

NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD – No es equiparable al escalafonado en carrera / NOMBRAMIENTO PROVISIONAL – Para proveer cargos de carrera de manera temporal / RETIRO DEL SERVICIO DE EMPLEADOS PROVISIONALES – Mediante acto de insubsistencia que no requiere ser motivado / INSUBSISTENCIA EMPLEADO PROVISIONAL – No requiere ser motivado / DESVIACION DEL PODER – Razones diferentes al buen servicio público / PRESUNCION DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA LA INSUBSISTENCIA - Desvirtuado.

No es lo mismo el nombramiento del servidor que ingresa al servicio sin superar al concurso de méritos al de aquél que se somete a las etapas del proceso selectivo. En este sentido el nombramiento en provisionalidad no es equiparable al del escalafonado en la carrera, y por lo mismo el retiro no puede estar revestido de las mismas formalidades. La situación del nombrado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez, debe ir encaminado al mejoramiento del servicio. Por estas razones, la Sala estima que si bien es cierto el nombramiento provisional se ha instituido para los cargos clasificados de carrera que no hayan sido provistos por concurso y que dicho nombramiento no es forma de provisión de los cargos de libre nombramiento y remoción, sí es pertinente predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción. En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado. Como quiera que la actora manifiesta que el acto acusado fue expedido con desviación de poder al disfrazar su destitución con la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, por cuanto los hechos reales que originaron su expedición, consistieron en que fue inculpada por el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio, de divertirse plácidamente en un computador con imágenes pornográficas iniciando una faena erótica sexual en horas de trabajo, corresponde a la Sala precisar si tales afirmaciones tienen asidero jurídico. La circunstancia de inmediatez en el tiempo en relación con los hechos y la expedición del acto mismo de retiro por insubsistencia, son las que llevan a la Sala a determinar que efectivamente existió una relación de causalidad entre la situación de facto con la de retiro, de donde se desprende, como se dijo, que efectivamente el acto acusado está viciado de la causal de nulidad “desviación de poder”, pues resulta

evidente que la administración obró arbitrariamente en relación con la demandante disfrazando su verdadera intención de sancionarla por una presunta irregularidad que hasta ese momento no había sido objeto de investigación, con la aparente legalidad del acto administrativo de insubsistencia. En este orden de ideas, le asiste razón al Tribunal al concluir, que la declaratoria de insubsistencia de la demandante está revestida de desviación de poder, por cuanto con la misma se le impuso a la actora una sanción, por unos hechos al parecer irregulares realizados en horas del servicio, es decir, que el acto acusado, no fue simplemente el resultado del ejercicio de la facultad discrecional, por el contrario, la Administración con su actuar, persiguió razones diferentes al buen servicio público.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá D.C., Octubre siete (7) de dos mil diez (2010)

Radicación número: 20001-23-31-000-2004-00687-01 (0256-09)

Actor: YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL.

Demandado: MUNICIPIO DE VALLEDUPAR - CESAR

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 3 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante

el Tribunal Administrativo del Cesar, la nulidad de la Resolución No. 000043 de 23 de enero de 2004, expedida por el Señor Alcalde Municipal de Valledupar, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Profesional Universitario, Código 340, Grado 02, de la Dirección de Servicios Administrativos de la Secretaría General Municipal.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho pretende se ordene el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de similares o superiores condiciones sin solución de continuidad, y se condene a la demandada al pago de salarios y prestaciones, con sus incrementos respectivos, debidamente indexados, y se de cumplimiento a la sentencia en lo términos del artículo 176 y s.s. del C.C.A.

HECHOS

La Señora YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL prestó sus servicios a la Alcaldía Municipal de Valledupar desde el 9 de julio de 1999 hasta el 28 de enero de 2004, habiendo ejercido sus funciones con idoneidad, eficiencia, dedicación y responsabilidad, sin que durante el tiempo que prestó sus servicios hubiese sido amonestada o sancionada como se evidencia en su hoja de vida.

Ejercía en provisionalidad el cargo de Profesional Universitario Código 340, grado 02, cuando se produjo el acto de insubsistencia.

