demanda encuentra amplia justificación en que la presunción en comento no está erigida como homenaje lírico a la maternidad, sino en tributo a un bien jurídico tutelado desde los preceptos del Código Civil sobre protección de la vida del que está por nacer". (Folio 408).

De esta suerte, al no hallar vicio alguno que incida en lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

El caso *sub - lite*, por tanto, consiste en dilucidar la legalidad o ilegalidad del artículo 8 de la resolución No. 00535 de febrero 26 de 1987, expedida por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de la actora del cargo de Profesional Universitario 3020, grado 06, de la División Delegada de la Subdirección Jurídica en la Administración de Impuestos Nacionales de la ciudad de Medellín, de la Dirección General de Impuestos Nacionales, para aquella época, bien porque estaba en situación de embarazo bien por desviación de poder, que son las dos causales esgrimidas por la demanda.

En lo atinente al estado de embarazo al momento de la declaratoria de insubsistencia, debe desestimarse, puesto que tratándose de una empleada de libre nombramiento y remoción, como sucede en este asunto, en caso de despido en dicho estado o dentro de los tres meses siguientes a la fecha del parto o del aborto, sin el cumplimiento de los requisitos legales, ella tendrá derecho a que se le reconozca la indemnización correspondiente, es decir, la suma de dinero respectiva a la licencia remunerada, siempre y cuando ese despido impida el goce de la misma y, además, a las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de conformidad con el vínculo laboral que exista al momento de la desvinculación.

En la demanda, pidió la actora (folio 42) que: "3) subsidiariamente que se indemnice tal como lo preceptúa el ordinal 3o. del Art. 239 del CSJ. Ha de decir la Sala que más propiamente han debido citarse los preceptos pertinentes contemplados en los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969,

como bien lo anota el a -quo en la sentencia apelada (folio 376), porque son las normas aplicables al sector oficial. Además, ha de anotarse que, acorde con el acervo probatorio allegado al proceso, el estado de embarazo de la señora Zapata Hernández carecía de notoriedad al momento de la declaratoria de insubsistencia, como se establece en el certificado médico que consta a folio 22 del expediente, expedido el 27 de marzo de 1987, según el cual estado de gravidez era, aproximadamente de siete semanas y teniendo en cuenta que la declaratoria se produjo el 26 de febrero del citado año. Por otra parte, no se ha demostrado que la autoridad nominadora, tuviese conocimiento del hecho, razón por la cual ésta gozaba de autonomía para desvincularla del servicio.

Ahora bien, en cuanto a la desviación de poder, ha de decirse que no hay duda que los actos administrativos que versen sobre la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento de un empleado no vinculado a carrera, como en el caso de la actora, se rigen por la facultad discrecional.

Al respecto consta en el proceso que la demandante no pertenecía a la carrera administrativa, pues no se encontraba designada en período de prueba ni estaba inscrita en ella (folio 64). El hecho de que a la actora se le hubiera efectuado un nombramiento provisional, viable para proveer transitoriamente empleos de carrera, mientras se realiza el concurso de méritos, no da derecho alguno de pertenecer a ella o de obtener fuero de estabilidad relativa en el cargo, como se plantea en los hechos de la demanda (folio 33).

Como es de conocimiento, cuando existe "poder discrecional", la ley, habiendo creado la competencia, deja al agente la libertad de escoger el sentido en que lo ejercerá, le deja "Juzgar", "apreciar", "medir" "pensar" la oportunidad de su decisión, quedando el acto amparado, además, por la presunción de legalidad que lo protege en virtud de su propia naturaleza.

Sin embargo, el acto administrativo discrecional no escapa al derecho ni al control que ejerce sobre él la jurisdicción, ya que ha podido ser "arbitrario" o ha podido ser dictado con "desviación de poder".

La desviación de poder alegada por la parte actora en el *libelo*, se presenta cuando la decisión que se adopta implica un fin distinto al perseguido por la ley al conceder el poder discrecional, que en últimas, es el bien del servicio público. De tal manera que, si en el proceso, se llegará a probar o demostrar que ciertamente hubo "desviación de poder" al dictarse el acto, éste será declarado nulo al destruirse la doble presunción que lo cobija.

La demostración de la desviación de poder es, indiscutiblemente, de tipo probatorio, como se infiere de lo que ya se ha expuesto respecto de esta causal de anulación de los actos administrativos. Porque, habiéndose dictado el acto dentro de las atribuciones del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, observando las formalidades prescritas por la ley, ajustándose a las disposiciones superiores que regulan la materia, únicamente aparecerá el defecto sí, de manera fehaciente, se obtiene destruir la doble presunción de legalidad y de emisión en aras del buen servicio que cobija el acto por su propia naturaleza y por su calidad discrecional, defecto que en el caso *sub - judice* no está acreditado, como lo anota el Tribunal Administrativo de Antioquia en el fallo apelado de noviembre 16 de 1989.

