

ACTO DE INSUBSISTENCIA - Inocua / RENUNCIA - Cargo de director de unidad prestadora de servicios en salud / ALCALDE MUNICIPIO DE CHIQUIZA - No era competente para expedir acto de insubsistencia / ACTO INOCUO - Estaba desvinculado de la entidad demandada /

Este nombramiento no se realizó en calidad de encargo o de provisionalidad, pues fue designado para proveer una vacancia definitiva ante la renuncia presentada por el anterior Director, máxime si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 8 de la Ley 443 de 1998 estas situaciones administrativas especiales son viables para cargos y funcionarios pertenecientes a la carrera administrativa y no para cargos y funcionarios de libre nombramiento y remoción. Lo anterior quiere decir que a partir del 15 de diciembre de 2000 al ser nombrado el actor en un cargo de libre nombramiento y remoción, se desvinculó del cargo que ocupaba en provisionalidad de odontólogo de San Pedro de Iguaque, Código 3230, debido a que no se encuentra dentro de alguna de las situaciones administrativas especiales. De igual manera, obra en el expediente la renuncia presentada en forma voluntaria e irrevocable al cargo de Director de la Unidad Prestadora de Servicios de Salud, Centro de Salud de San Pedro de Iguaque, la cual fue aceptada mediante Decreto 048 de 30 de diciembre de 2000, momento a partir del cual termina la vinculación con la entidad demandada, pues es la renuncia la forma legítima de desvinculación de la administración pública prevista para empleados de libre nombramiento y remoción, empleados de carrera administrativa y aquellos nombrados en provisionalidad. Es decir, que a partir del 31 de diciembre de 2000 hasta el 22 de enero de 2001 el actor no se encontraba legalmente vinculado con la entidad territorial, fungió como funcionario de hecho por ejercer las funciones de odontólogo sin que se haya dictado el acto de nombramiento que en derecho se imponía hacer. Por lo cual, a pesar que la Resolución 017 del 22 de enero de 2001 fue proferida sin competencia por el Alcalde Municipal de Chiquiza (Boyacá), pues a partir de la creación de la Unidad Administrativa Especial Centro de Salud "San Pedro de Iguaque", el competente era su Director, este acto de insubsistencia es innecesario al no producir efectos, comoquiera que la desvinculación formal del actor con la entidad demandada se produjo a partir de la aceptación de la renuncia voluntaria e irrevocable del cargo de Director de la Unidad Prestadora de Salud y no con esta Resolución.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 15001-23-31-000-2001-01006-01(2183-10)

Actor: FABIO AUGUSTO GRANADOS ESTEBAN.

Demandado: MUNICIPIO DE CHIQUIZA - BOYACA

Autoridades Municipales

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 21 de julio de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

ANTECEDENTES

FABIO AUGUSTO GRANADOS ESTEBAN en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y por conducto de apoderado, demandó del Tribunal Administrativo de Boyacá la nulidad de la Resolución 017 de 22 de enero de 2001 proferida por el Alcalde del Municipio de Chiquiza (Boyacá) mediante la cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de odontólogo en el Centro de Salud de San Pedro de Iguaque y del Oficio 016 del 22 de enero de 2001 por el cual le comunicó la decisión anterior.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la entidad demandada reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior jerarquía, sin solución de continuidad reconocerle y pagarle salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos salariales dejados de percibir desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro y ajustar las sumas resultantes de las diversas condenas conforme a la ley.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones señala:

Mediante Decreto 032 de 1998 expedido por el Alcalde del Municipio de Chiquiza (Boyacá) fue nombrado en provisionalidad en el cargo de odontólogo del puesto de salud de San Pedro de Iguaque, cargo que desempeñó hasta el 22 de enero de 2001, fecha en que fue declarado insubsistente su nombramiento.

Señala que el acto de insubsistencia tuvo como origen móviles políticos derivados del tránsito de administración y fue expedido por funcionario incompetente, pues a partir del 22 de diciembre de 2000 mediante Acuerdo 033 del mismo año, se dispuso la creación de la Unidad Administrativa Especial Centro de Salud "San

Pedro de Iguaque”, motivo por el cual el competente era el Director del Centro de Salud y no el Alcalde Municipal.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- Constitución Política: artículos 2, 13, 25, 29,53, 123, 125, 311, 315 y 365.
- Código Contencioso Administrativo: artículos 2, 36, 47, 48 y 84.
- Ley 136 de 1994: artículos 5, 91, 93, 96 y 97.
- Decreto 2400 de 1968.
- Acuerdo Municipal 033 de 2000.