El acto acusado de insubsistencia disfrazó su destitución, por cuanto los hechos reales que originaron la desviada determinación del ente demandado, consistieron en que fue inculpada por el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio, mediante informe de fecha 19 de enero de 2004 dirigido al señor Alcalde, donde le puso en conocimiento:

“... unas presuntas irregularidades presentadas en la oficina de Sistemas, consistente en que en unas de las pantallas de un computador una persona se divertía plácidamente con imágenes pornográficas de mujeres lesbianas completamente desnudas y en inicio de una faena erótica sexual, lo que provocó en el Jefe de la Oficina Jurídica disgusto y fuerte reproche y censura hacia el protagonista de aquel inexcusable comportamiento ejecutado en horas de trabajo y en una entidad pública, y que al preguntarle el nombre dijo llamarse EDWIN DÍAZ, y al lado de él se encontraba la señora YADIRA GUTIÉRREZ”

Sugirió el Jefe de la Oficina Jurídica que los comportamientos a su juicio inmorales debían ser reprimidos, pero no a través de la Oficina de Control Interno Disciplinario, por ser inoperante, por lo que había que acudir a la Procuraduría General de la Nación, para que desarrollara la correspondiente investigación.

Con fundamento en dicho informe, el Alcalde Municipal de Valledupar, sin investigación alguna y sin verificar su veracidad, profirió el acto de insubsistencia de los funcionarios presuntamente involucrados.

Previamente a la declaratoria de insubsistencia, sin mediar investigación en su contra, la Administración Municipal le dio un despliegue a los hechos a ella imputados, exponiéndola al igual que al otro servidor público a la vergüenza pública, atentando contra su integridad y buen nombre, al punto de haber sido mostrada como mal ejemplo en una reunión de padres de familia en un prestigioso establecimiento educativo de la ciudad.

Como consecuencia del informe presentado por el Jefe de la Oficina Jurídica Municipal, nació la desviada decisión de la autoridad nominadora municipal y fueron los reales motivos que la llevaron a declarar insubsistente su nombramiento, sin que hubiera mediado investigación para determinar su responsabilidad o no en los hechos a ella endilgados.

Paradójicamente, el informe presentado por el Jefe de la Oficina Jurídica fue puesto en conocimiento de la Procuraduría Provincial del Cesar, justo el mismo día en que se produjo la expedición del acto de insubsistencia, es decir, al momento de notificarle el acto acusado ya se había iniciado la respectiva investigación, referenciada como queja disciplinaria No. 642-04 de 23 de enero de 2004.

Debió haberse iniciado la correspondiente investigación y esperarse a que esta culminara y como resultado de ella, en competencia preferente, dictarse, comprobados los hechos, los correspondientes fallos administrativos de responsabilidad, los cuales imprescindiblemente tenían que ser motivados de acuerdo con la Constitución Nacional y la Ley.

El acto acusado no se inspiró en razones del buen servicio, ni como consecuencia de una falta disciplinaria que debió tener presente la administración para expedirlo, todo lo contrario, fue emitido con abuso y desviación de las atribuciones propias de la autoridad de la cual provino, con vicios de forma y demás, lesionando sus derechos subjetivos, concluyendo que la decisión estuvo destinada exclusivamente a sancionar una presunta falta puesta en conocimiento al Alcalde por el Jefe de la Oficina Jurídica.

El acto acusado lleva implícito el vicio sustancial de forma al no indicarse la disposición que confería al nominador la facultad para expedirlo.

Normas violadas y concepto de la violación:

- Constitución Política, artículos 2, 6, 25, 29 y 125.
- Ley 734 de 2002, artículo 6º.
- Decreto 2400 de 1968, artículo 26
- Decreto 1050 de 1973, artículo 107.

Con la expedición del acto acusado se vulneraron los preceptos constitucionales en cita, en especial, el derecho al trabajo, por cuanto su retiro obedeció a la aplicación desviada de las potestades públicas, es decir, por razones ajenas al servicio público, en el que la autoridad nominadora disfrazó la destitución con la insubsistencia, y que tuvo lugar como consecuencia del informe que rindió el Jefe de la Oficina Jurídica.

Pone de presente la jurisprudencia elaborada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-179.755 que señala que un funcionario que se encuentra ocupando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad por más tiempo del autorizado por la Ley, debe ser desvinculado siempre y cuando la administración cumpla, por su parte, con la obligación de convocar el respectivo concurso de méritos para proveer definitivamente la plaza, pues de no darse tal correspondencia, los cargos estarían destinados gradualmente a quedarse vacantes, al no haber una designación oportuna del reemplazo. El derecho a la estabilidad laboral, representado en el hecho de que no puede ser desvinculada del cargo mientras no se configure una justa causa disciplinaria o se convoque al respectivo concurso de méritos.

Se desempeñó en provisionalidad en dicho empleo por más de 4 años, por lo que estima que no podía ser desvinculada con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo respecto de un empleo de libre nombramiento y remoción, a menos que existiera una justa causa para ello.

Se le vulneró el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, y el artículo 6º de la Ley 734 de 2002, por cuanto se le declaró insubsistente del cargo, y concomitante con ello, se puso en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación la presunta irregularidad, cuando lo jurídico era esperar que el proceso disciplinario culminara para tomar la decisión, pero en su caso la administración se apresuró a proferir el acto administrativo de insubsistencia.

La sentencia de 8 de julio de 1982 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado señala que el nominador tiene la facultad de declarar la insubsistencia de los empleados no inscritos en carrera administrativa conforme lo preceptuado en los artículos 26 del Decreto 2400 de 1968 y 107 del Decreto 1950 de 1973. Sin embargo, la administración no puede declarar la insubsistencia de un empleado que viene siendo investigado disciplinariamente mientras no se termine el respectivo proceso, si el retiro se produce antes de la terminación de aquel, resulta claro el desconocimiento del artículo 29 de la Constitución Nacional. Añade el proveído, que cuando se retira a un empleado que es investigado disciplinariamente mediante la declaratoria de insubsistencia, se deduce que las causas de esa decisión están relacionadas directamente con la conducta atribuible al empleado, y por tanto, se convierte en una sanción impuesta sin el previo trámite del respectivo proceso.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Municipio de Valledupar se opuso a todas y cada una de las declaraciones y condenas y señaló como razones de su defensa, las siguientes:

La demandante ostentaba el cargo en provisionalidad, caso en el cual según sentencia T-884/02, no ostenta fuero de estabilidad alguno y por tal razón, puede ser removido del cargo sin motivación. Lo propio es señalado en la doctrina, entre otras, en la obra titulada “La carrera administrativa del empleado oficial” del tratadista César Augusto Romero Molina.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cesar mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, accedió a las suplicas de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

La actora no era funcionaria de carrera administrativa, por el contrario, hay certeza que su nombramiento fue en provisionalidad, y si bien se hizo en un cargo de carrera, no puede reclamar derechos de carrera sobre el mismo, y en ese sentido conforme a la sentencia del 13 de marzo de 2003, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado que unificó los criterios sobre los nombramientos en provisionalidad, su permanencia en el cargo por encima del término previsto en la Ley no le genera ningún derecho de inamovilidad, ni al nominador la obligación de motivar el acto, pues no puede exigir que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos,

procedimientos y recursos que la Ley consagra para los empleados de carrera, de manera que su retiro sin los procedimientos propios del personal de carrera, que no le son aplicables, no puede considerarse violatorio del debido proceso.

Frente al cargo de desviación de poder denunciado en la demanda que surgió por virtud de la relación de causalidad entre los hechos que motivaron la expedición del acto de insubsistencia y la conducta presuntamente irregular que el Jefe de la Oficina Jurídica puso en conocimiento del señor Alcalde Municipal de Valledupar, atribuida a la actora y al señor EDWIN DÍAZ a quienes se les acusó de observar en un computador imágenes pornográficas, que dieron lugar a la solicitud de investigación de sus conductas a la Procuraduría General de la Nación, el Tribunal consideró que en el expediente existen indicios que llevan a la conclusión de que la insubsistencia de la demandante, no se hizo en aras del buen servicio, sino que del acto mismo se deduce la desviación de poder.

En efecto, aparece reflejado en el proceso la inmediatez existente entre el informe rendido por el Jefe de la Oficina Jurídica poniendo en conocimiento del señor Alcalde los hechos presuntamente irregulares en que incurrieron los empleados EDWIN DÍAZ y YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL, fechado el 19 de enero de 2004, es decir, que entre el informe y la declaratoria de insubsistencia transcurrieron tan sólo cuatro días.

En segundo lugar, la declaratoria de insubsistencia que se produce a través de la Resolución No. 000043 de enero 23 de 2004, en la misma se declara insubsistente no sólo a la demandante YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL sino también a EDWIN DÍAZ, el otro empleado, implicado supuestamente en los hechos irregulares.

Otro indicio, es el informe remitido a la Procuraduría por parte del Jefe de la Oficina Jurídica Municipal, poniendo en conocimiento la conducta presuntamente irregular desplegada por la demandante YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL y el señor EDWIN DÍAZ, para que se diera inicio a la investigación disciplinaria a que hubiere lugar, fechado el 23 de enero de 2004, y allí se involucra a los dos empleados desvinculados del servicio.

