

POSESION EN EL CARGO – Las irregularidades y su omisión no generan nulidad de los actos del empleado / EMPLEADO ENCARGADO NO POSESIONADO – No hay lugar a anulación de los actos que expida / ACTO DE INSUBSISTENCIA – No debe ser anulado al no haberse posesionado quien lo expidió

De acuerdo con el artículo 122 de la Constitución Política, el empleado encargado debió tomar posesión del cargo. Sin embargo el artículo 252 de la Ley 13 de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, señala que las irregularidades de la diligencia de posesión y aún la omisión de tal diligencia no anulan los actos del empleado. De acuerdo con este precepto no es válido el argumento de la parte actora en el sentido de que se tipificó en el sub lite la falta de competencia porque el Rector (E) no tomó posesión del cargo ya que las irregularidades que se presenten en la diligencia de posesión y aún la omisión de tal diligencia no dan lugar a la anulación de los actos administrativos del empleado respectivo. Por tal motivo el acto de insubsistencia de que fue objeto el demandante no queda anulado por la falta de posesión del Rector (E). En otras palabras, la falta de posesión de la autoridad que profirió el acto administrativo no es per se causa de nulidad del acto proferido.

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO PUBLICO – La entidad pública lo debe hacer con el fin de mejorar el funcionamiento y de promover el buen servicio / INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO PUBLICO – Como facultad discrecional no está sometida a requisitos ni condiciones / DESVIACIÓN DE PODER EN ACTO DE INSUBSISTENCIA – Debe tener respaldo probatorio sobre los motivos de insubsistencia de la administración

La posibilidad de declarar insubsistencias es una facultad que la ley concede a la autoridad nominadora respecto de los empleados no protegidos con fuero alguno de estabilidad. De dicha facultad ha de hacer uso la administración con el fin único de mejorar el funcionamiento de la entidad y de promover el buen servicio. Advierte la Sala que la insubsistencia como facultad discrecional aunque no está sometida a requisitos ni condiciones no puede utilizarse de modo arbitrario sino ajustada a los fines para los cuales fue concebida. Significa lo anterior que la insubsistencia obedece siempre a algún motivo que la administración no siempre está obligada a expresar en el acto en que la declara. La desviación de poder debe tener respaldo probatorio que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado no son aquellos que la ley señala para el efecto. En el presente asunto no existe ninguna probanza de donde la Sala pueda inferir que la insubsistencia del nombramiento del actor obedeció a retaliación política por no haber participado en la campaña de la Rectora. En consecuencia, la parte actora no logró demostrar los móviles torcidos de la administración al declarar la insubsistencia del nombramiento del Dr. Sierra Merlano. El cargo por lo tanto no prospera.

CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA – Fueron señalados por la Corte Constitucional al decidir la exequibilidad de la ley 27 de 1992 / JEFE DE DEPARTAMENTO – Es cargo de carrera así esté en provisionalidad / AUTONOMIA UNIVERSITARIA – Los entes universitarios determinan los empleos de libre nombramiento y remoción y los de carrera / EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – No ostenta derechos de carrera y menos fuero de estabilidad

El Rector (E) en el acto acusado pretende hacer creer que el demandante desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción pues indica que era Director del Departamento de Fitotecnia, cuando en realidad ejercía el empleo de Jefe del Departamento de Fitotecnia, cargo que es de carrera administrativa, según el pronunciamiento de la Corte Constitucional cuando declaró inexecutable el numeral 1 del artículo 4 de la Ley 27 de 1992 y afirmó que son de carrera los cargos de Jefe de Sección, Jefe de Departamento y Jefe de Dependencia que tengan un nivel igual o superior a Jefe de Sección. En el caso de autos el cargo es de carrera y si el señor Rodolfo Sierra Merlano se encontraba en provisionalidad el único responsable era el nominador porque las normas de carrera señalan que una persona sólo puede ser nombrada en provisionalidad por cuatro meses. La jurisprudencia ha reiterado que los entes universitarios, en ejercicio de la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política, pueden determinar, a través de su órgano máximo, qué cargos tienen el carácter de libre nombramiento y remoción y cuáles de carrera. La Universidad de Sucre, haciendo uso de esta facultad, en el acuerdo reseñado expresamente determinó que el cargo de Jefe de Departamento es de libre nombramiento y remoción, razón por la cual el libelista no ostentaba derechos de carrera y menos fuero alguno de estabilidad.

HOJA DE VIDA DE EMPLEADO DECLARADO INSUBSISTENTE – La falta de anotación de las causas de la insubsistencia no vicia el acto / ACTO DE INSUBSISTENCIA – No está viciado de nulidad por omisión de anotación en la hoja de vida

Alega la parte actora que, aunque el nominador goce de la facultad discrecional de remoción respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción, el artículo 36 del C.C.A. en forma expresa señala, como elemento esencial, que debe indicar los hechos que le sirven de causa, elemento objetivo o fáctico concreto referido al requisito de proporcionalidad, que exige dejar la constancia, establecida de manera general en las normas laborales y en especial en el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968. La Sala no comparte el planteamiento expresado por el actor porque la anotación en la hoja de vida es un acto posterior que, en consecuencia, no puede dar lugar a vicios en el acto demandado debido a que se trata de situaciones jurídicas distintas que no deben ser confundidas. Esta tesis ha sido reiterada sucesivamente por el Consejo de Estado. En sentencia del 29 de marzo de 2001, Magistrado Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Sección Segunda, Subsección “A”, dijo: “ La omisión de cumplir con la obligación de dejar constancia en la hoja de vida del hecho y de las causas que ocasionaron la declaración de insubsistencia, exigida en el artículo 26

del decreto 2400 de 1968, por presentarse con posterioridad a la expedición de tal declaración, no puede constituir un vicio del acto, como reiteradamente tuvo oportunidad de expresarlo la Sección Segunda. Al efecto, pueden consultarse, entre otras muchas, las sentencias del 23 de septiembre de 1991, expediente 944, actora Hilda María de los Angeles Parra de Posada y 19 de noviembre de 1993, expediente 6836, actor Jorge Hernán Betancur Aguilar.”. En estas condiciones el cargo se desestima y, como salió avante la presunción de legalidad del acto cuestionado, las pretensiones de la demanda no alcanzan prosperidad, razón por la cual el proveído impugnado, que accedió a las suplicas de la demanda, debe ser revocado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil cinco (2005).-

Radicación número: 70001-23-31-000-1998-0686-01(4215-02)

Actor: RODOLFO DE JESUS SIERRA MERLANO

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES.-

No habiendo sido aprobado el proyecto de fallo presentado dentro del proceso de la referencia, pasó el expediente, por disposición legal, al ponente de esta decisión.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 22 de mayo de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por RODOLFO DE JESUS SIERRA MERLANO contra la Universidad de Sucre.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 333 de 2 de junio de 1998, expedida por el Rector encargado de la Universidad de Sucre, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Jefe del Departamento de Fitotecnia.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la entidad demandada a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y remuneración, junto con el pago, a título de indemnización, de los sueldos, primas, vacaciones, cesantías, subsidio familiar y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta cuando se produzca el reintegro, declarando que no existió solución de continuidad en la relación laboral y dando cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

A través del Decreto 322 de 2 de mayo de 1997, expedido por el Rector de la Universidad de Sucre, el actor fue nombrado como Jefe del Departamento de Fitotecnia, cargo del que tomó posesión el 5 de mayo de 1997. Ejerció sus funciones con idoneidad, eficiencia y honestidad, tal como lo demuestra su hoja de vida.

La Rectora de la Universidad de Sucre encargó de la Rectoría al Jefe de la Oficina de Planeación de la institución, profesor Orlando Arroyo Andrade, quien, mediante la Resolución No. 333 de 2 de junio de 1998, declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo que desempeñaba.

El Rector (E) al proferir el acto de desvinculación manifestó que el demandante ocupaba el cargo de Director de Departamento, que es de libre nombramiento y remoción, cuando en realidad desempeñaba el de Jefe de Departamento, que es un cargo de carrera, hecho que exigía la motivación del acto.

En la hoja de vida del actor no aparecen los hechos que sirvieron de causa para declarar insubsistente su nombramiento.

La Universidad no convocó a concurso para proveer el cargo de Jefe del Departamento de Fitotecnia sino que lo mantuvo en provisionalidad por más de dos años.

El señor Orlando Arroyo Andrade no tenía competencia para proferir el acto de insubsistencia porque no tomó posesión del cargo de Rector (E) y no tenía la facultad expresa para retirar del servicio al actor.

Para la época de la desvinculación el Gobierno Nacional había expedido el Decreto 1258 de 7 de julio de 1998 a través del cual prohíbe la modificación de las plantas de personal y la provisión temporal o definitiva de cargos.

Al momento de la desvinculación no se tuvo en cuenta que el Consejo Superior de la Universidad, a través del Acuerdo No. 016 de 6 de abril de 1998, le había autorizado al actor una comisión de estudios para que se especializara en Gerencia Pública, curso que ofrecía la misma Universidad desde febrero hasta junio de 1999.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, preámbulo, artículos 1, 2, 6, 13, 25, 53, 58, 90, 123, 125 y 209 4, 13, 25, 29, 125 y 209; Decreto Ley 2400 de 1968; Decreto 1950 de 1973; Decreto 1042 de 1978; Ley 27 de 1992; Decreto 1223 de 1993; Decreto 256 de 1994; Decreto 2329 de 1995; Decreto 2311 de 1997; Decreto 2316 de 1997; Ley 443 de 1998; Ley 167 de 1998 del Código Contencioso Administrativo y demás normas concordantes.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Sucre declaró la nulidad del acto acusado, ordenó el reintegro del actor al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, el pago de los emolumentos dejados de devengar y declaró que no existió solución de continuidad en la relación de empleo (fls. 310 a 325). La condena se hizo en abstracto porque debe determinarse en qué cargo será reintegrado ya que el que desempeñaba desapareció y en el cargo de auxiliar administrativo nunca se posesionó.

Manifestó que el Rector encargado sí podía hacer movimientos de personal porque de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 028 de 1994, artículo 21, numeral f), la Rectoría tiene la facultad de nombrar y remover al personal de la institución.

Durante un encargo administrativo se da el cambio del titular que desarrolla las funciones propias del cargo siendo innecesario establecer las competencias que se le otorgan al funcionario encargado porque este tiene las mismas funciones que el empleado titular razón por la cual queda desvirtuado el hecho de que el Rector encargado no tuviera competencia para declarar la insubsistencia del nombramiento del demandante.

El Rector encargado no podía ejercer el cargo sin posesionarse porque la Constitución Política en su artículo 122 y el Decreto 2400 de 1968 consagran claramente los requisitos que debe cumplir un servidor público para poder

ejercer sus funciones entre los que se encuentra el tomar posesión del cargo para el cual fue nombrado.

En el expediente obra una remisión o traslado de pruebas de un documento que aparece en el proceso 98-0702 (Actor: Alfonso Alejandro Pineda, Demandada Universidad de Sucre), que da respuesta a la solicitud hecha a la entidad demandada de allegar la copia del acta de posesión del señor Orlando Arroyo Andrade en el cargo de Rector encargado y en el que textualmente se lee “me permito manifestarle que revisadas las actas de posesión, se verificó que esta no existe...”, hecho que deja sin asidero jurídico lo afirmado por el apoderado de la entidad demandada cuando indicó que el Rector encargado no tenía la obligación de posesionarse por tratarse de un encargo temporal y preciso que sería desempeñado por un servidor público de la misma universidad.

La jurisprudencia ha sido enfática al indicar que los entes universitarios, en ejercicio de la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política, pueden determinar a través de su máximo órgano y de acuerdo a sus necesidades, qué cargos en su estructura serán de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa.

El Consejo Superior de la Universidad de Sucre, a través del Acuerdo No. 02 de 1998, artículo 4, señala los cargos que son de libre nombramiento y remoción, entre los que se encuentra el de Jefe de Departamento, cargo que desempeñaba el actor, por lo que no es cierto lo aducido en la demanda cuando se indica que el cargo era de carrera administrativa.

De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2400 de 1968, artículo 26, una persona que no pertenezca a la carrera puede ser declarada insubsistente libremente por el nominador de la entidad sin necesidad de motivar el acto, sin embargo en la hoja de vida deberán aparecer las causas que la ocasionaron. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de 15 de febrero de 1978, manifestó que el Decreto en mención no consagró

esta formalidad como un requisito previo o de trámite para la declaratoria de insubsistencia pues no fijó una oportunidad determinada para hacerlo, lo que permite concluir que se puede hacer con posterioridad.

EL RECURSO

La entidad demandada interpuso el recurso de apelación visible de folios 326 a 329. Expresó su inconformidad diciendo que el Rector encargado sí podía ejercer el encargo sin haberse posesionado porque se trataba de otro empleado público que no requería de nueva posesión porque ya había jurado cumplir y hacer cumplir las leyes y desempeñar los deberes que le incumben.

El artículo 122 de la Constitución Política, mencionado en la sentencia, se refiere a que las personas que son nombradas para desempeñar un cargo público no podrán ejercerlo sin la posesión, por lo que debe entenderse que se refiere a un nombramiento y el encargo no es un nombramiento.

No parece necesario que un empleado público de la misma Universidad que ha sido encargado vuelva a posesionarse puesto que el juramento no se borra ni desaparece mientras subsista la persona como empleado o funcionario ya que sería absurdo que cada vez que se le encargue, no que se le nombra, tenga que volver a jurar cumplir con la Constitución y la Ley si ya lo hizo.

El encargo temporal es una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo. Se trata de una medida de carácter excepcional que enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que se cumple en lapsos cortos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si la declaratoria de insubsistencia del señor Rodolfo de Jesús Sierra Merlano se ajusta a la legalidad o si, por el contrario, el Rector Encargado de la Universidad de Sucre incurrió en alguna de las causales de anulación del acto en cuestión.

EL ACTO ACUSADO

El libelista pretende la nulidad de la Resolución No. 333 de 2 de junio de 1998 (fl.24), expedida por el Rector (E) de la Universidad de Sucre, quien, en uso de sus facultades legales y estatutarias, declaró la insubsistencia del nombramiento del actor en el cargo de Director del Departamento de Fitotecnia, a partir del 3 de junio de 1998.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE SUCRE

El artículo 2 del Acuerdo No. 028 de 26 de mayo de 1994 (fl. 26) señala que la Universidad de Sucre fue creada por la Ordenanza 01 de 1977, es un establecimiento público de educación superior de carácter oficial del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

LA VINCULACION DEL DEMANDANTE

Mediante Resolución No. 322 de 2 de mayo de 1997 el Rector de la Universidad de Sucre nombró al Economista Agrario, señor Rodolfo de Jesús Sierra Merlano, en el cargo de Jefe del Departamento de Fitotecnia de la Universidad de Sucre, a partir del 5 de mayo de 1997, fecha en que tomó posesión del cargo (fl.22).

EL ENCARGO

La Rectora del ente universitario, (fl. 23) a través de la Resolución No. 323 de 28 de mayo de 1998, fue comisionada para viajar a Santafé de Bogotá con el fin de ir en visita oficial al ICFES, Planeación Nacional, Ministerio de Hacienda y contactar y adelantar gestión acerca del proyecto de Cooperación Internacional del Reino de España, del 2 al 6 de junio de 1998.

Entre tanto fue encargado de la Rectoría el profesor Orlando Arango Andrade, Jefe de la Oficina de Planeación de la Universidad de Sucre, a partir del 2 de junio de 1998 y mientras durara la ausencia de la titular, sin efectos fiscales.

El actor aduce como violado el artículo 22 del Acuerdo No. 028 de 26 de mayo de 1994, (fl.36) por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad de Sucre, según el cual el Rector podrá delegar en el Vicerrector Académico, Vicerrector Administrativo y Decanos, por medio de Resolución, aquellas funciones que consideren necesarias, con la excepción de la imposición de sanciones de destitución y suspensión mayor de 15 días y de las funciones que le hayan sido delegadas por el Consejo Superior.

La Sala advierte que el artículo regula la delegación de funciones, mediante la cual un servidor público entra a desempeñar algunas de las funciones cuyo ejercicio le otorga la ley a otro servidor.

A contrario sensu el encargo, que fue lo que se dió en este caso, es una situación administrativa que consiste en la provisión temporal o definitiva de un

empleo que ejerce otro funcionario público y no una simple asignación de funciones.

La parte final del artículo 22 del acuerdo en mención sí se regula el encargo para los casos de falta absoluta del Rector, determinando que en tal circunstancia lo podrá reemplazar el Vicerrector Académico.

El artículo aplicable al caso sería, entonces, el artículo 26 del Acuerdo 007 de 1994, (fls. 242 y ss) “Por el cual se establece el Estatuto de Personal Administrativo de la universidad de Sucre”, que dispone:

Art. 26 DEL ENCARGO

Se podrá encargar a los empleados públicos para que asuman parcial o totalmente las funciones de cargos diferentes a aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular.

(...)”.

ANÁLISIS DE LOS CARGOS PLANTEADOS

1. Falta de competencia

Aduce la parte actora que el Rector (E), señor Orlando Arroyo, no tenía competencia para retirar funcionarios pues no había tomado posesión del cargo.

De la Posesión como requisito para desempeñar un cargo público.

El artículo 122 de la Constitución Política consagra:

“ Art. 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la Ley o reglamento...

**Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.
(...).”.**

De acuerdo con la norma transcrita el empleado encargado debió tomar posesión del cargo. Sin embargo el artículo 252 de la Ley 13 de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, señala que las irregularidades de la diligencia de posesión y aún la omisión de tal diligencia no anulan los actos del empleado.

Su tenor literal es el siguiente:

**“De todo acto de posesión se dejará constancia en una diligencia que firmarán el que da la posesión, el que la toma y el secretario de la oficina, y en su defecto, los testigos.
Las irregularidades de la diligencia de posesión y aún la omisión de tal diligencia no anulan los actos del empleado respectivo, ni lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.”.**

De acuerdo con este precepto no es válido el argumento de la parte actora en el sentido de que se tipificó en el sub lite la falta de competencia porque el Rector (E) no tomó posesión del cargo ya que las irregularidades que se presenten en la diligencia de posesión y aún la omisión de tal diligencia no dan lugar a la anulación de los actos administrativos del empleado respectivo. Por tal motivo el acto de insubsistencia de que fue objeto el demandante no queda anulado por la falta de posesión del Rector (E). En otras palabras, la falta de posesión de la autoridad que profirió el acto administrativo no es per se causa de nulidad del acto proferido.

2. Desviación de poder

Se acusa también el acto por desviación de poder argumentando que se expidió como retaliación política por cuanto por actos como el acusado se persiguió a todos los funcionarios que no acompañaron en su campaña a la Rectora titular, Luz Stella de la Ossa.

Debe la Sala analizar el material probatorio recaudado para establecer si se tipificó o no la desviación de poder aducida y si, en consecuencia, es viable la anulación del acto acusado.

La posibilidad de declarar insubsistencias es una facultad que la ley concede a la autoridad nominadora respecto de los empleados no protegidos con fuero alguno de estabilidad. De dicha facultad ha de hacer uso la administración con el fin único de mejorar el funcionamiento de la entidad y de promover el buen servicio.

Advierte la Sala que la insubsistencia como facultad discrecional aunque no está sometida a requisitos ni condiciones no puede utilizarse de modo arbitrario sino ajustada a los fines para los cuales fue concebida. Significa lo anterior que la insubsistencia obedece siempre a algún motivo que la administración no siempre está obligada a expresar en el acto en que la declara.

La desviación de poder debe tener respaldo probatorio que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado no son aquellos que la ley señala para el efecto.

En el presente asunto no existe ninguna probanza de donde la Sala pueda inferir que la insubsistencia del nombramiento del actor obedeció a retaliación política por no haber participado en la campaña de la Rectora. Si bien es cierto que a folio 202 del plenario se recepcionó la declaración de José Antonio Cortina Guerrero, quien se desempeñó en la Universidad demandada desde febrero de 1985 como docente de planta y en la actualidad ejerce como

Vice-Rector Académico, también lo es que el deponente desconoce los motivos que dieron lugar a la insubsistencia del actor porque, dijo, cada administración selecciona y organiza los cargos de libre nombramiento y remoción según las prioridades de su programa de gobierno y sus necesidades. Al actor lo reemplazó el profesor de planta de la Universidad de Sucre Orlando Navarro, quien tiene más años de experiencia que aquel y varias maestrías.

En consecuencia, la parte actora no logró demostrar los móviles torcidos de la administración al declarar la insubsistencia del nombramiento del Dr. Sierra Merlano. El cargo por lo tanto no prospera.

3. Expedición irregular

Se presentó expedición irregular del acto cuestionado ante la falta de motivación del mismo por parte del Rector (E) y porque se omitió dejar constancia en la hoja de vida de los motivos que dieron lugar a la insubsistencia.

Como antes se advirtió en los actos de carácter discrecional, en principio, el nominador no requiere motivar el acto porque se presume que fue expedido en aras del buen servicio público y corresponde a la parte actora desvirtuar la presunción de legalidad.

El cargo relativo a la falta de constancias en la hoja de vida de los motivos del acto será estudiado más adelante.

4. Violación de las normas de carrera

El Rector (E) en el acto acusado pretende hacer creer que el demandante desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción pues

indica que era Director del Departamento de Fitotecnia, cuando en realidad ejercía el empleo de Jefe del Departamento de Fitotecnia, cargo que es de carrera administrativa, según el pronunciamiento de la Corte Constitucional cuando declaró inexecutable el numeral 1 del artículo 4 de la Ley 27 de 1992 y afirmó que son de carrera los cargos de Jefe de Sección, Jefe de Departamento y Jefe de Dependencia que tengan un nivel igual o superior a Jefe de Sección.

En el caso de autos el cargo es de carrera y si el señor Rodolfo Sierra Merlano se encontraba en provisionalidad el único responsable era el nominador porque las normas de carrera señalan que una persona sólo puede ser nombrada en provisionalidad por cuatro meses.

Analizado el cargo, la Sala encuentra que el Consejo Superior de la Universidad de Sucre (fl. 97) expidió el Acuerdo No. 02 de 27 de enero de 1998, a través del cual estableció la Planta de Personal Administrativa que regiría durante la vigencia de 1998, y en su artículo 4 enumeró los empleos de libre nombramiento y remoción, entre los que se encuentra el cargo de Jefe de Departamento, que era el desempeñado por el libelista.

La jurisprudencia ha reiterado que los entes universitarios, en ejercicio de la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política, pueden determinar, a través de su órgano máximo, qué cargos tienen el carácter de libre nombramiento y remoción y cuáles de carrera. La Universidad de Sucre, haciendo uso de esta facultad, en el acuerdo reseñado expresamente determinó que el cargo de Jefe de Departamento es de libre nombramiento y remoción, razón por la cual el libelista no ostentaba derechos de carrera y menos fuero alguno de estabilidad. El cargo no prospera.

5. La supuesta violación del Decreto 1258 de 1998

El actor aduce que para la época de su vinculación estaba vigente el Decreto No. 1258 de 7 de julio de 1998 “Por el cual se introducen restricciones a la modificación de plantas de personal en la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y se dictan otras disposiciones” a través del cual el Gobierno Nacional prohibió la modificación de las plantas de personal y la provisión temporal o definitiva de cargos.

Sin embargo observa la Sala que esta preceptiva tiene alcance nacional, no territorial pues está dirigida a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales, conforme a su artículo 1, razón por la cual no es aplicable al actor, teniendo en cuenta la naturaleza territorial del ente universitario en el cual ejercía sus funciones.

6. Falta de constancia en la hoja de vida como causal de anulación del acto.

Alega la parte actora que, aunque el nominador goce de la facultad discrecional de remoción respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción, el artículo 36 del C.C.A. en forma expresa señala, como elemento esencial, que debe indicar los hechos que le sirven de causa, elemento objetivo o fáctico concreto referido al requisito de proporcionalidad, que exige dejar la constancia, establecida de manera general en las normas laborales y en especial en el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968.

La Sala no comparte el planteamiento expresado por el actor porque la anotación en la hoja de vida es un acto posterior que, en consecuencia, no puede dar lugar a vicios en el acto demandado debido a que se trata de situaciones jurídicas distintas que no deben ser confundidas. Esta tesis ha sido reiterada sucesivamente por el Consejo de Estado. En sentencia del 29 de marzo de 2001, Magistrado Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Sección Segunda, Subsección “A”, dijo:

“ La omisión de cumplir con la obligación de dejar constancia en la hoja de vida del hecho y de las causas que ocasionaron la declaración de insubsistencia, exigida en el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, por presentarse con posterioridad a la expedición de tal declaración, no puede constituir un vicio del acto, como reiteradamente tuvo oportunidad de expresarlo la Sección Segunda. Al efecto, pueden consultarse, entre otras muchas, las sentencias del 23 de septiembre de 1991, expediente 944, actora Hilda María de los Angeles Parra de Posada y 19 de noviembre de 1993, expediente 6836, actor Jorge Hernán Betancur Aguilar.”.

En estas condiciones el cargo se desestima y, como salió avante la presunción de legalidad del acto cuestionado, las pretensiones de la demanda no alcanzan prosperidad, razón por la cual el proveído impugnado, que accedió a las suplicas de la demanda, debe ser revocado.

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

FALLA

Revócase la sentencia de 22 de mayo de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por Rodolfo de Jesús Sierra Merlano.

