



Sentencia 11586 de 2005 Consejo de Estado

QUEJOSO EN PROCESO DISCIPLINARIO - Carece de legitimación por activa para instaurar la tutela por no ser parte en el proceso;
SERVIDOR PUBLICO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - De la misma manera que son designados asimismo pueden ser removidos / **BUEN SERVICIO PUBLICO** - Es el fin para el nombramiento y remoción de servidores públicos / **NOMINADOR DE SERVIDOR DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION** - Puede ejercer su facultad discrecional en cualquier tiempo salvo limitación legal que se debe alegar / **INSUBSISTENCIA DE SERVIDOR DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION** - En este caso las normas de carrera no pueden ser conculcadas / **ACTO DE INSUBSISTENCIA** - En el régimen de libre nombramiento y remoción no requiere ser motivado, aunque la administración lo puede hacer

El cargo de Subdirector de Establecimiento Carcelario está catalogado como de libre nombramiento y remoción en el Decreto 407 de 1994. Así, la parte actora no podía estar inscrita en el escalafón de carrera penitenciaria, conforme a la ley y al material probatorio del proceso, por lo que no podía estar sujeta a las reglas de protección previstas para el personal inscrito en esa clase de carrera administrativa. Los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, de la misma manera que pueden ser designados también pueden ser removidos del servicio, todo en aras del buen servicio público, y tal atribución no se confiere para su ejercicio arbitrario. Además, el Nominador -respecto de dicho personal- puede ejercer su facultad discrecional en cualquier tiempo, salvo limitación legal que se debe alegar y demostrar; el Dcto. 407 de 1994, consagra las causales de retiro del servicio de este personal y en el literal a) de su art. 49 prevé la declaratoria la insubsistencia del nombramiento de los empleados del INPEC. Entonces, en caso de declaratoria de insubsistencia de empleados sin estabilidad por carrera, las normas de carrera no pueden ser conculcadas. Ahora, en la demanda del sub-lite se destaca que no se invocaron como quebrantadas en concreto normas legales penitenciarias sobre el particular, aunque se hayan esbozado conceptos que parecen tener relación con las mismas. Conforme al régimen jurídico aplicable a personal sin estabilidad en el servicio (de libre nombramiento y remoción, en este caso) el acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento no requiere de motivación expresa en el mismo; ahora, si la administración decide incluir tal motivación, lo puede hacer, pero debe ajustarse a derecho. Y, fuera de las razones que tiene el Nominador para prescindir de los servicios de un empleado de esta clase, otro punto diferente es el de la COMPETENCIA NOMINADORA que debe estarle atribuida a una autoridad para que pueda ejercerla. Por lo tanto, no se pueden confundir la COMPETENCIA en la materia con los MOTIVOS para su ejercicio.

VIDEO COMO PRUEBA DE DESVIACION DE PODER - Los comentarios de un periodista no pueden ser tenidos como prueba de tal irregularidad / **DESVIACION DE PODER** - Supone un nexo causal entre unos hechos y el acto de desvinculación del actor / **PRESUNCION DEL BUEN SERVICIO** - En el caso de insubsistencia puede ser desvirtuada por quien impugne el acto

En esas condiciones, no es posible admitir sin dubitación que la citada intervención del Director del INPEC corresponda exactamente a una entrevista o declaración que éste rindiera a un periodista del programa televisivo Caracol Noticias, como adujo la parte actora en el numeral 7 de los Hechos de la demanda y tuvo en cuenta el Tribunal en la parte motiva En efecto, en ninguna parte del video puede observarse la interlocución de por lo menos dos personas (en un mismo escenario) como pudieran ser el periodista de Caracol Noticias y el Director del INPEC, donde el primero planteara una pregunta o comentario claro y directo respecto de los motivos por los cuales se profirió el acto administrativo demandado y del que pueda inferirse que la respuesta a lo formulado fue lo manifestado por el Director del INPEC. Nótese que no puede concatenarse el contenido del video por haberse producido en tres momentos diferentes, es decir, no hay unidad, no constituye un todo y por lo tanto tampoco puede ser apreciado y valorado en forma integral. Por otro lado, los comentarios de un periodista sobre una determinada actuación estatal comprenden su personal apreciación de unos hechos y, per-se, no pueden ser tenidos en cuenta como prueba de la irregularidad que dedujo el periodista; en nuestro estado de derecho y conforme al régimen procesal, quien tiene la potestad de resolver sobre la nulidad de una determinada decisión administrativa es el juez competente conforme a la ley y a éste le corresponde la evaluación de la prueba respectiva para establecer si ha ocurrido o no una determinada violación del ordenamiento jurídico. Ahora bien: como ha señalado la Sala en reiteradas ocasiones, la configuración de la Desviación de Poder supone como requisito sine qua non la existencia de una relación o nexo de causal entre unos hechos y el acto de desvinculación del actor. En el caso de autos, la prueba arrimada por la parte actora, que se ha analizado, no da certeza de la configuración de la causal referida. Además, la ausencia de sanciones y el cumplimiento de los deberes por el empleado, antes de su retiro del servicio, no implican necesariamente que la libre remoción está incurso en desviación de poder, pues su obligación como servidor público era cumplir con su deber. El Nominador, cuando ejerce el poder de desvincular servidores que no gozan de estabilidad, se entiende que busca mejorar el servicio público; esta presunción puede ser desvirtuada por quien impugne el acto cuando demuestre fehacientemente que se ejerció torcidamente la atribución, sin que baste para ello el simple aserto.

