

**Función Pública**

Sentencia 1638 de 2003 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

INSUBSISTENCIA POR CALIFICACION DE SERVICIOS INSATISFACTORIA - Procedencia porque los hechos que fundamentaron la calificación no fueron desvirtuados y porque existe el concepto de la comisión de personal / CALIFICACION DE SERVICIOS - Es un acto motivado que goza de presunción de legalidad

Se trata de un proceso de insubsistencia por calificación de servicios de un funcionario con nombramiento en periodo de prueba. La calificación de servicios constituye la motivación, expresa y relevante, para efectos de la decisión que la administración adoptó sobre el retiro del servicio del actor, que se hallaba vinculado a la entidad demandada con nombramiento en periodo de prueba. Sobre el particular se recaudó abundante prueba testimonial que, no obstante, se limitó a declaraciones genéricas sobre la buena conducta personal y laboral del actor y omitió declaración expresa sobre los hechos particulares expresos y relevantes que la entidad puso de presente al actor como fundamento de su calificación insatisfactoria de servicios. Tal como se dijo atrás, la calificación de servicios es un acto motivado que goza de presunción de legalidad. Por ser motivado incluye en su texto las razones que la administración considero para tomar su decisión y por gozar de la presunción de legalidad excluye de la carga de la prueba a la administración. Corresponde entonces al demandante desvirtuar la existencia de los hechos esgrimidos por la administración, o probar que dichos hechos no constituyen razones para la calificación insatisfactoria. No existe prueba alguna en el expediente que se haya orientado a acreditar lo anterior y observa la Sala que las pruebas obrantes constituyen, se repite, certificaciones de la conducta laboral del empleado que para el efecto de la calificación insatisfactoria de servicios es irrelevante en lo relacionado con los puntos concretos calificados con insuficiencia. En relación con el concepto previo y no vinculante de la comisión de personal, observa la Sala en el expediente la constancia de su existencia. No puede aceptarse como erróneamente lo hace el A quo, que por falta de un delegado de dicha comisión, deba entenderse que dicho acto no haya ocurrido, menos aún cuando el concepto final de la citada comisión es contrario a la intención del nominador. Suficientes son las razones que anteceden para que la Sala decida entonces REVOCAR la sentencia apelada que accedió a las pretensiones de la demanda para en su lugar DENEGAR dichas pretensiones.

INSUBSISTENCIA POR CALIFICACION DE SERVICIOS - Fallo inhibitorio con respecto a uno de los actos acusados porque no fue el que produjo el retiro del actor

Antes de abordar el debate planteado, observa la Sala de los actos demandados, que la resolución 022 de junio 27 de 1995 que aparentemente contiene la declaratoria de insubsistencia del actor, no constituye el acto administrativo a demandar en el presente proceso en la medida en que no produjo los efectos jurídicos que ella menciona (el retiro del actor del servicio). Al respecto observa la Sala que el propio demandante planteó el debate en vía gubernativa sobre la resolución 024 de julio 17 de 1995 -y no sobre la resolución 022 de junio 27 de 1995- y que agotó los recursos que la ley señala para su contradicción y defensa. Lo anterior acredita que el mismo demandante consideró a la resolución 024, como el acto que produjo las consecuencias jurídicas que le son desfavorables y al desechar su acción en la vía gubernativa sobre la resolución 022, la entendió revocada tácitamente o irrelevante como acto administrativo que le era desfavorable. Por lo anterior la Sala deberá declararse inhibida para conocer sobre la demanda de nulidad de la mencionada resolución 022 de junio 27 de 1995.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO

Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil tres (2003).

Rad. No.: 05001-23-25-000-1995-1638-01(3089-02)

Actor: LEONARDO ANTONIO PEMBERTHY GUTIERREZ

Demandado: MUNICIPIO DE BELLO – ANTIOQUIA

Decide la Sala la apelación de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2001 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso iniciado

por LEONARDO ANTONIO PEMBERTHY GUTIERREZ contra el MUNICIPIO DE BELLO ANTIOQUIA.