Indicios suficientes para determinar que la declaratoria de insubsistencia de la señora YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL está revestida de desviación de poder, por cuanto con la misma se impuso a la actora una sanción, por unos hechos al parecer irregulares realizados en horas del servicio, es decir, el acto de remoción acusado, no fue simplemente el resultado del ejercicio de la facultad discrecional, por el contrario, la Administración con su actuar, persiguió razones diferentes al buen servicio público. Con la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora, pretendió sancionar una conducta eventualmente reprochable configurándose de esa manera la desviación de poder, causal de nulidad de los actos de la administración.

LA APELACION

El recurso tiene como finalidad que la providencia recurrida sea revocada y en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda, y para ello invoca las siguientes razones:

La inconformidad a la decisión del a quo la hace consistir en que la demandante fue nombrada en provisionalidad, y la simple circunstancia de haber ocupado un empleo de carrera sin estar inscrita en ella, al que accedió

sin procedimientos ni motivaciones, su desvinculación podía hacerse de la misma manera, en uso de la facultad discrecional.

Conforme a la doctrina que comparte el pensamiento de la Corte Constitucional, el empleado nombrado provisionalmente puede ser desvinculado del cargo, manteniendo la vacante o designando otro en provisionalidad, pues tratándose de vacancias definitivas sólo procede el nombramiento provisional cuando no hubiese sido posible proveer el cargo con el señalado en la lista de elegibles o se imposibilite encargar de él a un empleado escalafonado.

El acto administrativo acusado debe conservar su legalidad por cuanto la insubsistencia de la actora se produjo en el ejercicio del poder discrecional que tiene el nominador para remover de los cargos a los empleados de libre nombramiento y remoción.

En el expediente obra la Resolución No. 000043 de 23 de enero de 2004, expedida por el Alcalde Municipal de Valledupar, por la cual se declara insubsistente el nombramiento de la Señora YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL y el señor EDWIN JAVIER DÍAZ BLANCO, así como la comunicación de la decisión. Dicha prueba da cuenta que la actora fue nombrada en provisionalidad, fue posesionada y prestó sus servicios del 9 de julio de 1999 al 23 de enero de 2004.

No se probó que la demandante fuera una empleada de carrera administrativa, por lo que se trata de una empleada de libre nombramiento y remoción, y por ello el acto de insubsistencia no fue motivado.

No basta con afirmar la eficiencia en la prestación del servicio, sino que se deben probar los motivos diferentes al buen servicio que determinaron la

expedición del acto de insubsistencia, pues de lo contrario, se llegaría al extremo de juzgar con base en apreciaciones subjetivas, lo cual no es posible, toda vez que la disposición legal señala que toda decisión judicial debe estar fundada en prueba regular y oportunamente allegada al proceso.

Cuando se cumplen las condiciones y requisitos establecidos en el respectivo concurso y la persona es inscrita en el escalafón de la carrera administrativa, los servidores públicos gozan de los derechos inherentes a ella. La simple circunstancia de ocupar un empleo de dicha naturaleza sin estar inscrito en ella, no le otorga al funcionario derechos de carrera respecto del cargo que ocupa, y la persona así designada se encuentra en provisionalidad.

Conforme a la posición del Consejo de Estado, quien ocupe un cargo en provisionalidad no queda bajo el gobierno de las normas que regulan el retiro del personal de carrera, admitir lo contrario, equivaldría a conferirle garantías propias de tal condición, y como el nombrado en provisionalidad accede a él en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, su desvinculación puede hacerse de la misma manera.

Por no estar escalafonada en la carrera administrativa y no contar con estabilidad, no se puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera, de manera que su retiro sin dichas formalidades, no puede considerarse violatorio al debido proceso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, pide que se revoque la sentencia apelada y consecuentemente se denieguen las súplicas de la demanda.

Los cargos de desviación y abuso de poder en la expedición del acto acusado, no tienen vocación de prosperidad como equivocadamente lo afirmó el tribunal de instancia, si se tiene en cuenta que, en tratándose de funcionarios nombrados en provisionalidad, en primer lugar, no les asiste fuero alguno de estabilidad y en segundo lugar, el acto de retiro del servicio de estos funcionarios no requiere de motivación alguna, como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado. En consecuencia, se presume que el acto administrativo de insubsistencia se expidió en aras del mejoramiento del servicio y corresponde entonces a quien alega el derecho, en este caso a la actora, demostrar que la administración desvió el fin de la buena prestación del servicio público, y al no probarlo el acto acusado conserva su plena presunción de legalidad y por tanto, las súplicas de la demanda deben negarse.

Para resolver, se

CONSIDERA

Se pretende en el sub iudice que se declare la nulidad de la Resolución No. 000043 de 23 de enero de 2004, mediante la cual el señor Alcalde Municipal de Valledupar, declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad hecho a la actora en el cargo de Profesional Universitario, código 340, grado 03, de la Dirección de Servicios Administrativos de la Secretaría General Municipal.

La inconformidad con el fallo apelado, lo hace consistir en que la actora estaba nombrada en provisionalidad que no es equiparable al escalafonado en la carrera, y por lo mismo, ni su nombramiento ni su retiro pueden estar revestidos de las formalidades propias de quienes están inscritos en carrera, y en ese sentido, podía ser desvinculada de la misma manera en que fue vinculada, en uso de la facultad discrecional. Además, no se probaron motivos diferentes al buen servicio que hubieran determinado la expedición del acto de insubsistencia.

Por su parte, la demandante señala que el acto de insubsistencia fue emitido con abuso y desviación de las atribuciones propias de la autoridad, que disfrazó su destitución, por cuanto los hechos reales que lo originaron consistieron, en que fue inculpada por el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio, de divertirse plácidamente en un computador con imágenes pornográficas y en inicio de una faena erótica sexual, en horas de trabajo.

El problema jurídico consiste en establecer si el acto de remoción acusado, fue simplemente el resultado del ejercicio de la facultad discrecional, o si por el contrario, la administración con su actuar persiguió razones diferentes al buen servicio público con la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora al sancionar su conducta eventualmente irregular, configurándose de esa manera la desviación de poder.

En orden a resolver el problema jurídico, previamente es indispensable hacer las siguientes precisiones:

La jurisprudencia de esta Corporación ha tenido la oportunidad de señalar que en los precisos términos del artículo 125 de la Constitución Nacional, la carrera administrativa es un sistema de administración de personal que tiene

por finalidad escoger, en beneficio del servicio público, el recurso humano más capacitado y calificado para desempeñar la función pública. En ese sentido, el proceso de selección es la herramienta, y el mérito, es el pilar fundamental en la superación de las etapas que lo conforman, y solamente el sometimiento y aprobación satisfactoria de ello, es la condición necesaria para ser nombrado y para predicar los derechos que le otorga la carrera administrativa, entre otros, una mayor estabilidad en el empleo. En cuanto al retiro, está rodeado de una serie de formalidades, es decir, solamente puede hacerse mediante acto de insubsistencia motivado en una calificación insatisfactoria.

A su turno, no es lo mismo el nombramiento del servidor que ingresa al servicio sin superar al concurso de méritos al de aquél que se somete a las etapas del proceso selectivo. En este sentido el nombramiento en provisionalidad no es equiparable al del escalafonado en la carrera, y por lo mismo el retiro no puede estar revestido de las mismas formalidades.

La situación del nombrado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez, debe ir encaminado al mejoramiento del servicio.

En este orden de ideas, el nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer cargos de carrera, en eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de concurso, o por encargo con otro empleado de carrera. La situación en provisionalidad, no otorga fuero de estabilidad relativa alguno. Aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé la designación

en provisionalidad por un determinado tiempo e igualmente ésta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que la persona designada bajo esa situación adquiera estabilidad por dicho lapso.

Por estas razones, la Sala estima que si bien es cierto el nombramiento provisional se ha instituido para los cargos clasificados de carrera que no hayan sido provistos por concurso y que dicho nombramiento no es forma de provisión de los cargos de libre nombramiento y remoción, sí es pertinente predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción.

En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, lo cual encuentra sustento en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, que literalmente dispone:

“Artículo 107.- En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

...

Por su parte, el artículo 7º del Decreto 1572 de 1998 señala que: “ El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador”, y siendo en consecuencia procedente el retiro de los provisionales a través del mismo

acto que materializa el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, es comprensible que para proferir tal decisión sea necesario acudir a las pautas que rigen la discrecionalidad.

En el sub iudice se tiene y no es materia de discusión, que el empleo que desempeñaba la demandante de Profesional Universitario, Código 340, grado 02 de la Dirección de Servicios Administrativos de la Secretaría General del Municipio de Valledupar, es un cargo de carrera administrativa, al que llegó no a través de un concurso de méritos, sino por nombramiento provisional, circunstancia por la cual se puede afirmar que no le asiste el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresaron al servicio por el sistema del mérito, pudiéndose en consecuencia ser retirada sin que sea necesario la motivación del acto, como quedó expuesto en párrafos anteriores.

De otro lado, como quiera que la actora manifiesta que el acto acusado fue expedido con desviación de poder al disfrazar su destitución con la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, por cuanto los hechos reales que originaron su expedición, consistieron en que fue inculpada por el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio, de divertirse plácidamente en un computador con imágenes pornográficas iniciando una faena erótica sexual en horas de trabajo, corresponde a la Sala precisar si tales afirmaciones tienen asidero jurídico.

En orden a demostrar las anteriores afirmaciones, se incorporó al proceso el siguiente material probatorio:

- Aparece acreditado que YADIRA YANET GUTIÉRREZ PRETEL fue nombrada con carácter provisional en el cargo de Profesional Universitaria (Ingeniera de Sistemas), código 1137 D, grado 16 de la Dirección de

Informática y Sistemas del Municipio de Valledupar, mediante Resolución No. 001847 de 7 de julio de 1999 (fl. 30 cp.).

- Obra copia auténtica de la comunicación calendada el día 19 de enero de 2004 (fls. 158 a 160 cp.), suscrita por el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Valledupar y dirigida al Señor Alcalde, donde en relación con el presente asunto, le informa:

” ... Es dable comentarle que, por requerir de una información, me acerqué a la Oficina de Sistemas y, en compañía del señor JOSE NELSON MONTERO MONTERO, quien funge como Inspector de Impuestos, penetré a la referida dependencia, donde pude observar que, en una de las pantallas de un computador una persona se divertía plácidamente con imágenes pornográficas de mujeres lesbianas completamente desnudas y en inicio de una faena erótica sexual, lo que provocó mi disgusto y un fuerte reproche y censura hacia el protagonista de aquel inexcusable comportamiento ejecutado en horas de trabajo y en una entidad pública.

A la persona le pregunté su nombre y dijo llamarse EDWIN DÍAZ, y al lado de él se encontraba la señora YADIRA GUTIÉRREZ, quien manifestó que la Jefe era la señora DIANIS NUÑEZ PAVAJEAU quien no se encontraba presente y que la oficina estaba adscrita a la Secretaría General.

...

Considero que estos comportamientos inmorales hay que reprimirlos, pero no a través del Comité de Control Interno Disciplinario, porque éste sólo existe en su parte sustantiva y objetiva, pero en la práctica es inoperante, por lo que hay que acudir a la Procuraduría General de la Nación seccional Valledupar, para que desarrolle la correspondiente investigación disciplinaria”

- Se aportó copia auténtica del oficio calendado el día 23 de enero de 2004 (fl. 157 cp.), suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Valledupar y dirigido al Señor Procurador Provincial del Cesar, donde le informa y solicita:

“...me permito remitirle, fotocopia simple del documento calendado el 19 de enero del presente año, compuesto por tres (3) folios, mediante el cual el suscrito, pone en conocimiento del señor Alcalde de Valledupar Doctor CIRO ARTURO PUPO CASTRO, unos hechos que presumo son constitutivos de quebrantar lo reglado por los artículos 6 y 8 del Decreto Ley 2400 de 1968.

Es preciso informarle que, el contenido del documento precitado, sin haber sido leído por su destinatario, quien para los días 20, 21 y 22 del presente mes y año, se encontraba en la ciudad de Bogotá, los señores YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL y EDWIN DÍAZ BLANCO, quienes fungen como Profesional Universitario y Técnico Administrativo del Ente Municipal, tenían pleno conocimiento del texto confidencial, como se infiere de la petición fechada el 21 de enero del año en curso suscrita por las aludidas

personas (anexada), en el cual se refieren hasta del radicado número 235 colocado en la Secretaría Privada del Municipio.

Lo anterior es con el objeto de que usted examine los hechos y determine si es procedente abrir la correspondiente investigación disciplinaria”.