El material probatorio que consta en el proceso, no permite llegar a conclusiones diferentes de las deducidas en la sentencia recurrida por la parte actora, para que la Corporación pueda revocar la decisión adoptada por dicho Tribunal, con el fin de acceder a las pretensiones del escrito demandatorio. Y ciertamente la valoración del acervo probatorio no lleva a la demostración de la desviación de poder alegada en el *libelo*.

En sentir de la Sala, se colige que las pruebas allegadas al juicio carecen de la eficacia jurídica para llevar al fallador al convencimiento o la certeza incontrovertible sobre, los hechos que sirvieron de presupuesto a las pretensiones de la demandante y que, el análisis de las pruebas aportadas en la primera instancia, a las que se refiere el a - quo en su fallo de noviembre 16 de 1989, las realizó el Tribunal, del conocimiento con un criterio lógico de valoración y con observancia de las reglas de la sana crítica.

En cuanto a que en el caso *sub - examine ha* debido adelantarse proceso disciplinario, como lo sostiene la parte actora en la demanda (folio 37) y en el escrito contentivo del recurso de apelación (folio 390), en virtud del incidente presentado en el mes de febrero de 1987 entre la demandante y un funcionario de la dependencia administrativa donde ella laboraba, como lo ha manifestado la Corporación en otras oportunidades, facultad discrecional del nominador para retirar del servicio un funcionario sin fuero (le estabilidad, es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar las posibles faltas en que haya incurrido un funcionario, las cuales no generan el privilegio de la inamovilidad en el cargo. No es viable determinar que mediante el acto administrativo enjuiciado se hubiera impuesto a la actora una sanción disciplinaria, ni está demostrado tampoco que la autoridad nominadora, en este caso el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, hubiera proferido la declaratoria de insubsistencia por el incidente a que alude la parte demandante.

Asimismo no obra en el proceso elemento alguno que indique que contra la actora se adelantara alguna investigación por la imputación de faltas cuando se expidió la resolución acusada No. 00535 de, febrero 26 de 1987.

Sobre este tópico, aparece a folios 65 y 184 del expediente constancias a funcionarios del comentado ministerio de que la demandante no había sido objeto de ninguna investigación disciplinaria.

De otro lado, ha expuesto la Sala que, los enfrentamientos entre funcionarios, Jefes y Subalternos, en nada contribuyen a la buena marcha de la administración por el contrario, tales enfrentamientos, dificultan y entorpecen el buen servicio. Por consiguiente, así se hubiera acreditado que existieron enfrentamientos, incidentes o discusiones entre la demandante y el señor Gustavo Alonso Gómez que influyeron en la declaratoria, de insubsistencia, tampoco se podría concluir en la ilegalidad del acto de desinvestidura como opuesto a los fines del buen servicio, ni que por ese hecho fuera necesario adelantar proceso disciplinario contra la actora.

En lo atinente al estado de embarazo de la actora al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, debe desestimarse la

restitución al cargo que ocupaba, o a otro de igual o superior categoría, como se solicita en el libelo, puesto que tratándose de una empleada de libre nombramiento y remoción, como sucede en este asunto, en caso de despido en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes a la fecha del parto o aborto, sin el cumplimiento de los requisitos legales, ella tendrá derecho a que se le reconozca la indemnización correspondiente, la suma de dinero respectiva a la licencia remunerada; siempre y cuando dicho despido impida el goce de la misma y, además, a las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de conformidad con el vínculo laboral que exista al momento de la desvinculación.

En la demanda, pidió la actora (folio 42), que, "3) subsidiariamente que se indemnice tal como lo preceptúa el ordinal 3o. del artículo 239 CST."

La capacidad, la eficiencia, la honestidad y el cumplimiento de los deberes propios del cargo no enervan de por sí la facultad discrecional del nominador.

Así las cosas, dicha consideración es suficiente para confirmar la sentencia apelada de noviembre 16 de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo en este asunto.

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

FALLA

Confírmase la sentencia de noviembre 16 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en este asunto.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.-

LA ANTERIOR PROVIDENCIA FUE ESTUDIADA Y APROBADA POR SALA EN SESIÓN DEL DÍA TREINTA (30) DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES (1993).

DIEGO YOUNES MORENO
CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
ALVARO LECOMPTE LUNA

CLARA FORERO DE CASTRO
JOAQUÍN BARRETO RUIZ
DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

ENEIDA WADNIPAR RAMOS

SECRETARIA

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:56:04