ANTECEDENTES

LEONARDO ANTONIO PEMBERTHY GUTIERREZ por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la el MUNICIPIO DE BELLO para que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: a) El acto de fecha 23 de junio de 1995, por medio del cual se calificaron sus servicios como Abogado Asistente de la Personería Municipal; b) La resolución 022 de 27 de junio de 1995 que declaró la insubsistencia de su nombramiento; c) La resolución 023 de julio 11 de 1995 mediante la cual se negó el recurso de reposición contra la calificación de servicios; d) la Resolución 024 de julio 17 de 1995 que declaró (nuevamente) la insubsistencia de su nombramiento; y e) la Resolución sin número de julio 27 de 1995 que confirmó la anterior declaración de insubsistencia del demandante.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene el reintegro a un cargo de igual o superior jerarquía, que se ordene el pago de los sueldos, primas, bonificaciones, sobresueldos y demás prestaciones dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta cuando opere el reintegro de forma efectiva.

Solicitó igualmente que se ajuste la condena y que se condene en costas, gastos y agencias en derecho a la entidad demandada.

En los fundamentos fácticos, aduce que se vinculó al municipio de Bello como abogado Asesor en la División Jurídica de la Alcaldía el 17 de julio de 1991 y fue inscrito en el escalafón de carrera administrativa en dicho cargo. Informa que después de haber concursado y mediante resolución 010 de febrero 23 de 1995, fue designado en periodo de prueba en el cargo de Abogado asistente para la Vigilancia Administrativa de la Personería Municipal de Bello. Considera que dicho nombramiento debió ocurrir por ascenso, en razón a que ya se encontraba inscrito en el escalafón de carrera de la Alcaldía de Bello y optó por un cargo de nivel superior en la Personería Municipal.

Informa que con el cambio de Personero Municipal, fue objeto de una hostil actitud del nuevo nominador, actitud que se plasmó en el proceso de su retiro al que califica de ilegal.

Señala que existió irregular expedición de los actos demandados; infracción de las normas en que debieron fundarse; falsa motivación y desviación del poder. A folios 82 y ss. se observa su concepto de violación.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia (sala de descongestión) accedió a las pretensiones de la demanda, declaró la nulidad y el restablecimiento (sic) del derecho pretendidos. (sic) Considera que el cargo para el que fue nombrado el demandante en la Personería de Bello era un cargo de carrera administrativa y que dicho nombramiento se realizó por ascenso en el escalafón del cargo que ocupaba en la Alcaldía Municipal. Estima igualmente que en dicha eventualidad procede el nombramiento en período de prueba, por lo que era procedente la calificación de los servicios del actor, tal como aconteció.

No obstante, estima que al calificar los servicios por inactividad del demandante en los procesos iniciados por la personería en 1991 a 1994 existió falsa motivación del acto acusado, porque la prescripción de dichas investigaciones se causó por "...actuaciones dejadas de adelantar por funcionarios que antecedieron al calificado...". Asimismo estima de la motivación consistente en la falta de trámite de tres comisiones, que solo una de ellas permitía el requerimiento y que las declaraciones testimoniales son coincidentes en afirmar que el demandante era "...un empleado excelente, cumplidor del deber, con clara vocación de servicio a la comunidad, competente en el campo profesional y de excelentes relaciones interpersonales...".

Estima igualmente que con la destitución se violó el debido proceso porque la resolución 022 de junio 27 de 1995 que declaró inicialmente la insubsistencia, no permitió los recursos de ley sobre la calificación de servicios que la soportó y que en consecuencia "...da al traste con la resolución 024 de julio 17 de 1995 por la cual el personero nuevamente declara la insubsistencia del actor..."

LA APELACIÓN

La entidad demandada interpuso oportunamente el recurso de apelación. Sustenta su inconformidad manifestando que, al aceptar la sentencia que solo en los procesos adelantados por la Personería a partir de 1994 podría existir inactividad del actor, está afirmando la veracidad de los hechos que permitieron la calificación del demandante, por que dicha inactividad constituye un incumplimiento de sus funciones. Respecto de los procesos prescritos, considera que el demandante también tenía como obligación declarar dicha prescripción y proyectar el auto de cierre de esas investigaciones para definir la situación de los inculpadados.

Estima que el Tribunal erró en la valoración de los testimonios de algunos compañeros de trabajo del demandante que solo contienen apreciaciones subjetivas que no tienen que ver con la calificación de los servicios efectuada por la entidad.

CONSIDERACIONES

Se demanda la nulidad de los siguientes actos administrativos: a) El acto de fecha 23 de junio de 1995, por medio del cual se calificaron los servicios del actor como Abogado Asistente de la Personaría Municipal; b) La resolución 022 de 27 de junio de 1995 que declaró la insubsistencia de su nombramiento; c) La resolución 023 de julio 11 de 1995 mediante la cual se negó la reposición a la calificación de servicios; y d) la Resolución 024 de julio 17 de 1995 que declaró (nuevamente) la insubsistencia del nombramiento del actor; y e) la Resolución sin número de julio 27 de 1995 que confirmó la anterior declaración de insubsistencia.

Se trata de un proceso de insubsistencia por calificación de servicios de un funcionario con nombramiento en periodo de prueba.

Antes de abordar el debate planteado, observa la Sala de los actos demandados, que la resolución 022 de junio 27 de 1995 que aparentemente contiene la declaratoria de insubsistencia del actor, no constituye el acto administrativo a demandar en el presente proceso en la medida en que no produjo los efectos jurídicos que ella menciona (el retiro del actor del servicio).

Observa la Sala que independientemente de que la mencionada resolución hubiera sido un borrador que se redactó “...para el evento si no se interponían los recursos administrativos por el calificado...” -como lo afirma la demandada- o de que efectivamente ella le hubiese sido notificada al actor; de cualquier forma, con la posterior expedición de la resolución 023 de julio 11 de 1995 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la calificación de servicios y la expedición de la resolución 024 de julio 17 de 1995 que declaró la insubsistencia, puede considerarse revocada tácitamente la eventual voluntad de la administración consignada en la resolución 022.

En este orden de ideas, solo podría abordarse el debate judicial sobre la nulidad de la resolución 022 y las consecuencias de esa eventual nulidad, si la expedición de dicho acto, real o aparente, hubiese inducido a error al demandante y si dicho error hubiera afectado sus derechos de contradicción y de defensa.

Al respecto observa la Sala que el propio demandante planteó el debate en vía gubernativa sobre la resolución 024 de julio 17 de 1995 -y no sobre la resolución 022 de junio 27 de 1995- y que agotó los recursos que la ley señala para su contradicción y defensa. Lo anterior acredita que el mismo demandante consideró a la resolución 024, como el acto que produjo las consecuencias jurídicas que le son desfavorables y al desechar su acción en la vía gubernativa sobre la resolución 022, la entendió revocada tácitamente o irrelevante como acto administrativo que le era desfavorable.

Por lo anterior la Sala deberá declararse inhibida para conocer sobre la demanda de nulidad de la mencionada resolución 022 de junio 27 de 1995.

En relación con los restantes actos administrativos demandados, el debate planteado de acuerdo con la apelación se orienta a definir sobre las

restantes razones que consideró el Tribunal como soporte de su decisión: la falsa motivación y la infracción de norma superior por inexistencia de concepto previo de la comisión de personal al no estar presente la representante de los funcionarios de carrera.

Observa la Sala que no existe discusión en esta instancia sobre el carácter de carrera administrativa del cargo para el cual fue nombrado el demandante, en cuanto dicha afirmación de la sentencia no fue objeto de impugnación en la apelación.

Siendo un cargo de carrera, el demandante se encontraba nombrado en periodo de prueba, situación que se hace inobjetable con el contenido de la resolución de nombramiento que así lo estipula que se encontraba en firme en el momento de la demanda; gozaba por ello de la relativa estabilidad que dicha condición otorga y que se traduce en el derecho a que la administración realice la calificación de sus servicios para determinar su permanencia o retiro del servicio.

La calificación de servicios constituye entonces la motivación, expresa y relevante, para efectos de la decisión que la administración adoptó sobre el retiro del servicio del actor, que se hallaba vinculado a la entidad demandada con nombramiento en periodo de prueba.

Es expresa en cuanto el acto administrativo que la contiene debe estipular de forma explícita las razones que soportan la insatisfacción de la administración con el rendimiento laboral del empleado; y es relevante, en cuanto solo dichas razones explícitas en el acto administrativo, constituyen soporte válido para ordenar el retiro del servicio por insubsistencia del nombramiento. Para el caso presente y a diferencia del empleado de libre nombramiento y emoción, solo dichas razones gozan de la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo.

Observa la Sala en relación con la prueba de falsa motivación, que le asiste razón a la entidad demandada.