Como concepto de violación contra las normas invocadas expresa:

El Alcalde del Municipio de Chíquiza (Boyacá) no tenía competencia para la expedición del acto de insubsistencia, pues mediante Acuerdo 033 del 22 de diciembre de 2000 se dispuso la creación de la Unidad Administrativa Especial Centro de Salud “San Pedro de Iguaque” caracterizada por ser un ente descentralizado del orden municipal con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, por lo tanto las funciones de nominador estaban en cabeza del Director del Centro de Salud.

De igual manera señala que fue expedido con desviación de poder, fundado en móviles políticos y no en el mejoramiento del servicio. Prueba de ello, es la desvinculación masiva que desconoció el carácter de provisionalidad que ostentaba el demandante y la falta de motivación del acto de insubsistencia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Municipio de Chíquiza (Boyacá) se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que los actos demandados fueron expedidos con el lleno y cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas legales.

La desvinculación del actor obedeció en primer lugar para subsanar una irregularidad en relación con su vinculación, quien venía desempeñando desde el 1 de enero de 2001 las funciones de odontólogo en la entidad demandada sin

nombramiento alguno, es decir, no se hallaba legalmente vinculado a la administración.

De igual manera fue producto del mejoramiento del servicio y no de móviles políticos, pues se requería que el cargo fuera asumida por un profesional que estuviera legalmente vinculado a la administración, sintonizado con los avances científicos del área de la odontología que contribuyera al desarrollo del proceso de descentralización ordenados en la Ley 10 de 1990.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Boyacá mediante sentencia de 21 de julio de 2010 negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto, se inhibió de pronunciarse acerca de la nulidad del Oficio 016 de 22 de enero de 2001 comoquiera que es un acto de comunicación desprovisto de decisión alguna que modifique la situación particular frente a la administración.

Del fondo del asunto señaló que a pesar que le asiste razón al actor al señalar la falta de competencia del Alcalde del Municipio de Chíquiza (Boyacá) para expedir la Resolución 017 de 22 de enero de 2001, es un acto inocuo, pues al momento de proferirse el actor no se encontraba legalmente vinculado con la entidad territorial.

Lo anterior por cuanto, desde el momento en que aceptó el nombramiento en el cargo de Director dejó de producir efectos el nombramiento en provisionalidad que como odontólogo se le había hecho y su retorno a dicho cargo se caracterizó por una situación irregular, por lo cual le habría bastado a la administración comunicar esa circunstancia para que dejara de prestar sus servicios.

Finalmente, indicó que no se demostró la desviación de poder fundada en circunstancias o móviles de carácter político, sin que pueda entenderse que la idoneidad en el desempeño del cargo se constituya un fuero de inamovilidad para el trabajador que enerve la facultad discrecional.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida el 21 de julio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, para lo cual reitera los argumentos de la demanda.

Señala que se demostró la falta de competencia del funcionario que expidió el acto de retiro, causal que por sí sola permitiría la declaratoria de nulidad del acto demandado por falta de competencia, falsa motivación y desviación de poder.

Indica que una vez renunció al cargo de Director de la Unidad Administrativa Especial Centro de Salud "San Pedro de Iguaque", retornó a las funciones de odontólogo.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico se gira en torno a determinar la legalidad de la Resolución 017 de 22 de enero de 2001 expedida por el Alcalde del Municipio de Chiquiza (Boyacá), mediante la cual declaró insubsistente el nombramiento de Fabio Augusto Granados Esteban en el cargo de odontólogo del Centro de Salud de San Pedro de Iguaque.

El Tribunal Administrativo de Boyacá negó las pretensiones de la demanda, por considerar que a pesar que el Alcalde del municipio de Chiquiza (Boyacá) no tenía competencia para expedir el acto de insubsistencia, de las pruebas obrantes en el expediente se determinó que el actor no se encontraba legalmente vinculado con la entidad territorial, por lo cual la Resolución 017 de 22 de enero de 2001 es un acto inocuo que no produce efectos por sustracción de materia.