En su lugar se dispone:

Niéganse las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

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

ALBERTO ARANGO MANTILLA ANA MARGARITA OLAYA FORERO

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO TARSICIO CACERES TORO

JESÚS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

**ENEIDA WADNIPAR RAMOS
SECRETARIA**

*ACLARACIÓN DE VOTO PRESENTADA POR EL DR. ALEJANDRO
ORDÓÑEZ MALDONADO*

Referencia Nro. 4215-2002

Radicación Nro. 70001233100019980686-01

**Demandante: RODOLFO DE JESUS SIERRA
MERLANO**

Autoridades Nacionales

Por unificación jurisprudencial y en aras de contribuir al principio de seguridad jurídica, me acogí a los fundamentos expuestos en la sentencia de 11 de septiembre de 2003,¹ relacionados con el alcance de la exigencia consignada en el inciso 1º del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 de expresar en la hoja de vida del empleado declarado insubsistente las causas y circunstancias que ocasionan esta medida. En este asunto, por tratarse de un tema similar, reitero el texto de la aclaración de voto que presenté en esa oportunidad.

Considero que la norma en mención, en lo atinente al cumplimiento de este requisito, merece una interpretación diferente a la adoptada por la Sala Plena de Sección que seguidamente pasó a explicar:

LA PRESUNCION DE LEGALIDAD DEL ACTO DE INSUBSISTENCIA Y EL EFECTO UTIL DE LA CONSTANCIA EN LA HOJA DE VIDA DE LAS RAZONES DEL RETIRO CONFORME AL ARTICULO 26, INCISO 2º DEL DECRETO 2400 DE 1968.

El atributo de obligatoriedad para la generalidad de los actos administrativos que autoriza la aplicación de su contenido una vez se encuentren en firme consagrado en el artículo 238 de la C.P., los artículos 64, 65 y 66 del C.C.A., el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y los artículos 116 y 122 del Decreto 1333 de 1986, ha permitido afirmar que aunque expresamente no exista disposición en nuestro ordenamiento jurídico que contemple la presunción de legalidad de los actos administrativos, la posibilidad de ejecutarlos, aún haciendo uso de medios coercitivos, se

¹ Sala Plena, Sección Segunda, demandante: Beatriz Libreros Caicedo, demandado: La Nación, Comisión Nacional de Televisión.

ampara en que son legales, no contradicen las normas en que se apoyan ni transgreden el entorno normativo.

No se desconoce que la presunción de legalidad es una potestad estatal porque le otorga a la administración la posibilidad de utilizar los mecanismos de acción en orden a cumplir los cometidos estatales en la forma contemplada en el artículo 209 de la C.P. Nadie duda que la prerrogativa de ejecución es un axioma de derecho administrativo, que se manifiesta en el principio de la ejecución de oficio, pues no se concibe una administración despojada de instrumentos compulsivos y unas decisiones unilaterales carentes de fuerza ejecutoria.

En sede administrativa el acto administrativo siempre goza de la presunción de legalidad como quiera que ésta es un atributo o potestad de la administración para hacer exigibles sus decisiones.

Desde luego que la presunción de legalidad puede ser controvertida jurisdiccionalmente y tan pronto ello acontezca, inicia su control, sin que tal cualidad de que goza el acto administrativo por el hecho de acudir a la sede judicial desaparezca, dado que ello solamente sucede por la declaración de nulidad en las acciones previstas en los artículos 84 y 85 del C.C.A.

En la presunción de legalidad hay una consecuencia a partir de la ocurrencia de unos hechos antecedentes que se constituyen en la justificación de la decisión, la ordenación de los sucesos previos se subordinan a la medida adoptada. En virtud de lo anotado, la presunción de legalidad, es una prerrogativa fundada en el interés general e indudablemente como

toda presunción, no escapa a su noción esencial de mecanismo de técnica probatoria.

Bajo el anterior contexto, adquiere importancia el artículo 26, inciso 2º del Decreto 2400 de 1968, en tanto precisamente consagra la justificación y razonabilidad de la expedición del acto de retiro - los hechos antecedentes - de los cuales se infiere o deduce el – mejoramiento del servicio -.

En efecto, el artículo 176 del C.P.C. señala que los hechos presumidos por la ley están excluidos del *thema probandum*. Es decir, no tiene el deber procesal de demostrarlos, aquél que se beneficia de la presunción y recíprocamente, quien se perjudica de ella, puede válidamente desvirtuar la existencia del hecho presumido. En consecuencia, la presunción es un medio indirecto para alcanzar la verdad, ya que se trata de la lógica conexión de un hecho conocido como cierto – hecho antecedente – para llegar a otro que se infiere o deduce – hecho deducido-.

El artículo 66 del C.C. contempla en nuestro ordenamiento jurídico la técnica jurídica de la presunción. La citada disposición, no tiene solamente un alcance civilista que repugne con el ejercicio del derecho administrativo; el hecho de consagrarse en este Código no la hace ostentar estrictamente esta connotación, puesto que igualmente el C.C. contiene normas de interpretación y hermenéutica jurídica y establece principios generales del derecho.

Subsumiendo la norma en mención al artículo 26, inciso 2º del Decreto 2400 de 1968, se infiere que los hechos o circunstancias antecedentes en que se sustenta una presunción legal son los que permiten que ésta opere y sólo

existiendo éstos la presunción se configura. Conforme a lo expuesto, quien se encuentra favorecido con una presunción legal, ostenta tal beneficio porque existen los supuestos de hecho y sólo así se infiere la presunción –hecho deducido-.

Trayendo las ideas precedentes al sub-lite, surge la importancia de la anotación en la hoja de vida de las razones o motivos que justifican el retiro de todos los servidores no sujetos a la carrera administrativa o que no han ingresado por no haberse llevado a cabo concurso de méritos, en la forma como lo consagra el artículo 26 inciso 2º del Decreto 2400 de 1968, en tanto el señalamiento de las razones o causas del retiro, son los hechos antecedentes o hechos conocidos que dan a su turno, origen a la presunción - hecho que presume – de mejoramiento del servicio -.

Conforme a lo anterior, es incorrecto seguir sosteniendo simplemente que los actos administrativos de retiro de los empleados no sujetos a la carrera administrativa o que no han ingresado a la misma por no haberse llevado a cabo concurso de méritos se presumen legales porque están amparados por el principio de obligatoriedad que los cobija y continuar aceptando irrestrictamente la legalidad de la decisión con el argumento retórico que como se trata de una presunción juris tantum admite prueba en contrario.

En este sentido la presunción de legalidad que ampara los actos de retiro respecto de los servidores de libre nombramiento y remoción o en condición de provisionales puede desaparecer en la forma como pasa a explicarse:

El enunciado acto se presume legal porque ocurrieron unos hechos antecedentes que se constituyen en la justificación de la decisión, la ordenación de los sucesos previos se subordinan a la medida adoptada traducida en el mejoramiento del servicio. En virtud de lo anotado, la presunción de legalidad respecto del acto de retiro de empleados clasificados como de libre nombramiento y remoción o de carrera pero en condición de provisionalidad opera por la lógica conexión de un hecho conocido como cierto – hecho antecedente – (anotación en la hoja de vida) para llegar a otro que no se conoce pero que se infiere o deduce –hecho deducido (mejoramiento del servicio).

Significa lo anterior, que la administración si pretende continuar beneficiándose de la presunción de legalidad de los actos de retiro de empleados clasificados como de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa pero en condición de provisionalidad deberá acreditar en la sede jurisdiccional que plasmó en la hoja de vida del empleado las circunstancias o hechos antecedentes de la decisión, pues sólo así, podrá presumirse que la decisión se profirió para el mejoramiento del servicio.

A su turno, si la administración consignó en la hoja de vida las razones o hechos antecedentes que originaron el retiro, corresponde al administrado controvertir el hecho deducido – mejoramiento del servicio – vale decir, que las razones expuestas por el nominador no son ciertas, son inexactas e irreales, lo cual se traduce en la práctica en la necesidad de desvirtuar la presunción de legalidad y en virtud de ella, asumir la totalidad de la carga probatoria.

De no acreditar la administración que plasmó tales circunstancias antecedentes que son la justificación y el presupuesto de la decisión, no podrá beneficiarse de la presunción de mejoramiento del servicio o razones del buen servicio. En consecuencia, la anotación en la hoja de vida de las razones que motivaron el retiro de los servidores públicos referidos determina ante la sede jurisdiccional para la administración seguir gozando de la presunción de legalidad y por ende, le corresponde al demandante entrar a desvirtuarla allegando los elementos probatorios tendientes a demostrar que con el acto de retiro se desmejoró el servicio.

CONCLUSIONES RESPECTO DEL TEMA ANALIZADO.

Se concluye de lo expuesto, que cuando la administración plasma en la hoja de vida del empleado las circunstancias o hechos que ocasionaron el retiro, el cumplimiento de esta actuación configura la presunción de mejoramiento del servicio y en consecuencia, le corresponde al demandante desvirtuarla allegando el material probatorio tendiente a atacar el hecho que se deduce, (mejoramiento del servicio) e implícitamente los antecedentes de donde se infiere (anotaciones en la hoja de vida).

A contrario sensu, si la administración no demuestra que plasmó los hechos antecedentes (vale decir que efectuó la anotación en la hoja de vida de las causas del retiro) no se beneficia de la presunción dado que en esta hipótesis, no habrá presunción de legalidad y en consecuencia, las partes quedan en la igualdad probatoria consagrada en el artículo 177 del C.C.A. que promueve la equidad en las relaciones procesales.

En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos de retiro respecto de empleados no

sujetos a la carrera administrativa vale decir en condición de libre nombramiento o remoción o clasificados como de carrera administrativa pero en condición de provisionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión se sustente en supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, que corresponde plasmar en la hoja de vida del funcionario haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 26 inciso 2° del Decreto 2400 de 1968.

Precisado lo anterior, en el ejercicio de la facultad de retiro de los empleados referidos no se exige la motivación del acto sino la justificación de los motivos, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones, que implica la expresión en el texto de la decisión de las razones que la justifican, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial de la actuación administrativa previa al ejercicio de la facultad discrecional.

La importancia de cumplir con esta exigencia, incide en la potestad de predicar ante la sede jurisdiccional las ventajas probatorias que ofrece la presunción de legalidad, el hecho deducido del mejoramiento del servicio obedece a la existencia de unas razones que justifican la expedición de la decisión, tales razones, deberán consignarse simultáneamente con la expedición del acto de retiro, pues sólo de esta forma se garantiza al administrado la posibilidad de debatirlas ante la sede jurisdiccional, lo cual significa que el funcionario debe conocerlas antes de interponer la demanda.

Estimo que la interpretación aceptada por la jurisprudencia, representa la inoperancia práctica del artículo 26, inciso 2° del Decreto 2400 de 1968, lo cual riñe con el principio del EFECTO UTIL definido por la Corte

Constitucional y acogido por esta Corporación, según el cual entre dos (2) posibles interpretaciones de la ley en la que una produzca consecuencias jurídicas y otra no, debe preferirse la primera.

La presunción fundada en el mejoramiento del servicio aún cuando se omita cumplir la exigencia del artículo 26 inciso 2° del Decreto 2400 de 1968, implica en ocasiones para el funcionario declarado insubsistente la tarea procesal de demostrar intenciones del nominador que pertenecen a su fuero interno.

En la práctica viene sucediendo que cuando de actos de retiro de empleados no sujetos a la carrera administrativa o de carrera pero en condición de provisionalidad se trata, el nominador se limita a guardar silencio sobre la causa que motivó la insubsistencia y a referir al juez la presunción de legalidad, sin desplegar ninguna actividad probatoria, lo cual conduce a situaciones de inequidad.

En síntesis, en el ejercicio de la facultad de retiro de los empleados precitados, se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos.

De manera que en aras de no continuar permitiendo la vigencia de decisiones secretas u ocultas amparadas en la trajinada frase invocada en la contestación de las demandas que pregona insistentemente por la presunción de legalidad de esta clase de actos y que se expidió para mejorar el servicio, casi convertida en un escollo insuperable que muchas veces legitima decisiones injustificadas, a mi juicio corresponde a la

entidad demandada, para gozar de la mentada presunción, plasmar en la hoja de vida de los empleados enunciados, las razones que motivaron su desvinculación en la forma como lo consagra el artículo 26, inciso 2° del Decreto 2400 de 1968.

En consecuencia, considero que ante la sede jurisdiccional, la administración si pretende seguir gozando de la presunción de legalidad del acto de retiro de los empleados no sujetos a la carrera administrativa o clasificados como de carrera pero que no han ingresado a la misma mediante concurso de méritos, no puede guardar in pectore el motivo de la decisión, pues la no acreditación de los supuestos de hecho mediante la anotación en la hoja de vida de las razones del retiro, impide la configuración de la presunción de legalidad quedando en el curso del proceso regidas por el principio de igualdad probatoria.

CONCLUSIONES FINALES

Se concluye de todo lo expuesto, que cuando se impugna el acto administrativo, comienza el enjuiciamiento de la presunción de legalidad pero no la pérdida de este atributo respecto del acto mismo toda vez que ello solamente acontece en virtud de su anulación. La no consignación de los motivos en la hoja de vida del empleado sobre las causas del retiro, implica para la administración en sede jurisdiccional, la imposibilidad de invocar la presunción de legalidad y de obtener las ventajas probatorias que se deriven de ella, razón por la cual debe someterse al principio de igualdad probatoria.

Bajo la interpretación precedente, es comprensible la previsión contenida en el artículo 61 del Decreto 2400 de 1968 de hacer nulos los

nombramientos o “providencias relacionadas con el personal” que se hicieren en contravención a las disposiciones del citado Decreto.

La consecuencia contemplada en el artículo 61 del Decreto 2400 de 1968, que establece la nulidad de los actos administrativos que contravengan el precitado Decreto ha venido pasando desapercibida por la jurisprudencia, sin conferírsele ningún efecto práctico, es decir como si no existiera y por ello, corresponde armonizar el precitado artículo, haciendo recaer la nulidad del acto administrativo que no resulte acorde con las pautas de interpretación expuestas respecto del artículo 26 *ibídem*.

Indudablemente el término “providencia” previsto en la norma referida, subsume las resoluciones de insubsistencia, pues tales decisiones atañen directamente con el manejo del personal. Sucede, que el mentado término, es utilizado con frecuencia en algunos artículos del anotado Decreto, tal es el caso de los artículos 26 y 62 del mismo Decreto 2400 de 1968 y desde luego, que no puede tener un alcance diferente a la expresión de la voluntad administrativa materializada en un texto o documento, usualmente a través de resoluciones.

Se colige de lo anterior, que el simple incumplimiento de la previsión contenida en el artículo 26, inciso 2º del Decreto 2400 de 1968 no afecta la validez del acto de retiro de los empleados mencionados. La consecuencia de no atender dicha exigencia, acarrea para la administración la pérdida de la presunción de legalidad de su actuación en la sede jurisdiccional y si en el proceso contencioso no logra defenderla probatoriamente en contraste con la actividad del demandante, la consecuencia necesariamente tendrá que ser la declaratoria de nulidad de la decisión.

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

Referencia Nro. 4215-2002

Radicación Nro. 70001233100019980686-01

Demandante: RODOLFO DE JESUS SIERRA MERLANO

Autoridades Nacionales