Las razones esgrimidas por la administración y explícitas en la resolución 023 de julio 11 de 1995 visible a folios 61 y ss endilgan al demandante los siguientes hechos como fundamento de su calificación insatisfactoria:

“...no es clara la actitud que frente al trabajo ha dejado el doctor Leonardo Antonio Pemberthy Gutiérrez con la gran cantidad de Investigaciones disciplinarias de que dan cuenta los expedientes que a continuación se relacionan, en los que se ha dejado de adelantar el correspondiente trámite con inicio de la preliminar desde 1991, 1992, 1993 y 1991... (Se relacionan 68 expedientes con número de radicación, inculpado y fecha de la última actuación)” (subraya fuera de texto)

“..Tampoco es clara... la actitud que frente al trabajo ha mostrado el doctor Pemberthy Gutiérrez en presencia de gran cantidad de diligencias en comisión sin evacuar, según relación que también se hará... (se relacionan 5 comisiones con número de expediente y de despacho comisario)...”

No comparte la Sala el criterio del Tribunal, cuando estimó que el hecho calificado con deficiencia fue la prescripción de unas investigaciones disciplinarias que no le serían imputables al actor. Lo anterior, atendiendo al claro tenor del fragmento transcrito.

En relación con los hechos aducidos por la entidad y que soportaron la calificación impuesta al actor, éste manifiesta lo siguiente en el texto de la demanda:

“...Las antedichas resoluciones incurrir en errores de apreciación de los hechos que dieron motivo a la insubsistencia, es decir, el acta de calificación de servicios no aprecia en su real dimensión el trabajo, la diligencia y la labor que desempeñó el señor Leonardo A. Pemberthy G, ya que este siempre estuvo realizando toda la labor que físicamente era posible desarrollar con todas las limitaciones de tiempo y herramientas de trabajo que existen y existían en la personería municipal de Bello..”

Sobre el particular se recaudó abundante prueba testimonial que, no obstante, se limitó a declaraciones genéricas sobre la buena conducta personal y laboral del actor y omitió declaración expresa sobre los hechos particulares expresos y relevantes que la entidad puso de presente al actor como fundamento de su calificación insatisfactoria de servicios.

Tal como se dijo atrás, la calificación de servicios es un acto motivado que goza de presunción de legalidad. Por ser motivado incluye en su texto las razones que la administración considero para tomar su decisión y por gozar de la presunción de legalidad excluye de la carga de la prueba a la administración.

Corresponde entonces al demandante desvirtuar la existencia de los hechos esgrimidos por la administración, o probar que dichos hechos no constituyen razones para la calificación insatisfactoria.

No existe prueba alguna en el expediente que se haya orientado a acreditar lo anterior y observa la Sala que las pruebas obrantes constituyen, se repite, certificaciones de la conducta laboral del empleado que para el efecto de la calificación insatisfactoria de servicios es irrelevante en lo relacionado con los puntos concretos calificados con insuficiencia.

Cuando en un proceso judicial se aduce un hecho que pretende desvirtuar una presunción legal, dicho hecho debe estar debida y suficientemente acreditado para que produzca el efecto pretendido. Para el caso presente no basta con acreditar hechos genéricos cuando la calificación de servicios del actor le endilgó hechos concretos sobre los cuales debió girar el debate probatorio.

En relación con el concepto previo y no vinculante de la comisión de personal, observa la Sala a folio 276 del expediente la constancia de su existencia. No puede aceptarse como erróneamente lo hace el A quo, que por falta de un delegado de dicha comisión, deba entenderse que dicho acto no haya ocurrido, menos aún cuando el concepto final de la citada comisión es contrario a la intención del nominador.

Suficientes son las razones que anteceden para que la Sala decida entonces REVOCAR la sentencia apelada que accedió a las pretensiones de la demanda para en su lugar DENEGAR dichas pretensiones.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia (Sala de descongestión) que accedió a las súplicas de la demanda en el proceso promovido por LEONARDO ANTONIO PEMBERTHY GUTIERREZ, en su lugar se dispone:

PRIMERO: Declarase INHIBIDA para fallar de fondo sobre la resolución 022 de junio 27 de 1995 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

ANA MARGARITA OLAYA FORERO

ALBERTO ARANGO MANTILLA

(Ausente)

NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

MYRIAM C. VIRACACHA SANDOVAL

Secretaria Ad.hoc.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 16:58:46