Por su parte, el apoderado de la parte actora en el recurso de apelación reitera la falta de competencia del Alcalde para la expedición del acto demandado, la desviación de poder y la falsa motivación. Para el efecto, señala que a pesar que fue nombrado como Director de la Unidad Administrativa Especial Centro de Salud San Pedro de Iguaque del Municipio de Chiquiza (Boyacá) con la aceptación de la renuncia retornó a su empleo de odontólogo, motivo por el cual, el funcionario

competente para la expedición del acto demandado es el Director del Centro de Salud.

Para efectos de decidir se tiene lo siguiente:

Observa la Sala que es necesario precisar la naturaleza de vinculación del actor con la entidad demandada al momento de la declaratoria de insubsistencia. Para tal efecto obran en el expediente los siguientes documentos:

1.- Decreto 032 del 14 de abril de 1998 mediante el cual FABIO AUGUSTO GRANADOS ESTEBAN, fue nombrado en provisionalidad para desempeñar el cargo de odontólogo de San Pedro de Iguaque, Código 3230 (folio 43).

2.- Por Decreto 046 de 15 de diciembre de 2000 fue nombrado Director de la Unidad Prestadora de Servicios de Salud, Centro de Salud de San Pedro de Iguaque. (folio 45).

3.- A folio 47 del expediente obra la renuncia presentada por el actor al cargo de Director.

4.- Decreto 048 de 30 de diciembre de 2000, por el cual se acepta la renuncia presentada por el actor al cargo de Director (folio 48).

5.- Hoja de Vida del actor.

6.- Resolución 017 del 22 de enero de 2001 por la cual se declara insubsistente el nombramiento del señor Fabio Augusto Granados Esteban en el cargo de odontólogo.

Afirma el señor Fabio Augusto Granados Esteban que al presentar la renuncia al cargo que desempeñaba como Director de la Unidad Prestadora de Servicios de Salud, Centro de Salud de San Pedro de Iguaque automáticamente retornaba al cargo que ocupaba en provisionalidad de odontólogo, motivo por el cual el Alcalde del Municipio de Chíquiza no tenía competencia para expedir el acto de insubsistencia, pues su nominador era el Director del Centro de Salud.

La Ley 443 de 1998, norma aplicable para la fecha en la que se expidió el acto acusado, en su artículo tercero señaló su campo de aplicación así:

“Las disposiciones contenidas en la presente ley son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades de la Rama Ejecutiva de los niveles Nacional, Departamental, Distrital, Municipal y sus entes descentralizados; en las Corporaciones Autónomas Regionales; en las Personerías; en las entidades públicas que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud; al personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior de todos los niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera; al personal administrativo de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional de todos los niveles; a los empleados no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como a los de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a los anteriores”

Por su parte el artículo 5 ibídem clasificó los empleos como de carrera administrativa, con excepción de los siguientes:

“Artículo 5º.- De la clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente Ley son de carrera, con excepción de:

(...).

2. Los empleos de libre nombramiento y remoción que correspondan a los siguientes criterios:

b. Los empleos de cualquier nivel jerárquico cuyo ejercicio implica confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos:

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Rector de Institución de Educación Superior distinta a los Entes Universitarios Autónomos (...).”

En el presente asunto, se observa que mediante Decreto 032 del 14 de abril de 1998 expedido por el Alcalde del Municipio de Chiquiza (Boyacá), el demandante fue nombrado en provisionalidad para desempeñar el cargo de odontólogo del puesto de salud San Pedro de Iguaque, Código 3230.

A través del Acuerdo 033 de 2000, se dispuso la creación de la Unidad Administrativa Especial Centro de Salud “San Pedro de Iguaque”. Posteriormente, mediante Decreto 046 de 15 de diciembre de 2000 fue nombrado en forma

ordinaria como Director de la Unidad Prestadora de Servicios de Salud, Centro de Salud de San Pedro de Iguaque, cargo que de conformidad con la normativa transcrita es de libre nombramiento y remoción por ser un cargo directivo, por la trascendencia de las funciones que desempeña y el grado de confianza que se exige para ello.

Este nombramiento no se realizó en calidad de encargo o de provisionalidad, pues fue designado para proveer una vacancia definitiva ante la renuncia presentada por el anterior Director, máxime si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 8 de la Ley 443 de 1998 estas situaciones administrativas especiales son viables para cargos y funcionarios pertenecientes a la carrera administrativa y no para cargos y funcionarios de libre nombramiento y remoción. Textualmente señala:

En caso de vacancia definitiva, el encargo o el nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo.

Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera, tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente Ley.

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

Cuando se presenten vacantes en las sedes regionales de las entidades y en éstas no hubiere un empleado de carrera que pueda ser encargado, se podrán efectuar nombramientos provisionales en tales empleos.

Parágrafo. *Salvo la excepción contemplada en el artículo 10 de esta Ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos*

Lo anterior quiere decir que a partir del 15 de diciembre de 2000 al ser nombrado el actor en un cargo de libre nombramiento y remoción, se desvinculó del cargo que ocupaba en provisionalidad de odontólogo de San Pedro de Iguaque, Código 3230, debido a que no se encuentra dentro de alguna de las situaciones administrativas especiales.

De igual manera, obra en el expediente la renuncia presentada en forma voluntaria e irrevocable al cargo de Director de la Unidad Prestadora de Servicios de Salud,

Centro de Salud de San Pedro de Iguaque, la cual fue aceptada mediante Decreto 048 de 30 de diciembre de 2000, momento a partir del cual termina la vinculación con la entidad demandada, pues es la renuncia la forma legítima de desvinculación de la administración pública prevista para empleados de libre nombramiento y remoción, empleados de carrera administrativa y aquellos nombrados en provisionalidad. Así lo ha entendido esta Corporación¹:

"De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico cuando el servidor público opta por retirarse del servicio mediante la modalidad en estudio, la dimisión ha de tener su origen o su fuente generatriz en el libre, franco y espontáneo impulso psíquico y querer del sujeto, que descifran su plena voluntad.

Así, pues, esa renuncia debe reflejar la voluntad inequívoca del funcionario de retirarse de su empleo, debe ser consciente, ajena a todo vicio de fuerza o engaño."

Es decir, que a partir del 31 de diciembre de 2000 hasta el 22 de enero de 2001 el actor no se encontraba legalmente vinculado con la entidad territorial, fungió como funcionario de hecho por ejercer las funciones de odontólogo sin que se haya dictado el acto de nombramiento que en derecho se imponía hacer.

Por lo cual, a pesar que la Resolución 017 del 22 de enero de 2001 fue proferida sin competencia por el Alcalde Municipal de Chíquiza (Boyacá), pues a partir de la creación de la Unidad Administrativa Especial Centro de Salud "San Pedro de Iguaque", el competente era su Director, este acto de insubsistencia es innecesario al no producir efectos, comoquiera que la desvinculación formal del actor con la entidad demandada se produjo a partir de la aceptación de la renuncia voluntaria e irrevocable del cargo de Director de la Unidad Prestadora de Salud y no con esta Resolución.

De igual manera no es posible ordenar el reintegro debido a que la vinculación que recobraría vigencia no se ajusta a derecho, pues de hacerlo conllevaría revivir una situación jurídica contraria a derecho, máxime si se tiene en cuenta que el funcionario de hecho no puede asimilarse a un empleado vinculado a la planta de personal o a quien se le han desnaturalizado sus funciones, pues el reconocimiento de la existencia de una relación laboral por relación de hecho, no implica conferir la condición de empleado público.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 19 de abril de 2007, Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García, expediente No. 3949-05, actora: Lilia Cucaita Torres.

Finalmente, de acuerdo con las consideraciones que anteceden, no está llamado a prosperar el argumento del actor según el cual la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento tuvo por motivación intereses ajenos al mejoramiento del servicio toda vez, que, como quedó visto, no existe prueba dentro del plenario que indique que en efecto su retiro del servicio pretendió encubrir una supuesta enemistad política, al haber sido nombrado por la administración anterior que era del partido opositor al del Alcalde electo, quien tomó la decisión contenida en el acto acusado, pues se repite su retiro del servicio fue producto de la aceptación de la renuncia presentada voluntaria e irrevocablemente al cargo de Director de la Unidad Prestadora de Servicios de Salud, Centro de Salud de San Pedro de Iguaque.

En consecuencia se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá que negó las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 21 de julio de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá que negó las pretensiones de la demanda presentada por el señor Fabio Augusto Granados Esteban.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, **DEVUÉLVASE** el expediente. Al Tribunal de origen.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO