

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION POR RAZONES POLITICAS – Prueba. Grabación no autorizada. Derecho a la intimidad. Debido proceso

El demandante sostiene que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento no surgió en aras del buen servicio de la entidad, sino que estuvo fundada en razones de índole política por el cambio del Alcalde del municipio y ello repercutió en presión al Gerente de la entidad para que exigiera las renunciaciones de los empleados de libre nombramiento y remoción que en ella laboraban. No obstante, la prueba que se pretende hacer valer, es ilegal, toda vez que se trata de una grabación obtenida por el demandante con violación del debido proceso, pues no se demuestra que el Gerente de la entidad demandada hubiera autorizado la realización de la misma, situación que vulnera su derecho a la intimidad, razón por la cual no se le dará valor probatorio alguno.

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – Requisitos mínimos del reemplazo

Sin embargo, de conformidad con el Manual Específico de Funciones y Requisitos Mínimos, los requisitos de educación y experiencia para desempeñar el cargo de Jefe de División de Contabilidad y Presupuesto eran de un lado, demostrar título profesional en contaduría, con conocimientos específicos en contabilidad oficial y software contables y de otro, 12 meses de experiencia profesional específica o relacionada. Lo anterior implica que tanto el demandante, como quien lo reemplazó cumplían con los requisitos para el desempeño del cargo y el hecho de que el demandante hubiera demostrado una mayor capacitación no desvirtúa la presunción de legalidad que cobija al acto demandado, en virtud de la cual se entiende que la decisión de la administración estuvo orientada por el buen servicio; además, no se probó que con posterioridad a la desvinculación del actor, se hubiera desmejorado el servicio de la institución en su área de desempeño.

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – Capacitación no genera fuero de estabilidad

Además, el hecho de que el demandante hubiera sido beneficiario de la capacitación costeadada en todo o en parte por la entidad demandada, no le generaba fuero de estabilidad en el empleo, pues fueron mecanismos que adoptó la administración en cumplimiento de la ley, orientados a la capacitación de empleados públicos, que no estaban sujetos a una permanencia determinada de sus beneficiarios, en la entidad correspondiente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUB SECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 20001-23-31-000-2010-00130-01(1205-12)

Actor: ADALBERTO ORTIZ OLIVEROS

Demandado: EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE VALLEDUPAR

**APELACIÓN SENTENCIA
AUTORIDADES MUNICIPALES**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante, contra la sentencia proferida el 23 de febrero de 2012 por el Tribunal Administrativo del Cesar.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ADALBERTO ORTIZ OLIVEROS solicita al Tribunal declarar nula la Resolución No. 00609 de noviembre 9 de 2009, expedida por el Gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de Sección de Contabilidad y el oficio No. RH-RH-491 de noviembre 9 de 2009 que hace parte de la citada resolución.

Como consecuencia de tal declaración pide que se ordene su reintegro al mismo cargo o a otro de similar o superior categoría, en iguales condiciones de trabajo que tenía antes de su desvinculación; reconocer y pagar los salarios, prestaciones sociales, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de vacaciones, primas de navidad y de servicios, dejados de recibir desde el momento en que se produjo la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, incluyendo el valor de los aumentos decretados con posterioridad al retiro; indexar las sumas adeudadas, en los términos descritos en

el artículo 178 del C.C.A. declarar que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio y disponer el cumplimiento de la sentencia conforme a los artículos 176 y 177 ídem.

Como hechos que fundamentan sus pretensiones, relata los que se resumen a continuación:

Mediante Resolución No. 0251 de abril 27 de 2004 fue designado como Jefe de la Sección de Contabilidad de la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar, cargo del cual tomó posesión el 1º de mayo de 2004, según acta No. 095 de mayo 3 del mismo año.

Durante su relación laboral demostró ser un funcionario modelo, por sus capacidades, idoneidad, eficiencia, eficacia, experiencia, responsabilidad, honestidad y transparencia, siendo reconocido por los demás departamentos, divisiones y secciones de la entidad, como un gran asesor y colaborador; además, nunca tuvo llamados de atención ni se inició en su contra proceso disciplinario alguno.

En el mes de noviembre de 2009, por conducto de la Jefe de División de Recursos Humanos, el Gerente de la entidad le solicitó presentar su renuncia al cargo, ante lo cual manifestó la imprudencia de presentarla pues estaba cumpliendo cabalmente sus funciones y había recibido capacitación especializada financiada por la misma entidad y relacionada con la prestación de los servicios públicos domiciliarios y el área contable.

En consecuencia, mediante Resolución No. 00609 de noviembre 9

de 2009 se declaró la insubsistencia de su nombramiento, decisión comunicada mediante el oficio demandado, en donde se le informó que debía entregar los bienes bajo su responsabilidad, razón por la cual mediante acta de noviembre 10 de 2009 entregó todos los documentos, archivos, elementos y bienes bajo su responsabilidad al funcionario que lo entró a suceder en el cargo.

El Gerente de la demandada, ejerció una permanente presión política solicitando la renuncia a todos los funcionarios de libre nombramiento y remoción, situación que obedeció al cambio de Gobierno del municipio, solicitud que fue acogida por varios funcionarios y, en algunos casos, en el texto de las renunciaciones se indicó que estaban motivadas por la presión política de que estaban siendo víctimas.

En su caso, la declaratoria de insubsistencia se produjo porque no presentó la renuncia solicitada, como consta con la grabación de una conversación sostenida con el Gerente de la entidad.

En la planta de la entidad existen 29 empleos de libre nombramiento y remoción, de los cuales solo 26 han sido nombrados y se declaró la insubsistencia de 19 de ellos y algunos renunciaron en contra de su voluntad, es decir, desde que el nuevo Alcalde empezó a asumir su cargo y hasta la semana en que entraron a regir las garantías electorales, el 73% de los empleados de libre nombramiento y remoción fueron declarados insubsistentes sin razón objetiva valedera o se aceptaron sus renunciaciones en forma irregular y arbitraria.

Las únicas empleadas de libre nombramiento y remoción que no fueron objeto de desvinculación fueron aquellas que estaban en estado de gravidez.

La decisión de la administración fue netamente política y ello se corrobora con la masacre laboral vivida en la entidad; además, son evidentes sus capacidades y calidades profesionales y de experiencia para ocupar el empleo del cual fue desvinculado, dado que en reiteradas ocasiones fue encargado de otros cargos de alta jerarquía en la institución e incluso estaba capacitado para dirigir la misma; por ello, es evidente que la decisión acusada tuvo como finalidad satisfacer los apetitos burocráticos del Alcalde del municipio y del Gerente de la entidad.

El empleado que lo entró a suceder en el cargo solo tiene título profesional y una escasa experiencia de 1 año al servicio del sector privado, de donde se concluye que la decisión adoptada no obedece a los postulados que informan la función pública, ni la satisfacción del interés público o las razones del buen servicio, sino que estuvo inspirada en razones diferentes al espíritu de la norma, que se demuestra al comparar su hoja de vida con la del empleado que entró a sucederlo en el cargo.

Grabó y allegó como prueba una conversación sostenida con el ex Gerente de la entidad, que da cuenta de los hechos narrados.

Mediante Resolución No. 0476 de junio 29 de 2005 la entidad estableció y reglamentó la capacitación cofinanciada en el área de diplomados y post grados para empleados, que fue modificada mediante Resolución No. 0476 de junio 29 de 2005 y durante su trayectoria laboral en la entidad se hizo beneficiario de tales capacitaciones; por lo tanto, la entidad sufragó el 70% del semestre y 80% de los viáticos que debió cubrir por concepto de especializaciones y el 100% por concepto de seminarios y es injusto que la entidad invierta grandes

sumas de dinero en capacitación para luego despedir a los beneficiarios de la misma y reemplazarlos por personal que no tiene la capacitación necesaria, pues ello configura un detrimento patrimonial para la entidad.

El sindicato de trabajadores de la entidad ha mostrado su desacuerdo con la masacre laboral que se vivió, razón por la cual instaló pancartas frente y dentro de la entidad anunciando que en ella no hay vacantes y que la entidad no es una bolsa de empleo, hecho que tiene relación de causalidad con su desvinculación.

