



Sentencia 01507 de 2005 Consejo de Estado

ACTO ADMINISTRATIVO

INSUBSISTENCIA - Retiro improcedente / EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - Nivel directivo / CONTROL INTERNO - Concepto / CÓDIGO DISCIPLINARIO - Incompatibilidad para el ejercicio del cargo

Se demanda en el proceso la Resolución No. 328 del 20 de diciembre 2000, proferida por el Gerente de la Unidad de Salud de Ibagué USI E.S.E., por medio de la cual declaró la insubsistencia del actor en el cargo de Jefe de Control Interno, código 11501. El control interno, tal como fue establecido por la Constitución Nacional en su artículo 209 y desarrollado posteriormente por la Ley 87 de 1993 y el Decreto 2145 de 1999, es todo un sistema (integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y atención a las metas u objetivos previstos) y son muchos los campos sobre los que debe actuar. Que se encuentren laborando para la entidad dos personas que tienen parentesco con el actor, que además, no son cargos de nivel directivo, no constituye causal de inhabilidad ni podría afectar la transparencia en el desempeño de sus funciones, porque como quedó expuesto, son muchos los aspectos a los que se refiere el control interno y sobre cuyo ejercicio no tiene ninguna inconformidad la entidad demandada, pues hasta el momento de la declaratoria de insubsistencia, el servicio del actor no fue cuestionado. Si de lo que se trataba era de endilgarle al actor, una incompatibilidad para el ejercicio de su cargo, tal conducta estaba contemplada en el Código Disciplinario -Ley 200 de 1995- que regía para la época, como falta disciplinaria, la administración ha debido enmarcar su actuación, dentro del procedimiento que para tal efecto había establecido la Ley y no declarar la insubsistencia del actor, con base en una incompatibilidad que, como se vio, no existe.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 85 / LEY 10 DE 1990

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil cinco (2005)

Radicación número: 73001-23-31-000-2001-01507-01(1635-03)

Actor: CARLOS ALBERTO SOLANILLA VARON

Demandado: UNIDAD DE SALUD DE IBAGUE

Referencia: AUTORIDADES MUNICIPALES

Decide la Sala el recurso de apelación contra la sentencia del 28 de enero de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

ANTECEDENTES

CARLOS ALBERTO SOLANILLA VARÓN por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo del Tolima, la nulidad de la Resolución No. 328 del 20 de diciembre 2000, proferida por el Gerente de la Unidad de Salud de Ibagué USI E.S.E., por medio de la cual declaró su insubsistencia del cargo de Jefe de Control Interno, código 11501.

Como consecuencia de la nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho pretende que se le reintegre a un cargo de igual o superior categoría y el pago de los sueldos, asignaciones, prestaciones sociales y demás emolumentos que hubiere dejado de percibir por razón de su insubsistencia, desde la fecha de su desvinculación hasta que sea efectivamente reintegrado, debidamente indexados y que se declare que no ha habido solución de continuidad en la prestación de sus servicios. Que a la sentencia se le dé cumplimiento de conformidad con lo señalado en los artículos 176 del C.C.A.

Como hechos en que sustenta su petición, señala:

Mediante Resolución No. 090 del 15 de mayo de 2000, expedida por el Gerente de la Unidad de Salud de Ibagué - Empresa Social del Estado, fue nombrado el actor como Jefe de la Oficina de Control Interno de esa Entidad.

Desde el momento de su posesión, se destacó por el cabal cumplimiento de sus responsabilidades y el ejercicio diligente de sus funciones.

La determinación de insubsistencia del nombramiento fue adoptada por la Gerente de la entidad demandada, luego de que en reunión de Junta Directiva celebrada el 13 de diciembre de 2000, el Dr. Jesús Hernando Toro, asesor externo de la Alcaldía de Ibagué y quien en calidad de invitado a la misma, advirtió a los asistentes a la Junta Directiva, sobre una posible incompatibilidad de orden moral para el ejercicio del cargo del actor, toda vez que en dicha entidad, laboran dos parientes suyos, por lo que sugirió que se presentara una terna para designar a otra persona en dicho cargo.

La Alcaldesa de Ibagué y el Presidente de la Junta Directiva, acogieron dicha propuesta y solicitaron a los demás miembros de la Junta, enviar al Gerente de la Entidad, hojas de vida para la selección del nuevo Jefe de la Oficina de Control Interno.

Lo anterior significa que la declaratoria de insubsistencia no fue una decisión del Gerente, sino una imposición de los miembros de la Junta Directiva, con lo cual el acto administrativo que lo contiene está viciado de nulidad por incompetencia; así mismo los motivos no fueron los de mejoramiento del servicio, sino una circunstancia que no está contemplada en la Constitución, la Ley o el Reglamento, como causal para la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento.

Si bien es cierto el cargo del actor es de libre nombramiento y remoción, los motivos que llevaron a tomar la decisión de retirar del servicio al demandante, fueron causas que no se refieren a una efectiva razón del servicio o de su mejoramiento.

Agrega que el Asesor Jurídico Externo de la USI-ESE, en concepto jurídico del 24 de agosto de 2000, presentado ante el Jefe de la Entidad concluyó, que para el ejercicio del cargo de Control Interno, la relación de parentesco con dos empleados de la entidad, no constituye por sí solo causal de inhabilidad o incompatibilidad, como sí lo sería para el caso de los Gerentes o miembros de la Junta Directiva.

Normas violadas y concepto de la violación. -

C.N., artículos 1, 2, 6, 25, 53, 40 núm. 7º, 122, 123, 125 y 126.

C.C.A., artículos 2, 3, 36.

Decreto 2400 de 1968, artículos 25 y 26

Como cargo único señala la desviación de poder, por cuanto con la declaratoria de insubsistencia del actor no se buscó el mejoramiento del servicio, sino castigar una supuesta incompatibilidad de orden moral, por su relación de parentesco con dos empleados de la entidad, circunstancia que no se encuentra prevista por la Ley o Reglamento como causal para el retiro de funcionarios públicos.

A lo anterior agrega, que la desvinculación no fue producto de una decisión libre de quien tenía competencia para el efecto, sino una imposición de la Junta Directiva, con lo cual ésta última se arrogó funciones que no le correspondían.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Luego de señalar que el actor era empleado de libre nombramiento y remoción, expresa que el hecho de que la Junta Directiva haya influido en la separación del actor, no afecta la legalidad del acto administrativo de insubsistencia, pues a pesar de no existir inhabilidad o incompatibilidad para el ejercicio del cargo, podía afectar la función de auditoría interna por el parentesco, recordando que ésta busca asegurar el cabal cumplimiento de la misión de la Institución, la vigencia de los principios constitucionales de la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, eficacia, imparcialidad, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

Con los hechos descritos se podía afectar la imparcialidad del actor, en la labor de control interno, que para no desmejorar el servicio público se optó por separarlo mediante la figura de la insubsistencia.

RAZONES DE LA APELACIÓN

A folios 127 y siguientes del expediente, obra el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, de cuyas consideraciones se destacan las siguientes:

Desviación de poder. - Reitera que la desvinculación del actor no se dio con el fin de buscar el mejoramiento del servicio, sino de castigar una supuesta incompatibilidad de orden moral.

Los motivos son desviados por cuanto la determinación de las causas de incompatibilidad de los funcionarios públicos de cualquier nivel,

corresponde al legislador y no a la calificación moral de los miembros de la Junta Directiva de la entidad y del nominador.

La discrecionalidad de que está investida la administración, no implica el ejercicio de un poder absoluto e ilimitado por parte de la autoridad nominadora, pues tal determinación debe obedecer a razones de mejoramiento o la buena marcha de la administración.

En el presente caso existe suficiente evidencia probatoria y documental para concluir que la declaratoria de insubsistencia del actor, buscó un fin distinto. La supuesta incompatibilidad de orden moral para el retiro del servicio del actor, por la relación de parentesco con dos funcionarios de la entidad, es inexistente en el ordenamiento jurídico, pues el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de cargos públicos y su permanencia, es de orden legal y constitucional y nunca de carácter moral, máxime que con la determinación de la entidad, se pone en tela de juicio por adelantado, la imparcialidad, honestidad y eficiencia del funcionario.

Falsa motivación. - El acta aportada al plenario demuestra los móviles que indujeron a la administración pública a adoptar la decisión de desvincular al actor y resulta patente, como se expresó, que la decisión de la Alcaldesa a instancias de la opinión de un asesor, es inexistente desde el punto de vista legal.

No existiendo la causal de inhabilidad reclamada como causal con soporte legal, para cuestionar la permanencia del actor en el cargo, motivo que originó el acto, falsea el propósito jurídico del acto, provocando una consecuencia jurídica ajena a la adoptada finalmente por la administración pública.

Incompetencia. - La decisión de declaratoria de insubsistencia, no fue una decisión libre de quien, conforme a los estatutos de la entidad tiene la competencia para adoptarla, pues no hubo una decisión discrecional del mismo, sino una imposición de los miembros de la Junta Directiva y en especial de la Alcaldesa que resuelve la desvinculación y ordena allegar hojas de vida para proveer el cargo, con lo cual se arrogó facultades de remoción de funcionarios, que no le corresponde, invadiendo la órbita de competencia del representante legal de la entidad, generando un vicio no sólo por incompetencia sino porque la expedición no obedeció a razones del buen servicio, ni consultó sobre el particular.

En el caso concreto del Jefe de Control Interno, la facultad nominadora y por supuesto de remoción, corresponde al Gerente de la USI.

Para resolver, se

CONSIDERA

Se demanda en el proceso la Resolución No. 328 del 20 de diciembre 2000, proferida por el Gerente de la Unidad de Salud de Ibagué USI E.S.E., por medio de la cual declaró la insubsistencia del actor en el cargo de Jefe de Control Interno, código 11501.

El recurso de apelación señala como motivos de inconformidad con la sentencia apelada, los siguientes:

. Desviación de poder. - Reitera que la desvinculación del actor no se dio con el fin de buscar el mejoramiento del servicio, sino de castigar una supuesta incompatibilidad de orden moral.

. Falsa motivación. - El acta aportada al plenario demuestra los móviles que indujeron a la administración pública a adoptar la decisión de desvincular al actor y no existiendo la causal de inhabilidad reclamada como causal con soporte legal, para cuestionar la permanencia del actor en el cargo, existe falsa motivación.

. Incompetencia. - La decisión de declaratoria de insubsistencia, no fue una decisión libre de quien, conforme a los estatutos de la entidad tiene

la competencia para adoptarla, sino una imposición de los miembros de la Junta Directiva y en especial de la Alcaldesa.

Sea lo primero señalar, que de conformidad con las Leyes que regulan lo relativo al tema del control interno, el actor era un empleado público, de libre nombramiento y remoción y de nivel directivo.

Consta en el expediente que el día 13 de diciembre de 2000, se reunió la Junta Directiva de la Unidad de Salud de Ibagué y en el capítulo VII del Acta de dicha reunión, se lee lo siguiente:

Intervino el doctor Hernando Toro, plantea que existe una situación desde la Junta pasada que se comentó y es muy importante que esta Junta Directiva tome alguna decisión al respecto. Comentábamos que la Junta propuso una Terna para el cargo de Control Interno para la USI y el señor gerente de esa Terna escogió a una de las personas que abría (sic) entrar a ejercer el cargo, con la sorpresa que esa persona tiene parientes suyos trabajando dentro de la USI y que ustedes saben que el cargo de control interno es para ejercer la auditoría interna dentro de la empresa, no es conveniente que este ocupado por una persona que tenga intereses o parientes dentro de la misma empresa, aunque no existe una incompatibilidad de orden legal, la incompatibilidad es más de orden moral y de funcionamiento mismo, quien está nombrado hasta el 31 de diciembre de 2000, aunque es un cargo de libre nombramiento, y es la persona clave y de confianza para el Gerente; como estamos con una nueva administración en la USI, que debe tener a su lado una persona de control interno que cumpla las funciones en ese sentido y de confianza de la gerencia, como dentro de los Estatutos de la USI está previsto que la Junta Directiva le debe presentar una Terna a la Gerente, pues sugiero que la Junta Directiva se debe ocupar del tema de presentarle una Terna para la ocupación del cargo de Control Interno de la USI.

La doctora Carmen Inés Cruz, manifiesta estar de acuerdo con la propuesta del doctor Hernando Toro, solicita que se le hagan llegar las Hojas de Vida a la Gerencia y la Gerencia mira el archivo de las otras, más las enviadas por los miembros de la junta y de ahí se saca; sin embargo, vamos a tener que hacer una indagación más a fondo de cada persona, porque uno lee la Hoja de Vida y el papel puede con todo, entonces, lo que esté escrito, aclararlo. ...

El doctor Hernando Toro, sugiere que la persona que va a ocupar el cargo de control Interno sea un profesional en áreas económicas, administrativas y financieras, con experiencia en trabajos en el área de salud, o que haya ejercido cargos de revisoría fiscal, auditoría, control interno, para poder ejercer un control interno sobre lo que es la USI.

...

En relación con las incompatibilidades para el ejercicio de cargos públicos, vale la pena anotar que éstas deben estar expresamente consagradas en la Constitución y la Ley. Es al legislador, a quien le corresponde establecerlas.

Las Empresas Sociales del Estado, fueron contempladas por la Ley 100 de 1993 y en su artículo 195 señaló que las personas vinculadas a dichas empresas tendrían el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, de conformidad con las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

Dicha Ley, a su vez, señaló que en cuanto a régimen disciplinario, tales empleados se sujetarían a lo dispuesto en la Ley 13 de 1984, la cual fue derogada por la Ley 200 de 1995.

Esta última, por medio de la cual se dictó el Código Único Disciplinario, señala las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones a que están sujetos los empleados públicos y en ella no aparece que la situación tenida en cuenta por la entidad para efectos de declarar la insubsistencia del actor, se encuentre configurada como incompatibilidad para el ejercicio del cargo.

En esas condiciones, el acto se encuentra viciado de falsa motivación, pues la declaratoria de insubsistencia se debió a la consideración de que el actor, al ostentar el cargo de Jefe de Control Interno de la Unidad de Salud de Ibagué, en la cual laboran dos parientes suyos, había incurrido

en una incompatibilidad, por lo menos, de tipo moral.

La Sala no comparte la apreciación ni del Tribunal ni de la entidad demandada, teniendo en cuenta que el control interno, no se reduce a la verificación del cumplimiento de las obligaciones por parte de los empleados.

El control interno, tal como fue establecido por la Constitución Nacional en su artículo 209 y desarrollado posteriormente por la Ley 87 de 1993 y el Decreto 2145 de 1999, es todo un sistema (integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y atención a las metas u objetivos previstos) y son muchos los campos sobre los que debe actuar.

Así mismo se establecieron como objetivos del mismo, los de proteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración, garantizar la eficacia, la eficiencia y economía en todas las operaciones y promoviendo y facilitando la correcta ejecución de las funciones y actividades definidas para el logro de la misión institucional, velar porque todas las actividades y recursos de la organización estén dirigidos al cumplimiento de los objetivos de la entidad, garantizar la correcta evaluación y seguimiento de la gestión organizacional, asegurar la oportunidad y confiabilidad de la información y de sus registros, definir y aplicar medidas para prevenir los riesgos, detectar y corregir las desviaciones que se presenten en la organización y que puedan afectar el logro de sus objetivos, etc.

Seguidamente, estableció como función para el jefe de la unidad u oficina de coordinación de control interno, la de verificar y evaluar permanentemente dicho sistema.

En las anteriores condiciones, el que se encuentren laborando para la entidad dos personas que tienen parentesco con el actor, que además, no son cargos de nivel directivo, no constituye causal de inhabilidad ni podría afectar la transparencia en el desempeño de sus funciones, porque como quedó expuesto, son muchos los aspectos a los que se refiere el control interno y sobre cuyo ejercicio no tiene ninguna inconformidad la entidad demandada, pues hasta el momento de la declaratoria de insubsistencia, el servicio del actor no fue cuestionado.

Ahora bien, la Ley 200 de 1995, en el artículo 42 señaló que se entendían incorporadas a dicho Código las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la Ley y los reglamentos administrativos y en los artículos 43 y 44, enumeró otras inhabilidades e incompatibilidades.

En el artículo 38 de la misma, se señaló que constituye falta disciplinaria, y por tanto da lugar a acción e imposición de la sanción, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflicto de intereses.

Es decir, que si de lo que se trataba era de endilgarle al actor, una incompatibilidad para el ejercicio de su cargo, tal conducta estaba contemplada en el Código Disciplinario -Ley 200 de 1995- que regía para la época, como falta disciplinaria, la administración ha debido enmarcar su actuación, dentro del procedimiento que para tal efecto había establecido la Ley y no declarar la insubsistencia del actor, con base en una incompatibilidad que, como se vio, no existe.

Por las razones que anteceden, se revocará la providencia del Tribunal que denegó las súplicas de la demanda y en su lugar, se accederá a ellas.

Las sumas que resulten a favor del actor, se actualizarán en su valor, de conformidad con la fórmula y términos que se señalarán en la parte resolutive de la presente providencia.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia del 28 de enero de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda.

En su lugar, se dispone:

DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. 328 del 20 de diciembre de 2000, proferida por el Gerente de la Unidad de Salud de Ibagué USI E.S.E.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénase a la Unidad de Salud de Ibagué -USI- E.S.E. a reintegrar a CARLOS ALBERTO SOLANILLA VARÓN, al cargo de Jefe de Control Interno, que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, y a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejadas de devengar desde la fecha del retiro y hasta que se produzca el reintegro efectivo al cargo.

Las sumas que resulten a favor del actor se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

índice final

$$R = Rh \times$$

índice inicial

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

DECLÁRASE para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de la actora, entre la fecha del retiro, y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo.

De las sumas que resulten a favor de la parte actora, deberá descontarse lo que haya percibido por el ejercicio de otro empleo público, durante el lapso que abarca la condena.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y una vez ejecutoriada esta providencia, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

TARSICIO CÁCERES TORO

JESÚS M. LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

ENEIDA WADNIPAR RAMOS
Secretaría

Fecha y hora de creación: 2024-06-30 10:29:49