PROCESO DISCIPLINARIO CONTRA SERVIDOR PUBLICO - No enerva la facultad del nominador para nombrar y remover empleados / **POTESTAD DISCIPLINARIA DEL NOMINADOR** - Es autónoma e independiente de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción

Pues bien, como repetidamente lo ha sostenido esta Jurisdicción, el nominador detenta el poder de nombrar y remover los empleados conforme a la ley. Y esta facultad no se enerva por la presentación de acusaciones disciplinarias contra el servidor público, ni por la iniciación del proceso disciplinario por la Procuraduría General de la Nación, y el acto de remoción -en esas circunstancias- per-se no adquiere carácter sancionador.

Además, sería absurdo considerar que la existencia de una investigación disciplinaria otorgara inamovilidad al inculpado lo cual reñiría con la ética administrativa. Es trascendental que el nominador no ejerza la facultad con ánimo disciplinario, lo cual no aparece demostrado en el sub-lite; la intervención de la Procuraduría, no afecta ni altera la voluntad del Nominador. Y esta Jurisdicción ha reiterado en varias oportunidades que la potestad disciplinaria es autónoma e independiente de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, pues el ejercicio de la primera, no inhibe el adelantamiento de la segunda. Por otro lado, para el ejercicio de la atribución de desvinculación de servidores que no gozan de estabilidad, salvo disposición legal en contrario que no aparece y no es indispensable efectuar una previa investigación administrativa con traslado de cargos al empleado porque así no está dispuesto y por ello no puede resultar afectado el debido proceso y el derecho de defensa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: TARSICIO CACERES TORO

Bogotá, D.C., trece (13) de octubre del dos mil cinco (2005).

Radicación Número: 25000-23-25-000-2001-11586-01(4464-04)

Actor: OLGA ENID CELIS CELIS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO

Control. : INSUBSISTENCIA /00.

Ref. 4464-04 AUTORIDADES NACIONALES

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 29 de abril de 2004, proferida por la Subsección "D" de la Sección Segunda -Sala de Descongestión- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso No. 11586 - 2001, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda, como luego se precisará.

ANTECEDENTES:

LA PRIMERA INSTANCIA Y SU TRÁMITE

LA DEMANDA. OLGA ENID CELIS CELIS, en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 85 del C.C.A., el 2 de noviembre de 2001 demandó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "Inpec" y reclamó la nulidad de la Resolución No. 2696 del 5° de julio de 2001, expedida por el Director General de dicha Institución, por medio de la cual se le declaró insubsistente el nombramiento en el cargo de Subdirector de Establecimiento Carcelario Código 2225, Grado 06 de la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota"

Como restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría; que se condene a la parte demandada al pago de salarios y demás derechos laborales dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta la del respectivo reintegro; que para todos los efectos legales se declare que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio; y que se ordene dar cumplimiento y aplicación a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Hechos.- Se narraron entre otros los siguientes: El día 23 del mes de Junio del año 2001, cuando la actora se desempeñaba como Subdirectora de la Penitenciaría Nacional de Colombia "La Picota", el centro carcelario fue atacado desde el exterior de los muros, con el fin de facilitar una fuga masiva de reclusos, con los resultados que aparecen en el Informe de novedad rendido por el Director de la Penitenciaría al Director General del INPEC. -) Del informe de novedad se deduce que dos oficiales de inteligencia de la SJJIN tenían conocimiento de la posibilidad de la ocurrencia de la fuga, información que fue puesta en conocimiento del comandante de Guardia (e) y se dejó la anotación en la minuta de guardia externa. La información, fue puesta en conocimiento del Comandante de Compañía, quien a su vez enteró a los señores CT. Luís Felipe Rincón Jurado y CT. Gustavo Silva Ramírez, quienes se trasladaron de inmediato a comunicarse con el Jefe de Seguridad Turno A del Pabellón de Alta Seguridad y con el Comandante de la Base del Ejército acantonado en el penal. Igualmente se informó al Director Regional del INPEC por parte del Capitán Silva Ramírez, para que informara a su vez al Director General del INPEC buscando apoyo del GRI y del CORES. -) Que el Director de la Penitenciaría Central, desde el día 19 de Abril de 2001, puso en conocimiento de las autoridades competentes la información que se tenía y que hacía prever "la materialización de fugas o rescates de personal" recluso en la penitenciaría. -) Que el cinco (5) de Julio del 2001, el Director Nacional del INPEC, en declaraciones rendidas al Noticiero de las 19:00 horas (7 de la noche) de la Cadena de Televisión "Caracol", hizo declaraciones relacionadas con la desvinculación de la actora. -) Que desde el momento de la desvinculación de la actora, el cargo de SUBDIRECTOR DE LA PENITENCIARIA CENTRAL LA PICOTA ha sido desempeñado por la Cap. Yolanda Méndez Velásquez y por el Tte. Ernesto Fontecha Fontecha, funcionarios que no cumplen con los requisitos mínimos exigidos para su ejercicio, lo cual evidencia que lejos de mejorarse el servicio, este sufrió una notable afectación.