La entidad no solo desvinculó a empleados públicos sino también a trabajadores oficiales, contraviniendo derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política.

A causa de los despidos masivos, la entidad ha tenido que suscribir planes de mejoramiento con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Contraloría Municipal con el fin de manejar adecuadamente la entidad, pero ha sido muy difícil cumplir las metas trazadas con un personal nuevo.

Considera que el acto administrativo acusado está incurso en desviación de poder, violación de la ley y expedición irregular; además, es evidente que se trató de una vía de hecho administrativa.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda, con base en los

argumentos que se resumen a continuación:

No se demostró que la entidad hubiera utilizado sus poderes o atribuciones con el propósito de obtener una finalidad contraria al interés público o social; además, se observa que la actuación de la administración se ajustó a la legalidad y a los estatutos de la entidad, en virtud de los cuales podía declarar la insubsistencia del nombramiento del demandante, por ser un empleado de libre nombramiento y remoción.

La decisión acusada no presenta vicios de forma, toda vez que no requería adelantarse un trámite previo a la declaración de insubsistencia; además, la parte demandante omitió aportar las pruebas contundentes para demostrar la ilegalidad del acto y sus afirmaciones solo reflejan el contexto político que se vive en nuestra sociedad.

LA APELACIÓN

Inconforme con la sentencia del Tribunal, la apoderada del demandante la apeló en la oportunidad procesal, exponiendo como fundamentos de oposición, los siguientes:

En el expediente reposan más de 200 pruebas documentales y testimoniales que no fueron analizadas ni valoradas y con ellas se demuestra que la desvinculación se produjo violentando la ley y la Constitución Política, razón por la cual es evidente el defecto fáctico en que incurrió el fallador de primera instancia, pues a su favor se arrimó todo el material probatorio tendiente a demostrar su dicho.

El a quo desconoce los recientes pronunciamientos de la jurisprudencia en virtud de los cuales se ha pretendido conjurar el omnímoto poder de la administración para desvincular funcionarios de libre nombramiento y remoción.

La administración no notificó el acto de insubsistencia de su nombramiento ni la comunicación del mismo, pues éste fue recibido por quien, para la época, se desempeñaba como su asistente.

El a quo confundió la acción que estaba analizando, toda vez que, en acciones como la que se estudia, no era necesario demostrar un nexo causal ni responsabilidad de la administración, como se deduce de la sentencia de instancia, pues dichos elementos son propios de una acción de reparación, lo que implica que se produjo un extravío por parte del juzgador de primera instancia exigiendo demostrar aspectos que no eran propios del proceso analizado, situación que constituye un defecto material o sustantivo.

La sentencia recurrida omitió pronunciarse en relación con el reproche frente a la idoneidad de quien entró a reemplazarlo en el cargo, a fin de determinar si cumplía o no con los requisitos para el desempeño del mismo y, en general, se incurrió en una falta de técnica para adoptar una decisión ajustada a derecho.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad de la Resolución No. 00609 de noviembre 9 de 2009 mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Adalberto Ortiz Oliveros en el cargo de Jefe Sección de Contabilidad de la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar y el oficio No. RH-RH-491 de noviembre 9 de 2009 mediante el cual se le comunicó tal decisión.

Como cuestión previa, debe la Sala precisar que el objeto de pronunciamiento se circunscribirá a los argumentos invocados por el demandante en el recurso de apelación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

El demandante se vinculó a la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar, mediante Resolución No. 0251 de abril 27 de 2004¹ en virtud de la cual fue nombrado en el cargo de Jefe de Sección de Contabilidad, cargo del que tomó posesión el 3 de mayo de 2004, según consta en acta 095 de la fecha².

Durante el desempeño de su cargo no fue objeto de llamados de atención, según se desprende de la constancia expedida por la Jefe de División de Recursos Humanos de la entidad³, tampoco fue iniciado en su contra proceso disciplinario alguno⁴ y durante su relación laboral fue delegado y encargado para desempeñar otros empleos en la entidad, como consta en la documental que obra de folios 42 a 46.

¹ Folio 2.

² Folio 3.

³ Folio 40.

⁴ Folio 41.

El demandante sostiene que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento no surgió en aras del buen servicio de la entidad, sino que estuvo fundada en razones de índole política por el cambio del Alcalde del municipio y ello repercutió en presión al Gerente de la entidad para que exigiera las renunciaciones de los empleados de libre nombramiento y remoción que en ella laboraban.

Con el fin de probar su dicho, aportó CD que contiene la grabación de una conversación sostenida con el gerente de la entidad y que fue trascrita en la demanda⁵.

No obstante, la prueba que se pretende hacer valer, es ilegal, toda vez que se trata de una grabación obtenida por el demandante con violación del debido proceso, pues no se demuestra que el Gerente de la entidad demandada hubiera autorizado la realización de la misma, situación que vulnera su derecho a la intimidad, razón por la cual no se le dará valor probatorio alguno. En torno a esta clase de pruebas, la Corte Constitucional⁶ ha sostenido:

“De otro lado, adicional al hecho de que la prueba aducida en el proceso fue obtenida con violación del derecho fundamental a la intimidad, esta Sala encuentra que la misma también lo fue con violación de las normas legales sobre aducción procesal de la prueba, vulneración que constitucionalmente resulta reprochable por haber sido producida la grabación sin intermediación de autoridad judicial competente. Ciertamente, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la previamente citada sentencia⁶, el hecho de que una grabación hubiese sido obtenida por un particular, sin autorización previa de autoridad judicial, hace de la prueba un elemento de convicción vulneratorio de las garantías procesales que imponen la autorización pertinente cuando quiera que se pretenda obtener información reservada, inscrita en la órbita de intimidad de una persona”.

Además de lo anterior, sea oportuno recordar que la organización y funcionamiento de la demandada se rige por sus estatutos⁷, su órgano rector es la

⁵ Folios 199 a 201.

⁶ Sentencia T-233 de 2007.

⁷ De conformidad con la escritura pública de su creación visible de folios 13 a 19.

Junta Directiva y si bien el municipio de Valledupar es el accionista mayoritario, no hay en el expediente prueba de la injerencia que pudo tener el Alcalde de ese municipio en la decisión adoptada respecto del cargo del que fue desvinculado el demandante.

Ahora bien, el demandante considera que la decisión de la administración no estuvo orientada por razones del buen servicio público, toda vez que la persona que entró a sucederlo en el cargo no tenía las mismas calidades profesionales; para probar su dicho, aportó copia de las hojas de vida correspondientes, de las que se puede extractar lo siguiente:

De acuerdo con la hoja de vida del demandante se puede establecer que obtuvo los títulos profesionales de contador público⁸ y abogado⁹ de la Universidad Popular del César, así como el de especialista en Gestión de los Servicios Públicos Domiciliarios de la Universidad del Norte¹⁰ y en Finanzas y Gestión Contable de la Universidad Autónoma del Caribe¹¹, así mismo, realizó el diplomados, seminarios y talleres de que dan cuenta las pruebas obrantes de folios 56 a 82 del expediente.

Entre tanto, el señor Ignacio Rafael Hoyos Pontón quien, según la demanda¹², entró a sucederlo en el cargo, tiene título profesional en contaduría pública¹³, demostró al experiencia profesional de que tratan las constancias obrante a folios 89 y 90 y curso un taller contable sistematizado con duración de 60 horas.

⁸ Folio 48.

⁹ Folio 50.

¹⁰ Folio 52.

¹¹ Folio 54.

¹² Y que fue corroborado con la contestación al hecho 5º de la demanda (fl. 243).

¹³ Folio 87.

Sin embargo, de conformidad con el Manual Específico de Funciones y Requisitos Mínimos, los requisitos de educación y experiencia para desempeñar el cargo de Jefe de División de Contabilidad y Presupuesto¹⁴ eran de un lado, demostrar título profesional en contaduría, con conocimientos específicos en contabilidad oficial y software contables y de otro, 12 meses de experiencia profesional específica o relacionada.

Lo anterior implica que tanto el demandante, como quien lo reemplazó cumplían con los requisitos para el desempeño del cargo y el hecho de que el demandante hubiera demostrado una mayor capacitación no desvirtúa la presunción de legalidad que cobija al acto demandado, en virtud de la cual se entiende que la decisión de la administración estuvo orientada por el buen servicio; además, no se probó que con posterioridad a la desvinculación del actor, se hubiera desmejorado el servicio de la institución en su área de desempeño.

Ahora bien, el demandante también aportó copias de las renunciaciones presentadas por quienes se desempeñaban como Jefe de División Control Comercial¹⁵, Jefe de División de Recursos Humanos¹⁶, Jefe Unidad de Planificación¹⁷, cuyos textos en momento alguno reflejan presión de ninguna naturaleza que puedan demostrar la versión a que alude la demanda.

En el único escrito en que se refleja una razón ajena a la voluntad de quien suscribió la renuncia, es en el presentado por la señora Nubia Mejía Parra¹⁸, quien se desempeñaba como Jefe de Sección de Promoción y Educación al

¹⁴ Folio 92.

¹⁵ Folio 9.

¹⁶ Folio 10.

¹⁷ Folio 11.

¹⁸ Folio 12.

Usuario; sin embargo, según otras pruebas aportadas, dicha solicitud no surtió efectos, pues la desvinculación de la firmante, obedeció a la declaración de insubsistencia de su nombramiento, como consta en la documental de folio 29; además, dichos actos y los fundamentos que les sirvieron de sustento no son objeto de control de legalidad en este proceso.

De igual manera se aportó copia de las resoluciones mediante las cuales se aceptaron las renunciaciones de quienes se desempeñaban como Jefe de la División de Contabilidad¹⁹, Jefe de División de Producción²⁰ y Jefe de División de Atención al Usuario²¹; sin embargo, tales decisiones de la administración, no demuestran presiones generalizadas que se hubieran ejercido sobre los empleados desvinculados mediante los actos correspondientes.

También se aportó copia de los actos mediante los cuales se declararon insubsistentes los nombramientos de quienes ocupaban los cargos de Jefe del Departamento de Control Comercial²², Jefe de la División de Proyectos y Construcciones²³, Jefe de la Sección de Bienestar Social²⁴, Jefe de Sección de Promoción y Educación al Usuario²⁵, Jefe de la Unidad Asesora Jurídica²⁶, Jefe de la División de Tesorería²⁷, Secretario General²⁸, Jefe de División de Sistemas²⁹, Asesor en Cartera³⁰, Jefe de División de Interventoría y Oficios Varios³¹ y

¹⁹ Folio 21.

²⁰ Folio 22.

²¹ Folio 28.

²² Folio 24.

²³ Folio 25.

²⁴ Folio 26.

²⁵ Folio 29.

²⁶ Folio 30.

²⁷ Folio 31.

²⁸ Folio 32.

²⁹ Folio 33.

³⁰ Folio 34.

³¹ Folio 35.

Asesores de Cartera³².

Sin embargo, no se demostró que fueran razones ajenas al servicio público las que motivaron la desvinculación del demandante y el hecho de que se hubieran presentado otras desvinculaciones en épocas cercanas a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, por sí solo no constituye prueba de desviación de poder por parte del nominador.

Además, el hecho de que el demandante hubiera sido beneficiario de la capacitación costada en todo o en parte por la entidad demandada, no le generaba fuero de estabilidad en el empleo, pues fueron mecanismos que adoptó la administración en cumplimiento de la ley, orientados a la capacitación de empleados públicos, que no estaban sujetos a una permanencia determinada de sus beneficiarios, en la entidad correspondiente.

De conformidad con lo previsto en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo las decisiones discrecionales deben ser adecuadas a los fines de la norma que las autoriza y en caso del ejercicio de dicha facultad respecto de cargos de libre nombramiento y remoción se presume que es una decisión encaminada a garantizar el buen servicio público, presunción que no fue desvirtuada en el caso bajo análisis, lo que impone confirmar la sentencia recurrida.

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

³² Folios 36 y 37.

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012), proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que denegó las súplicas de la demanda promovida por el señor ADALBERTO ORTIZ OLIVEROS contra la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE VALLEDUPAR, de conformidad con lo manifestado en las consideraciones.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