- Se allegó copia de la comunicación calendada el día 23 de enero de 2004 (fls. 64 y s.s. cp.), dirigida por la aquí demandante al Señor Alcalde Municipal de Valledupar, donde en relación con los hechos a ella imputados por el Jefe de la Oficina Jurídica, le dice:

“Motivada por el desánimo y profunda decepción que causa toda afrenta contra la honra, y el desempeño personal y profesional; me veo en la obligación de poner en su conocimiento una situación incomoda y a mi modo de ver de carácter prejuiciosa, falta de ética y mal intencionada, que atenta contra el respeto y solidaridad que debe observarse en toda organización, hacia los compañeros de trabajo y hacia ella misma; máxime, cuando esta se trata de una institución del Estado, que debe promulgar y defender los principios fundamentales consignados en la Constitución Nacional.

...por razones que desconozco, ha sido proferido un oficio de parte del Jefe de la Oficina Jurídica, Dr. Francisco Valle Maestre, el cual fue radicado el 19 de enero del presente año en la Secretaría Privada, se refiere entre otros temas, al hecho de que sorprendió en la oficina de Sistemas, al Ingeniero Edwin Díaz y a mi persona, nos dedicábamos a hacer el amor virtual. Más allá

del inmenso malestar que causa verme involucrada en este tipo de acusaciones infundadas, basadas en la observación por parte del Dr. Valle Maestre, de un fondo de escritorio del equipo de cómputo del Ingeniero Díaz (el cual se anexa al presente documento), se reviste de gravedad el hecho de esta acusación, toda vez que se trata de una imputación carente de respaldo probatorio, con intenciones oscuras de lograr mi descrédito personal y profesional, y lo que aún es más grave, que a puertas de un descargo justo por mi parte, el intentar devolver y olvidar el oficio original, a fin de que usted no se enterara de la ligereza con la que se profirió una denuncia injusta en mi contra.

Con estos antecedentes y con el objeto de presentar a usted las circunstancias reales, libres de tergiversación alguna, me permito citarle los hechos de los que se ha visto rodeado este lamentable suceso, los descargos a los cuales me asiste el derecho, y algunas consideraciones que estimo convenientes, a saber:

1. El Dr. Valle Maestre observó un fondo de un escritorio en el equipo del ingeniero Díaz, con base en eso, envía a usted el oficio en mención; en él, cuando se refiere a “hacer el amor virtual” se aleja de la verdad, puesto que un fondo de escritorio es un archivo gráfico de extensión bmp, jpg, gif o similar, que ha podido ser traído con cualquier dispositivo de almacenamiento secundario como un disquete o CD y no implica necesariamente que haya sido bajado por Internet, ni que esto haya sucedido en la oficina y obviamente tampoco implica que su observancia permita hacer el amor virtual; de igual manera es importante señalar que en el momento en que el Jefe de la Oficina Jurídica lo

vio, ni siquiera estaba abierto un browser tal como Internet Explorer o Netscape, requisito indispensable para navegar por Internet. Lo anteriormente expuesto prueba desde el punto de vista técnico, que no es posible afirmar que el recurso de la oficina se esté usando con fines pornográficos. Con respecto a lo que a mí concierne, lo anterior me es irrelevante debido a que este fondo no fue encontrado en el equipo que me ha sido asignado para mis labores dentro de la oficina, razón por la que no comprendo como el Dr. Valle expresa un juicio en mi contra, cuando no estoy relacionada ni con el equipo donde se encontró el fondo, ni con el fondo del mismo.

2. Es importante señalar que el Dr. Valle atentó contra mi derecho a la honra, a la dignidad humana y al buen nombre cuando se refiere a mí en particular en términos de hacer el amor virtual, semánticamente esta afirmación se presta para varias interpretaciones entre las cuales podría estar el de confundir la realidad con la virtualidad, esto es, para quien no conozca el significado de la palabra virtual, perfectamente puede entender que en la oficina, el Ingeniero Edwin y mi persona realizamos actos que atentan contra la moral. Así mismo es preocupante que este oficio fue leído antes de llegar al despacho del Alcalde por un número de personas, las cuales a su vez, lo comentaron por los pasillos de la Institución, esta circunstancia no sólo afecta mi honra sino que además insinúa con base en la difusión de información falsa, el hecho de que éste faltando a la Ley 734 en su artículo 48, en lo que se refiere a mantener la moral y las buenas costumbres en el sitio de trabajo. ...”