Las Normas violadas y concepto de la violación. Señala como tales los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 25, 29, 83, 125, 209 y 228 de la Constitución

Nacional; 36 y 34 del C.C.A. Argumentó: -) Que la dignidad del ser humano supone que el Estado debe respetar el ordenamiento jurídico preexistente, como garantía de sus derechos, que en este caso se impuso una sanción disciplinaria sin formula de juicio, quebrantando todo el ordenamiento jurídico. Nótese que el Director General de la Institución, de manera irresponsable y pretendiendo ocultar los verdaderos responsables en brindar la seguridad al centro carcelario, públicamente, por los canales de Televisión, anuncia la desvinculación fundando tal decisión en unos motivos de los cuales la actora nunca tuvo la oportunidad de desvirtuarlos. -) Que no se puede argumentar que la actora no gozaba de fuero alguno de estabilidad por no estar inscrita en el escalafón de carrera administrativa, lo cual no se debate. La violación deriva de la falta de justificación de la desvinculación por cuanto no hubo mejoramiento del servicio en la separación del cargo. -) Que el Director General del INPEC al declarar insubsistente el nombramiento de la actora no mejoró el servicio público, además al proceder en forma lejana a legalidad en la actuación que culmina con la desvinculación de la actora, en ejercicio de una supuesta facultad discrecional desatendió la propia Constitución al no dar cumplimiento a lo señalado entre otros al artículo 25 en donde se ordena prestar al trabajo una especial protección toda vez que no se tuvo en cuenta la excelente labor desarrollada por la actora, la inexistencia de un motivo y la falta de mejoramiento del servicio. -) Que en reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado, se distancia la discrecionalidad de la arbitrariedad. La facultad discrecional de separar a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, también está sometida a la Constitución, a la ley y a los reglamentos. -) Que la Resolución No. 02696 del 5 de julio de 2001, mediante la cual se declara insubsistente el nombramiento de la demandante es huérfana en su base jurídica, pues al proferirla no se cumplió con su trámite previo, cual era el de dejar la expresa constancia que tuvo el creador del acto para desvincular a la demandante, por ende este debe ser declarado nulo y en su defecto restituirse el derecho al trabajo. -) Que era necesario para retirar del servicio a la actora, la existencia de una razón legal relacionada con su desempeño y conducta laboral y sólo hubiera sido factible el retiro si hubiese sido este el producto de la evaluación insatisfactoria por parte de sus superiores inmediatos y que se encuentre en firme o que la desvinculación fuera la culminación de un proceso disciplinario, adelantado con todas las garantías legales. -) Que agotada esta etapa, EL INPEC, debió expresar esta situación en la parte motiva del acto y no basarse en la facultad discrecional de retiro, pues de esa manera incurrió en forma flagrante en falsa motivación. -) Que se debe distinguir la necesidad de la existencia o suficiencia de motivos para la expedición de un acto y la obligación de la administración de expresarlos. Esta obligación no existe como regla general, por cuanto se presume legalmente la existencia de motivos, por lo que ella solo surge cuando la constitución la ley así lo exija o cuando dicha necesidad se imponga por ciertas circunstancias especiales que la exija para posible el control de legalidad del acto administrativo, por cuanto la administración ha debido señalar los motivos de desvinculación de un funcionario excelente. -) Que el INPEC, al expedir la Resolución No. 02696 actuó de manera caprichosa, sin tomar en consideración las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo, las circunstancias de hecho o de derecho que en este caso constituyen la causa, o mejor, el motivo que lo llevaron a dictar el acto administrativo. -) Que el acto demandado se fundamentó en el numeral 4 del artículo 48 del Decreto 1890 de 1999 y en el literal a) del artículo 49 del decreto 407 de 1994, como motivación del mismo, norma que establece las facultades, relacionadas con la facultad discrecional, la cual solo se puede ejercer "de conformidad con la ley" y es la ley la que señala el mejoramiento del servicio como motivo de la desvinculación de un funcionario de libre nombramiento y remoción que viene cumpliendo con sus funciones, que no ha sido sancionado disciplinariamente y que ha demostrado alto grado de compromiso institucional.

Que no había una justificación para prescindir de los servicios de la demandante, que se utilizó la facultad discrecional que se tiene para el mejoramiento del servicio, con el fin de sancionar sin formula de juicio a la demandante por conductas que no eran de su resorte, pretendiendo ocultar una realidad bien distinta. Se necesitaba un "chivo expiatorio" que ocultara la verdadera responsabilidad, violándose así todos los derechos de la actora. Con la actuación del INPEC se desconocieron preceptos constitucionales y en consecuencia es evidente la oposición a estas normas supralegales, por cuanto no hubo razones objetivas y serias para el retiro absoluto de la demandante, riñendo así con los postulados de igualdad y estabilidad laboral que concede la norma constitucional protectora del derecho al trabajo.

Que la decisión adoptada por el señor Director General del INPEC de declarar la insubsistencia del demandante, amparándose en la facultad discrecional contraviene lo señalado en los artículos tercero y sexto de la Constitución Nacional, con la declaratoria de insubsistencia no se mejoró el servicio público y por consiguiente no se cumplió con el deber de observar la ley, violándose flagrantemente el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, disposición que consagra que las decisiones discrecionales deben ser proporcionales a los hechos que la causan y adecuada a los fines de la norma que las autorizan por cuanto no se adecuó su decisión al mejoramiento del servicio público como reitero se demostrara en el proceso ya que se trataba de una excelente funcionaria.

Que al prescindir de los servicios de la demandante el servicio se desmejoró pues es la actora fue una funcionaria de excelsas calidades en el desempeño de sus funciones, así las cosas, debemos descartar de plano que no fueron razones conducentes a buscar un mejor servicio público, única razón de servicio válida, las que motivaron la insubsistencia. Queda claro que no se ejerció la facultad discrecional dentro de los parámetros legales, motivo que impone la anulación del acto administrativo impugnado por violar disposiciones legales y configurarse la denominada DESVIACIÓN DE PODER.

Que el Director General del INPEC, para la fecha de los hechos, expresa que la decisión de desvincular a la demandante y a otros funcionarios se produjo porque "no estaban al frente de sus cargos y obligaciones el día de los acontecimientos". Expresa un motivo bien diferente al consignado en el acto administrativo como es la facultad de remover a los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Que los motivos hechos públicos por el Director General del INPEC, son diferentes y que la desvinculación es una sanción por no estar al frente de su cargo y obligaciones el día de los acontecimientos.

Que la desviación de poder deviene evidente. Se usó una competencia que se tiene como es la de retirar a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, no para mejorar el servicio, sino para aplicar una sanción sin formula de juicio.

Que existe un divorcio entre el acto administrativo demandado y la realidad visible en los antecedentes administrativos que como empleada

mantuvo la demandante, lesionando además de su patrimonio material y su patrimonio moral.

Que en trascendental sentencia del 18 de mayo de 2000, Radicación No. 2459-99, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, el Consejo de Estado al decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 11 de Junio de 1999 dispuso que en casos como el presente, se invierte la carga de la prueba, así las cosas, a iguales hechos igual derecho. Y es que el simple cotejo de las situaciones fácticas del caso al que se refiere la sentencia con el que nos ocupa, nos lleva a solicitar sin vacilación alguna igual tratamiento en la sentencia de fondo.

Que la desviación de poder unida a las declaraciones públicas dadas por el nominador de la entidad se impone concluir que la separación del cargo de la demandante tiene como razón los hechos violentos ocurridos en el establecimiento carcelario donde laboraba la demandante. A esa conclusión se llega sin mayores elucubraciones dada la claridad de las afirmaciones hechas por el Director del INPEC cuando se refiere a la demandante con nombre propio y apellidos, como una de las cuatro personas retiradas, supuestamente porque "no estaban al frente de sus cargos y obligaciones el día de los acontecimientos".

Concluye que la decisión cuya nulidad se demanda, fue tomada por el Director General del INPEC, violando la Ley, la constitución y entrañando una públicamente anunciada. (fls.134 1 154 cdno ppal. Exp.)

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Entidad se opuso a las pretensiones planteadas. Manifestó:

Que la Resolución No. 02696 del 05 de julio de 2001 fue expedida con arreglo a normas constitucionales y legales y goza de la presunción de legalidad mientras no sea desvirtuada.

Que los funcionarios que sucedieron a la actora en el cargo pertenecen al Cuerpo de Custodia y Vigilancia y dentro de la institución gozan y están catalogados como unos funcionarios de alta confiabilidad, capacitados para desempeñar cargos administrativos, de manejo y de vigilancia merecedores de toda confianza. (fls.172 y 173 cdno. ppal. Exp.)

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El a-quo accedió a las súplicas de la demanda. Consideró:

Que la actora tuvo una importante trayectoria dentro del INPEC en diversos cargos, a título de encargo o de asignación de funciones, y en diferentes ciudades, sin estar vinculada en propiedad en alguno de ellos, ejerciendo los empleos en calidad de libre nombramiento y remoción, permitiendo colegir dadas esas precisas condiciones, que era una persona de la absoluta confianza dentro de la estructura orgánica del INPEC.

Que el retiro del servicio de la actora se produjo, de acuerdo con la entrevista realizada al Director del INPEC, en forma sucedánea y como consecuencia del ataque al centro penitenciario donde laboraba, justificado ese retiro, según palabras mismas del nominador, por no estar "...al frente de sus cargos y obligaciones el día de los acontecimientos", ello, conjugado con la afirmación del periodista acerca de que se trataba de una destitución, que no se ejerció adecuadamente la facultad discrecional para remover funcionarios de libre nombramiento y remoción; que hubo una falsa motivación, pues existía un trasfondo, una motivación velada diferente al ejercicio de dicha facultad.

Que no se infiere la más mínima injerencia o responsabilidad de la demandante en la ocurrencia del ataque. Que dada la hora del ataque, pasadas las siete de la noche, debió probarse las responsabilidades específicas a cargo de la actora, circunstancia que de haberse probado obligaban al inicio de un proceso disciplinario. (fl. 234 a 247 Cdn. Ppal. Exp.)

LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA. La P. demandada pide la revocatoria del fallo para que en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda. Argumentó, en resumen:

Que el cargo de Subdirectora de Establecimiento que estaba desempeñando la actora, era de libre nombramiento y remoción. Al ser un cargo de libre nombramiento y remoción el nominador cuenta con la facultad discrecional de remover y como fundamento de la misma está encaminada a la búsqueda de mantener el buen servicio, porque según las circunstancias que antecedieron la expedición de la Res. 02696 de 5 de julio de 2001 no generaban garantía para el Instituto de eficiencia y eficacia en la prestación del servicio de las funciones que estaban a cargo de la demandante.

Por ningún motivo se podía ser permisivo y pasar por alto un enfrentamiento armado en el que no se tomaron las medidas necesarias para conjurarlas, sobre todo porque no existe prueba de que el Comité de seguridad del penal se haya reunido para toma las medidas necesarias que impidieran el enfrentamiento o por lo menos menguaran sus consecuencias, así la demandante no actuó como debiera, porque en sus manos se había depositado la confianza del INPEC para el manejo del establecimiento carcelario y le correspondía a ella demostrar que existió prontitud y celeridad en el ejercicio de sus funciones.

Que la facultad para evaluar el mejoramiento del servicio y las razones de interés general corresponden al nominador y no al demandante o a los testigos como dejó expresado en la sentencia del 11 de octubre de 2001 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicación 63001-23-000-1998-0418-01, Consejero Ponente Dra. MARGARITA OLAYA FORERO.

Que dicha facultad del nominador no puede ser puesta en entredicho con las apreciaciones formuladas por un periodista al transmitir una noticia, sobre todo porque un periodista no es la autoridad para determinar la clase de actuación que la administración ejerce cuando profiere un acto administrativo, siendo sus declaraciones meras opiniones que no pueden tener valor para un pronunciamiento judicial.

Que no puede tomarse tampoco como motivación del acto administrativo acusado las mencionadas afirmaciones, sobre todo porque el artículo 107 del Decreto 1950 de 19703 y el Decreto 407 de 1994 establecen que no existe un procedimiento reglado para la declaración de

insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción. (Fls. 249 a 254)

LA SEGUNDA INSTANCIA. Se admitió el recurso de apelación. Y, ahora, ha llegado el momento de dictar sentencia, se profiere con las siguientes-

CONSIDERACIONES:

En este proceso, se discute, la legalidad de la Resolución No. 02696 del 5° de julio de 2001 proferida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la parte actora en el cargo de Subdirector de Establecimiento Carcelario, Código 2225, grado 06, de la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota". El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda; decisión que ha sido apelada por la parte demandada; compete ahora resolver dicho recurso.

Para resolver esta controversia se analizan los siguientes aspectos relevantes:

1. Del régimen aplicable al personal del INPEC. Se concreta que la norma aplicable al caso de estudio, por ser la vigente al momento en que se consolidaron los hechos, es el Decreto L. 407 de 1994, el cual consagra lo siguiente:

"Art. 10 Clasificación de empleos. Los empleos según su naturaleza y forma como deben ser provistos, son de libre nombramiento y remoción y de carrera.

Son de libre nombramiento y remoción los empleos que se señalan a continuación: Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, Secretario General, Subdirectores, Jefes de Oficina, Asesores, Directores Regionales, Jefes de División, Directores y Subdirectores de Establecimiento Carcelarios y los demás empleos de Jefe de Unidad que tengan una jerarquía superior a Jefe de Sección y los de tiempo parcial entendiéndose por tales aquellos que tienen una jornada diaria inferior a (cuatro) 4 horas. (Negrilla fuera de texto)

Son de carrera los demás empleos del Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario INPEC".

"Art. 49 Causales de retiro. Son causales de retiro para los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, las siguientes:

a) Declaración de insubsistencia del nombramiento."

"Art. 98 Ingreso a la Carrera. Aprobado el período de prueba por obtener calificación de servicio satisfactoria, el empleado nombrado por concurso o curso adquiere derechos de carrera y deberá ser inscrito en el escalafón y el empleado ascendido le será actualizado el mismo.

Art. 99 Solicitud de inscripción en la carrera. Aprobado el período de prueba el Jefe de la División de Recursos Humanos o quien haga sus veces o el interesado deberán solicitar a la Junta de Carrera la inscripción en ésta, la que se efectuará en los treinta (30) días siguientes.

Art. 112 Ingreso especial al escalafón. Podrán solicitar su ingreso al escalafón de la carrera penitenciaria los siguientes funcionarios:

a) Quienes al entrar en vigencia este decreto se encontraren ocupando empleos de carrera penitenciaria, carcelaria y administrativa por estar vinculados como empleados de la Dirección General de Prisiones y demás dependencias del Ministerio de Justicia debiendo acreditar dentro del año inmediatamente siguiente el cumplimiento de los requisitos señalados para su respectivos empleos en el Manual de Funciones y Requisitos;

b) Los funcionarios que al momento de ser incorporados a la Planta del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, se encontraren escalafonados en carrera administrativa, previa verificación de la certificación que así lo acredite, conservarán los derechos a ella. "

2. La desvinculación de los empleados del INPEC. - El caso sub- examine

2.1 La situación fáctica. Se registran los siguientes datos relevantes:

Por Resolución 2188 de abril 26 de 1996 fue nombrada con carácter ordinario en el cargo de Director de Establecimiento Carcelario, código 5070, grado 11 de la Planta Global del INPEC y se posesionó mediante acta sin número del 22 de mayo de 1996. (fls.15 y 16 cdno ppal exp.) Por Resolución 0662 del 11 de febrero de 1997 fue nombrada en el cargo de Subdirectora código 2225 grado 06 de la planta de personal globalizado del INPEC, asignado a la Penitenciaría Nacional de Cúcuta, posesionado mediante acta de posesión sin número del 13 de febrero de 1997 (fl.36 cdno ppal exp.) Mediante oficio del 24 de junio de 2001 el Director de la Penitenciaría Central "La Picota" ante el Director General del INPEC presentó un Informe de la novedad presentada el 23 de junio, cuando en la cual se efectuó una fuga de presos de la cárcel la Picota. (fl.118 cdno ppal. Exp)

Por Resolución 2096 del 5 de julio de 2001 fue declarado insubsistente el nombramiento de la parte actora en el cargo de Subdirector de Establecimiento Carcelario, código 2225 grado 06 de la Penitenciaría Central de Colombia La Picota. (fl.2 cdno ppal exp.)

Mediante oficio No. 01513 del 30 de julio del 2001 del Profesional Universitario de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares se solicitó al Director del INPEC una información para efectos de la investigación disciplinaria No. 002-58733-01 iniciada por la fuga masiva de reclusos ocurrida en la penitenciaría central de Colombia "La Picota" el 23 de junio del 2001 y, específicamente, si entre otros la señora OLGA CELIS CELIS, Subdirectora del penal aún se encontraba laborando en dicho centro carcelario. Esta solicitud fue reiterada en oficio No.01611 del 16 de agosto de 2001 (fls.96 a 97 y 93 a 95 cdno 4 anexo exp.).

2.1 El proceso judicial sobre el acto de desvinculación de la parte actora.

De la primera instancia

En la demanda se solicitó la nulidad de la Resolución No. 2696 del 5 de julio de 2001, proferida por el Director General del INPEC, mediante la cual se declaró insubsistente del cargo de Subdirector de Establecimiento Carcelario código 2225 grado 06. y, a título de restablecimiento del derecho requirió el reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría y demás consecuencias allí señaladas.

El A-quo en sentencia de primera instancia accedió a las súplicas de la demanda, porque el Director del INPEC no hizo uso adecuado de la facultad discrecional para remover funcionarios de libre nombramiento y remoción, y se configuró la falsa motivación. Esta decisión fue apelada por la parte demandada con la fundamentación ya señalada anteriormente.

De la decisión de segunda instancia

Resaltan los siguientes aspectos:

El acto administrativo expedido en ejercicio del poder nominador, en principio, se presume ajustado al ordenamiento jurídico que sobre la materia existe, y por ende, corresponde al impugnante del mismo la carga de la prueba de los vicios o causales de anulación endilgados, con el fin de desvirtuar la mencionada presunción que lo ampara y obtener finalmente su nulidad, para luego analizar las consecuencias de la misma. La ley impone al demandante la "carga" de la prueba para desvirtuar la legalidad del acto; el juez no puede, contra la ley, invertir la carga que determina la normatividad.

a.) De la violación normativa en remoción de empleados de libre vinculación y retiro.

El cargo de Subdirector de Establecimiento Carcelario está catalogado como de libre nombramiento y remoción en el Decreto 407 de 1994. Así, la parte actora no podía estar inscrita en el escalafón de carrera penitenciaria, conforme a la ley y al material probatorio del proceso, por lo que no podía estar sujeta a las reglas de protección previstas para el personal inscrito en esa clase de carrera administrativa.

Los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, de la misma manera que pueden ser designados también pueden ser removidos del servicio, todo en aras del buen servicio público, y tal atribución no se confiere para su ejercicio arbitrario. Además, el Nominador -respecto de dicho personal- puede ejercer su facultad discrecional en cualquier tiempo, salvo limitación legal que se debe alegar y demostrar; el Dcto. 407 de 1994, consagra las causales de retiro del servicio de este personal y en el literal a) de su art. 49 prevé la declaratoria la insubsistencia del nombramiento de los empleados del INPEC

Entonces, en caso de declaratoria de insubsistencia de empleados sin estabilidad por carrera, las normas de carrera no pueden ser conculcadas.

Ahora, en la demanda del sub-lite se destaca que no se invocaron como quebrantadas en concreto normas legales penitenciarias sobre el particular, aunque se hayan esbozado conceptos que parecen tener relación con las mismas. Pero, conforme a la ley y al debido proceso, en la demanda contencioso administrativa se deben invocar las **NORMAS VIOLADAS Y SU RESPECTIVO CONCEPTO DE VIOLACIÓN** que son esenciales para juzgar el acto frente a ellas y el concepto de su violación que se haya emitido, pues en un "control de legalidad" no es posible hacer juzgamiento frente a conceptos que se emitan sin allí establecer su nexo con la norma concreta, salvo situación excepcional que debe ser analizada en forma particular, dado que el acto acusado en nulidad debe ser confrontado con la norma que se supone violada y no frente a conceptos emitidos aisladamente.

Conforme al régimen jurídico aplicable a personal sin estabilidad en el servicio (de libre nombramiento y remoción, en este caso) el acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento no requiere de motivación expresa en el mismo; ahora, si la administración decide incluir tal motivación, lo puede hacer, pero debe ajustarse a derecho.

Y, fuera de las razones que tiene el Nominador para prescindir de los servicios de un empleado de esta clase, otro punto diferente es el de la **COMPETENCIA NOMINADORA** que debe estarle atribuida a una autoridad para que pueda ejercerla. Por lo tanto, no se pueden confundir la **COMPETENCIA** en la materia con los **MOTIVOS** para su ejercicio.

b.) De la desviación de poder.

El a-quo aceptó demostrada esta causal de nulidad del acto administrativo acusado al tener en cuenta la entrevista realizada al Director del INPEC, en forma sucedánea y como consecuencia del ataque al centro penitenciario donde laboraba, según palabras del nominador, por no estar "...al frente de sus cargos y obligaciones el día de los acontecimientos", ello, conjugado con la afirmación del periodista acerca de que se trataba de una destitución. No se infiere en la más mínima injerencia o responsabilidad de la demandante en la ocurrencia del ataque. Que dada la hora de los hechos, pasadas las siete de la noche, debió probarse las responsabilidades específicas a cargo de la actora, circunstancia que de haberse probado obligaban al inicio de un proceso disciplinario.

Y en la apelación de la parte demandada contra la sentencia del a-quo se alega que la facultad para evaluar el mejoramiento del servicio y las razones de interés general corresponden al nominador y no al demandante y la facultad nominadora no puede ser puesta en entredicho con las apreciaciones formuladas por un periodista al transmitir una noticia, cuando no es autoridad, siendo sus declaraciones meras opiniones.

Veamos, ahora, la situación probatoria.

Concreta la Sala que dentro del material probatorio que obra en el expediente aparece un INFORME DE NOVEDAD rendido por el Director de la Penitenciaría Central de la Picota, acerca del ataque efectuado en dicho centro el 23 de junio del 2001 a las 7:05 pm. (fl.149 con. Ppal. Exp), y

UN VIDEO que contiene una NOTA PERIODÍSTICA efectuada por el noticiero del Canal Caracol Televisión con declaraciones dadas por el entonces Director del INPEC General ® Fabio Campos Silva. (fl.11 con. ppal exp.)

-) El video casete y la transcripción de la Nota Periodística emitida durante el noticiero de televisión "caracol noticias" de las 7:00 pm.

En la demanda se "transcriben" apartes de la NOTA PERIODISTICA que luego tuvo en cuenta el a-quo; ahora, revisado el citado documento en esta Corporación, se encuentra que dice:

PRESENTADORA: "La crisis carcelaria de los últimos días costó hoy cuatro cabezas en el sistema penitenciario. Esta tarde fueron destituidos de sus cargos el Subdirector del INPEC y el Director, la Subdirectora y el Jefe de Guardia de La Picota."

NOTA DEL NOTICIERO: "El Coronel Luís Bernardo Maldonado Bernate fue retirado como Subdirector del INPEC porque presuntamente se negó a apoyar a la Fiscalía en un allanamiento a la Cárcel Modelo el pasado 26 de Junio. El propio fiscal encargado Pablo Elías González le solicitó al procurador iniciar una investigación disciplinaria por la presunta omisión de apoyo y estos fueron los despidos de la Cárcel de la Picota."

DIRECTOR DEL INPEC: "Al director del establecimiento Doctor Mario Alberto Arévalo Perdomo y a la Subdirectora Olga Enith Celis Celis así como también al Capitán de la guardia Luís Felipe Rincón Jurado quienes no estaban al frente de sus cargos y obligaciones el día de los acontecimientos."

-) El aporte de la prueba y la intervención de la parte demandada.

Se anota que el Video fue aportado por el actor con la demanda y en ésta solicitó al Tribunal oficiar al canal Caracol para que remitiera la transcripción del contenido del mismo. (fl. 156 cdno. Ppal. Exp.)

En la contestación de la demanda (fl. 173 cdno ppal exp.) se señaló que el contenido del video se refiere a la transmisión de una noticia de carácter general de la cual no es posible concluir ningún tipo de violación a la ley, y respecto de la transcripción del video destacó que la parte actora la efectuó en la demanda.

El decreto de pruebas del a-quo.- Cabe señalar que el Tribunal en el auto del 23 de mayo del 2003, mediante el cual decretó pruebas, en el numeral 3 no dispuso el envío del video casette al Canal Caracol para su transcripción, que había solicitado el demandante. No accedió a tal actuación porque consideró suficiente el aporte del video para establecer su contenido, ya que no fue cuestionado en su fidelidad por la demandada, teniéndolo como auténtico de conformidad con el art. 11 de la Ley 446 de 1998; (fls. 182 y 183 cdno ppal. exp.).

-) Valoración del contenido del video.

En principio, se hará un análisis de la elaboración y producción de la noticia que contiene el video y de su contexto (tiempo, modo y lugar) con la declaración del Director del INPEC, de las cuales la demandada dedujo el desvío de poder, para luego determinar sus efectos.

Del contenido del video aportado no se puede determinar la fecha y hora de su emisión; tampoco existe prueba en el expediente que certifique que el 5 de julio del 2001 a las 7:00 pm, se haya emitido la noticia que originó el video, como se señaló por el actor en el numeral 7 la demanda (fl.31 cdno ppal exp.).

Respecto de la elaboración de la noticia que contiene el video, cabe resaltar que se produjo en tres escenarios diferentes y que en su edición se presentaron consecutivamente. El primero corresponde a la presentación de la noticia efectuada en el set del noticiero; el segundo se trata de la elaboración de una nota del noticiero pregrabada, y, el tercero contiene la intervención del Director del INPEC, frente a diversos medios periodísticos, teniendo en cuenta que delante de él aparecen varios micrófonos.

De la intervención del Director del INPEC arrimada no se puede establecer el contexto de su declaración, vale decir, no es viable determinar si se hizo o no para una responder preguntas de periodistas, para precisar algún comentario o a iniciativa propia, por cuanto la nota inicia y termina únicamente con lo manifestado por dicha autoridad.

En esas condiciones, no es posible admitir sin dubitación que la citada intervención del Director del INPEC corresponda exactamente a una entrevista o declaración que éste rindiera a un periodista del programa televisivo Caracol Noticias, como adujo la parte actora en el numeral 7 de los Hechos de la demanda y tuvo en cuenta el Tribunal en la parte motiva (fl.243 cdno ppal exp.).

En efecto, en ninguna parte del video puede observarse la interlocución de por lo menos dos personas (en un mismo escenario) como pudieran ser el periodista de Caracol Noticias y el Director del INPEC, donde el primero planteara una pregunta o comentario claro y directo respecto de los motivos por los cuales se profirió el acto administrativo demandado y del que pueda inferirse que la respuesta a lo formulado fue lo manifestado por el Director del INPEC.

Así las cosas, descartada la entrevista antes mencionada y de acuerdo a lo estudiado respecto de la elaboración de la noticia que contiene el video, se colige que, por producirse en tres escenarios diferentes, el contenido del video corresponde a la emisión de una noticia que informa por una parte sobre la crisis carcelaria del país (Intervención de la presentadora), al informe de unos hechos ocurridos en la cárcel la Picota (nota pregrabada) y, de otra parte, de unas manifestaciones del Director del INPEC desconociéndose a qué preguntas o interrogantes respondían dichas declaraciones.

Ahora, la manifestación del Director del INPEC que aparece y dice : "Al director del establecimiento Doctor Mario Alberto Arévalo Perdomo y a la

Subdirectora Olga Enith Celis Celis así como también al Capitán de la guardia Luís Felipe Rincón Jurado quienes no estaban al frente de sus cargos y obligaciones el día de los acontecimientos.", en verdad no comprende una idea completa y de ese texto no es posible inferir o concluir sobre una determinada situación administrativa; lo que sí resalta es que asevera que esos dos funcionarios "no estaban al frente de sus cargos y obligaciones el día de los acontecimientos". Nótese que no puede concatenarse el contenido del video por haberse producido en tres momentos diferentes, es decir, no hay unidad, no constituye un todo y por lo tanto tampoco puede ser apreciado y valorado en forma integral.

Por otro lado, los comentarios de un periodista sobre una determinada actuación estatal comprenden su personal apreciación de unos hechos y, per-se, no pueden ser tenidos en cuenta como prueba de la irregularidad que dedujo el periodista; en nuestro estado de derecho y conforme al régimen procesal, quien tiene la potestad de resolver sobre la nulidad de una determinada decisión administrativa es el juez competente conforme a la ley y a éste le corresponde la evaluación de la prueba respectiva para establecer si ha ocurrido o no una determinada violación del ordenamiento jurídico.

Ahora bien: como ha señalado la Sala en reiteradas ocasiones, la configuración de la Desviación de Poder supone como requisito sine qua non la existencia de una relación o nexo de causal entre unos hechos y el acto de desvinculación del actor. En el caso de autos, la prueba arrimada por la parte actora, que se ha analizado, no da certeza de la configuración de la causal referida.

Además, la ausencia de sanciones y el cumplimiento de los deberes por el empleado, antes de su retiro del servicio, no implican necesariamente que la libre remoción está incurso en desviación de poder, pues su obligación como servidor público era cumplir con su deber. El Nominador, cuando ejerce el poder de desvincular servidores que no gozan de estabilidad, se entiende que busca mejorar el servicio público; esta presunción puede ser desvirtuada por quien impugne el acto cuando demuestre fehacientemente que se ejerció torcidamente la atribución, sin que baste para ello el simple aserto.

Por lo tanto, no se encuentra demostrada la desviación de poder por la remoción de la parte demandante. Ahora, el hecho que hayan tenido que encargar a una persona -transitoriamente- del empleo mientras se designa otra, con la debida selección, no puede conducir a admitir que por ello se da un desmejoramiento del servicio. En estas condiciones, contrario a lo analizado por el A quo, este cargo no prospera.

De la violación del debido proceso y del derecho de defensa.

De las pruebas que obran en el proceso aparecen dos oficios del 30 de junio y del 16 de agosto del 2001 de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, que sirven para demostrar que se adelantó el proceso disciplinario en contra de la actora con ocasión de los hechos ocurridos el 23 de junio del 2001 en la Penitenciaría la Picota; en ellos la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares solicita al INPEC información sobre la vinculación de varios funcionarios, entre otros, la actora con destino a esa investigación (fls. 93 a 97 cdno ppal. exp.)

Pues bien, como repetidamente lo ha sostenido esta Jurisdicción, el nominador detenta el poder de nombrar y remover los empleados conforme a la ley. Y esta facultad no se enerva por la presentación de acusaciones disciplinarias contra el servidor público, ni por la iniciación del proceso disciplinario por la Procuraduría General de la Nación, y el acto de remoción -en esas circunstancias- per-se no adquiere carácter sancionador. Además, sería absurdo considerar que la existencia de una investigación disciplinaria otorgara inamovilidad al inculpado lo cual reñiría con la ética administrativa.

Es trascendental que el nominador no ejerza la facultad con ánimo disciplinario, lo cual no aparece demostrado en el sub-lite; la intervención de la Procuraduría, no afecta ni altera la voluntad del Nominador. Y esta Jurisdicción ha reiterado en varias oportunidades que la potestad disciplinaria es autónoma e independiente de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, pues el ejercicio de la primera, no inhibe el adelantamiento de la segunda,

Por otro lado, para el ejercicio de la atribución de desvinculación de servidores que no gozan de estabilidad, salvo disposición legal en contrario que no aparece y no es indispensable efectuar una previa investigación administrativa con traslado de cargos al empleado porque así no está dispuesto y por ello no puede resultar afectado el debido proceso y el derecho de defensa.

Por lo tanto, no aparece demostrado el quebrantamiento del debido proceso y del derecho de defensa.

Así las cosas, habiéndose demostrado que el acto acusado está incurso en los vicios o causales de anulación que se le imputaron, la presunción de legalidad que cobija al acto acusado permanece incólume y en consecuencia, procede la revocatoria de la sentencia de primera instancia, que accedió a las súplicas de la demanda para, en su lugar, denegar las mismas.

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

FALLA:

1º). REVÓCASE, la sentencia del 29 de abril de 2004, proferida por la Subsección "D" de la Sección Segunda - Sala de Descongestión- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso No. 11586-2001, instaurado por OLGA ENID CELIS CELIS contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", que accedió a las súplicas de la demanda, y en su lugar,

2º). DENÍEGUENSE las súplicas de las mismas.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior decisión la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada en la precitada fecha.

TARSICIO CÁCERES TORO

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:12:48