- Resolución 000043 de 23 de enero de 2004 (fl. 87 c.p.), expedida por el Alcalde Municipal de Valledupar, donde en su parte resolutive dispuso en el artículo primero declarar insubsistente el nombramiento hecho al señor EDWIN JAVIER DÍAZ BLANCO, en el cargo de Técnico, Código 401, Grado 03, y en el artículo segundo, declarar insubsistente el nombramiento hecho a la señora YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL, en el cargo de Profesional Universitario, Código 340, Grado 02, ambos empleos de la Dirección de Servicios Administrativos de la Secretaría General Municipal.
- Original de la comunicación de fecha 23 de enero de 2004 (fl. 3 c.p.), suscrita por el señor Alcalde Municipal de Valledupar, donde le informa a la señora YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL, que mediante la Resolución No. 000043 de esa misma fecha, su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario, Código 340, grado 02, fue declarado insubsistente.
- Original de la comunicación No. 895 de fecha 3 de junio de 2008 (fl. 173 c.p.), suscrita por el Procurador Provincial de Valledupar y dirigida al Tribunal Administrativo del Cesar, donde le informa que por queja impetrada el 23 de enero de 2004, por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía Municipal de Valledupar, adelantó investigación disciplinaria en contra de YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL y EDWIN DÍAZ BLANCO por irregularidades consistentes en ejecutar en su lugar de trabajo actos que atentan contra la moral y las buenas costumbres, y que por auto de 18 de agosto de 2005 se declaró terminado el proceso disciplinario y se ordenó el archivo de la investigación.

Valorada la prueba documental relacionada, la Sala llega a la convicción incontrovertible de que no fueron razones del buen servicio, las que

determinaron la expedición del acto de insubsistencia del nombramiento de la actora.

En efecto, no hay duda de la relación existente entre los hechos y el retiro mismo, lo cual se comprobó con las circunstancias antes transcritas que se aparejaron en el tiempo, veamos:

El informe de fecha 19 de enero de 2004 (fls. 158 a 160 cp.) presentado por el Jefe de la Oficina Jurídica al Alcalde Municipal del Municipio de Valledupar, sobre la presunta conducta irregular de la señora YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL y el señor EDWIN DÍAZ BLANCO, fue recibido por el burgomaestre **el día 23 de enero de 2004**, pues de conformidad con el documento visible (fl. 157 cp.) el señor Alcalde se encontraba en la ciudad de Bogotá los días 20, 21 y 22 de enero de 2004.

El día 23 de enero de 2004, el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Valledupar pone en conocimiento de la Procuraduría Provincial del Cesar, la conducta que considera irregular de la señora YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL y el señor EDWIN DÍAZ BLANCO con el objeto de que se examinen los hechos y se determine si es procedente abrir la correspondiente investigación disciplinaria (fl. 157 cp.).

Y mediante la Resolución 000043 **de 23 de enero de 2004** (fl. 87 c.p.), se declara la insubsistencia de los nombramientos de la señora YADIRA GUTIÉRREZ PRETEL y el señor EDWIN DÍAZ BLANCO.

La circunstancia de inmediatez en el tiempo en relación con los hechos y la expedición del acto mismo de retiro por insubsistencia, son las que llevan a la Sala a determinar que efectivamente existió una relación de causalidad entre

la situación de facto con la de retiro, de donde se desprende, como se dijo, que efectivamente el acto acusado está viciado de la causal de nulidad “desviación de poder”, pues resulta evidente que la administración obró arbitrariamente en relación con la demandante disfrazando su verdadera intención de sancionarla por una presunta irregularidad que hasta ese momento no había sido objeto de investigación, con la aparente legalidad del acto administrativo de insubsistencia.

En este orden de ideas, le asiste razón al Tribunal al concluir, que la declaratoria de insubsistencia de la demandante está revestida de desviación de poder, por cuanto con la misma se le impuso a la actora una sanción, por unos hechos al parecer irregulares realizados en horas del servicio, es decir, que el acto acusado, no fue simplemente el resultado del ejercicio de la facultad discrecional, por el contrario, la Administración con su actuar, persiguió razones diferentes al buen servicio público.

En esas condiciones, la presunción de legalidad que ampara al acto de insubsistencia acusado fue desvirtuada en el curso del proceso, motivo por el cual la Sala confirmará la decisión de primera instancia, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cesar accedió a las súplicas de la demanda, por ajustarse a derecho y a la jurisprudencia elaborada sobre la materia por esta Corporación.

En mérito 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 proferida el 3 de julio de 2008 por el Tribunal Administrativo del Cesar que **ACCEDIÓ** a las súplicas de la demanda.

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

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO