

**EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS OFICIALES – Régimen de personal /
EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS OFICIALES – Sociedad por acciones.
Naturaleza jurídica. Régimen de personal. Clasificación de empleados**

Si la entidad prestadora de los servicios públicos domiciliarios se constituye en una sociedad por acciones que como lo dispone la Ley 489 de 1998 hace parte del sector descentralizado por servicios, no existe claridad frente al régimen aplicable y por ello se debe acudir a la regla general contenida en el Decreto – Ley 3135 de 1968 que establece que los trabajadores del Estado son trabajadores oficiales dentro de los cuales se encuentran los empleados oficiales y los empleados públicos. Aquellos, los trabajadores oficiales, cumplen funciones de mantenimiento y sostenimiento de obra pública y son vinculados a la administración mediante un contrato de trabajo, y éstos, es decir, los empleados públicos desempeñan funciones distintas a las de sostenimiento y mantenimiento de obra y se vinculan a través de una relación legal o reglamentaria. En este orden de ideas, el régimen laboral de los servidores de una empresa de servicio público oficial es el indicado en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto - ley 3135 de 1968, esto es de trabajadores oficiales. Adicionalmente ha de tenerse en cuenta que los estatutos de la empresa precisarán qué actividades de dirección o de confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 17 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 41 / LEY 489 DE 1998 – ARTICULO 38 NUMERAL 2 / DECRETO LEY 3135 DE 1968 – ARTICULO 5 INCISO 2

**EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA MARTA LTDA –
Clasificación de sus empleados en estatutos. Jefe de Sección. Empleado público**

En la reforma estatutaria contenida en el la escritura pública No. 914 del 25 de marzo de 1998, concretamente en su artículo 115, se fijó como régimen laboral aplicable a los empleados de dicha empresa, el siguiente: “(...) El Gerente, Subgerentes, Secretario General, Auditor Interno, Jefes de División, Jefes de Sección, Jefes de Oficina y Profesionales Especializados, son empleados públicos. ...” El hoy demandante señor Ricardo Armando Ortega Iguarán quien se desempeñaba en la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Marta S.A. E.S.P., como Jefe de la Sección de Facturación, tenía para el momento de su retiro del servicio, la calidad de empleado público.

**ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – No
motivación / EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA MARTA
LTDA – Transformación en empresa de servicios públicos oficiales. Cambio
de naturaleza de trabajador oficial a empleado público. Efectos**

Cumpliendo el actor funciones de dirección o de confianza, entendidas como aquellas que implican una gran responsabilidad dentro de la estructura administrativa de la empresa, debe entenderse que su vinculación se produjo de manera provisional a un cargo del nivel ejecutivo como lo es el de jefe de sección, en los términos de la Ley 443 de 1998 y sus Decretos Reglamentarios, y cuya provisión debe efectuarse a través del concurso público que otorga a quien a él ingresa y supera las etapas correspondientes, prerrogativas favorables para su estabilidad laboral. Al no haber demostrado el actor derechos de carrera administrativa acorde con la legislación citada en el párrafo anterior, y que se encontraba vigente para el momento en se decidió su retiro del servicio, éste retiro procedía por insubsistencia del cargo de Jefe de la Sección de Facturación que

venía desempeñando y para el cual inicialmente se vinculó a través de un contrato de trabajo, pero que dada la transformación de la empresa en una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial, pasó a tener la calidad de empleado público según las disposiciones estatutarias fijadas por la entidad acorde con las disposiciones normativas que le resultaban aplicables, en especial el Decreto – Ley 3135 de 1968. Teniendo claro la calidad de empleado público del señor Ortega Iguarán y la naturaleza provisional de su cargo, el argumento central del recurso de apelación relativo a la vigencia de la vinculación como trabajador oficial dada su primigenia vinculación a través de un contrato de trabajo, no es de recibo y en consecuencia se confirmará la decisión impugnada, puesto que su retiro procedía a través de la declaratoria de insubsistencia de su cargo a través de un acto que no requería motivación y sobre el cual no se demostró la desviación de poder o el mejor derecho que se tenía para permanecer en dicho cargo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 125 / LEY 443 DE 1998

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D. C., veintiséis de (26) de enero de dos mil doce (2012).

Radicación número: 47001-23-31-000-2000-00966-01(0514-09)

Actor: RICARDO ARMANDO ORTEGA IGUARAN

**Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA MARTA
“TELESANTAMARTA” S.A. E.S.P.**

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 27 de agosto de 2008 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se declararon no probadas las excepciones formuladas por la entidad demanda y se negaron las pretensiones de la demanda presentada por RICARDO ARMANDO ORTEGA IGUARAN contra LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA MARTA “TELESANTAMARTA” S.A. E.S.P.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., el señor Ricardo Armando Ortega Iguaran solicita, por conducto de apoderado, la nulidad de la Resolución No. 245 del 15 de agosto de 2000 expedida por el Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Marta "TELESANTAMARTA" S.A. E.S.P., a través de la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de la Sección de Facturación; y de la Resolución No. 320 del 23 de octubre de 2000 que por vía de reposición confirma el acto de declaratoria de insubsistencia.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada reintegrarlo al mismo cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría, sin solución de continuidad, y el reconocimiento y pago de los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones, auxilio de cesantías, aumentos salariales dejados de percibir, desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro, y ajustar las sumas resultantes de las diversas condenas conforme al artículo 178 del C.C.A.

Los hechos de la demanda se resumen así:

Afirma el demandante que su vinculación con la entidad demandada se produjo mediante contrato a término indefinido en el cargo de Jefe de Sección de Facturación y que en dicho cargo se desempeñó hasta el momento en que se decide por la entidad terminar su vinculación a través de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, lo cual no procedía dado que conforme a su vinculación contractual, ostentaba a calidad de trabajador oficial.

Informa que mediante escritura pública No. 914 del 25 de marzo de 1998, la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Marta "TELESANTAMARTA" S.A. E.S.P., suscribió una reforma estatutaria que consagró en el artículo 115 que los cargos de jefe de sección son de libre nombramiento y remoción, pero que a pesar de ello, el contrato del señor Ortega Iguaran nunca le fue terminado y así continuo laborando hasta el día en que le fue comunicada la declaratoria de insubsistencia de su cargo.

Señala que la persona que lo reemplazo en el cargo, no tiene las calidades en experiencia, preparación y eficiencia, y que el acto que lo retiro del servicio no fue motivado, y agrega que para su retiro no se convocó a una junta de personal en los términos consagrados en el régimen interno de la empresa y la convención colectiva de trabajo de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Marta "TELESANTAMARTA" S.A. E.S.P., y que, a su juicio, le resulta aplicable dada su condición de trabajador oficial.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política los artículos 2, 6, 25, 29 y 125.

Del Decreto 2400 de 1968 los artículos 26, 40, 46 y 61.

Del Decreto 1950 de 1973 los artículos 108, 180, 215, 240.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene que la administración desconoció la obligación constitucional de proteger el derecho al trabajo, en cuanto se declaró insubsistente el nombramiento de un trabajador oficial que además estaba vinculado al sindicato de trabajadores de la empresa y por ende era acreedor de los beneficios consagrados en la convención colectiva.

Considera el demandante que con la expedición de la Resolución No. 245 del 15 de agosto de 2000 se desconoció el justo equilibrio establecido entre los derechos del trabajador y los intereses de la empresa, pues se declaró la insubsistencia de un nombramiento efectuado a un empleado vinculado desde el 1º de mayo de 1988 a quien nunca se le hizo un llamado de atención.

Adicionalmente afirma que para retirarlo de servicio, se le debió iniciar un proceso disciplinario.

Finalmente señala el actor, que en su reemplazo se designó a una persona que no cumplía con los requisitos para el ejercicio del cargo.

Contestación a la demanda. A folios 48 a 50 la entidad, a través de apoderado, acepta que si bien la vinculación laboral con el demandante se efectuó inicialmente a través de un contrato de trabajo, dicha forma de vinculación no permaneció incólume

durante la vigencia de la relación laboral porque con la reestructuración de la planta de personal, al cargo que el señor Rafael Antonio venía desempeñado, se le dio la categoría de cargo público de libre nombramiento y remoción y por tanto procedía el retiro del servicio a través de un acto que no requería de motivación alguna, y fue por ello que la administración decide su retiro del servicio a través del acto demandado.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Magdalena mediante sentencia del 27 de agosto de 2008, declaró no probadas las excepciones formuladas por la entidad demandada y denegó las pretensiones de la demanda (Fol. 116 a 124).

Señala el Tribunal que los documentos probatorios aportados al proceso reflejan una actuación ceñida al debido proceso y en especial al principio procesal de la contradicción.

Concluye la sentencia que si el actor se desempeñaba inicialmente como trabajador oficial, estaba excluido del régimen de carrera administrativa y por tanto el cambio de naturaleza del empleo, no le permitía preservar la relativa inamovilidad que pretende se le reconozca. Agrega que la afirmación que se hace de encontrarse sindicalizado, no estuvo soportada probatoriamente como tampoco lo estuvo el alegado desmejoramiento del servicio como consecuencia de su retiro de la entidad.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia que desestimó sus pretensiones con el fin de que se revoque la decisión y en su lugar se acceda a la anulación de los actos demandados, porque insiste en que la vinculación con la entidad se dio mediante un contrato de trabajo a término indefinido que no fue modificado.

Señala que en virtud de su vinculación contractual tenía el carácter de trabajador oficial beneficiario de la convención colectiva y por tanto su retiro sólo podía darse previo el procedimiento establecido en el artículo 3º de la convención colectiva (Fol. 161 a 164 y 171 a 172).

CONSIDERACIONES

Problema jurídico. Consecuente con los argumentos que sustentan el recurso de apelación deberá precisar la Sala, en primer término, cuál la naturaleza del cargo que el actor desempeñaba al interior de la entidad demandada, para luego establecer si procedía o no su retiro del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su cargo.

Los actos administrativos acusados. Según la demanda, están constituidos por:

- La Resolución No. 0245 del 15 de agosto de 2000, suscrita por el Gerente de Telesantamarta S. A. E. S. P., “por medio de la cual se declara una insubsistencia y se hacen unos encargos”.

En el artículo primero de la Resolución No. 0245 de 2000 se decide “(...) Declárese insubsistente al ingeniero RICARGO ORTEGA IGUARAN en el cargo de JEFE DE SECCION DE FACTURACION DE TELESANTAMARTA S. A. E. S. P. (Fol. 35).

- La Resolución No. 320 de octubre 23 de 2000 que resuelve confirmar la declaratoria de insubsistencia contenida en la Resolución No. 0245 de 2000 (Fol. 36 a 37).

Hechos probados. En el expediente aparecen demostrados los siguientes supuestos fácticos que resultan relevantes para desatar el problema jurídico planteado:

- **La vinculación al servicio.** El demandante ingresó a laborar a la entidad demandada el 1º de mayo de 1988 mediante contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 29 de abril de 1988. Así se infiere del contenido de la documentación anexa a los folios 28 a 30 del presente cuaderno.

En la cláusula tercera del contrato de trabajo se describe la labor así: “el trabajador desarrollará provisionalmente las funciones de jefe de grupo de facturación”. En este mismo sentido se pronuncia el jefe de la división administrativa y de personal de la entidad al folio 31 del presente cuaderno.

- **El retiro del servicio.** El señor Ricardo Armando Ortega Iguaran fue retirado del servicio por declaratoria de insubsistencia de su cargo, el 15 de agosto de 2000 mediante Resolución No. 245 que le fue comunicada en la misma fecha, según oficio suscrito por el gerente de Telesantamarta S.A. E.S.P. (Fol. 34).

Notificado el señor Ortega Iguarán de la decisión de retirarlo de la entidad, interpuso recurso de reposición que se resolvió mediante la Resolución No. 320 del 23 de octubre de 2000, confirmando el contenido de la Resolución No. 245 de 2000.

Naturaleza de la empresa de servicios públicos demandada. Esta entidad prestadora de servicios públicos, según el artículo undécimo de la escritura pública No. 914 de marzo 25 de 1998 contentiva de “la reforma estatutaria de la sociedad Empresa de Telecomunicaciones de Santa Marta Ltda.”, se constituyó como una sociedad por acciones conformada entre entidades públicas¹, con el régimen de Empresa de Servicios Públicos, para adecuarla a los mandatos contenidos en la Ley 142 de 1994, especialmente los artículos 17 y 19 y en la Ley 286 de 1996. (Fol. 60).

En virtud de lo anterior, en el artículo 4º de la cláusula décima tercera de la escritura pública No. 914, visible al folio 62, se dispuso: “(...) Adoptar los estatutos para la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Marta “TELESANTAMARTA”, con el fin de modificar su régimen a Empresa de Servicios Públicos Oficial, constituida como sociedad por acciones, regulada por los artículos 17 y siguientes de la Ley ciento cuarenta y dos (142) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), y en subsidio por las reglas del código de comercio sobre sociedades anónimas, todo de conformidad con las siguientes normas: (...)”.

De acuerdo a los nuevos estatutos de la sociedad incorporados en la escritura pública No. 914, la sociedad es una empresa de **servicios públicos oficial de orden nacional**, mientras conserve el 100% de los aportes de entidades públicas y pertenece al sector de las comunicaciones.

¹ Escritura Pública 914 del 25 de marzo de 1998. CAPITULO III. CAPITAL, ACCIONISTAS Y ACCIONES. ARTICULO 5º. SON SOCIOS TELECOM, DISTRITO DE SANTA MARTA, TELEMAICAO, TELECARTAGENA, TELEUPAR (Fol. 65).

Régimen de personal de las Empresas de Servicios Públicos Oficiales. En este orden y para clarificar la naturaleza de los empleados vinculados a la empresa de Telecomunicaciones de Santamarta "TELESANTAMARTA" S.A. E.S.P., quien queda sometida al régimen legal de la Ley 142 de 1994 "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", es necesario acudir a lo previsto en el artículo 17 de la Ley de servicios públicos:

"Art.17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.

PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. **En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta ley.** La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta ley.

PARÁGRAFO 2o. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas. (...)"

Ahora bien en cuanto al régimen del personal vinculado a estas empresas, el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, lo establece en los siguientes términos:

"(...) APLICACIÓN DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.
<Aparte tachado INEXEQUIBLE²> Las personas que presten sus

² Sentencia C-253 de 1996. Magistrado Ponente. Dr. Hernando Herrera Vergara, en la cual al estudiar la demanda interpuesta contra el artículo 41 (parcial) de la Ley 142 de 1994 *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*", se precisó:

"Estima la Corte que el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 al disponer que el régimen de los servidores de las empresas de servicios públicos domiciliarios que adopten la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, es el consagrado en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 relativo a los empleados públicos, y no al inciso 2o. de la misma disposición que se refiere a los trabajadores oficiales, resulta contrario a la Carta Política en el aparte acusado, por las siguientes razones: Con la remisión aludida se desconoce el principio constitucional de la igualdad de quienes prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto éstas por regla general vinculan a las personas que laboran para ellas en calidad de trabajadores oficiales, como lo señala el actor, y de manera excepcional de conformidad con sus estatutos, a

servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. **Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17, se regirán por las normas establecidas en el ~~inciso primero del~~ artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968(...)**".

Este Decreto Ley 3135 de 1968 "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales" dispone en su artículo 5º:

"(...) Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.". (Se subraya).

Acorde con la anterior transcripción normativa y como la Ley 142 de 1994 no precisó el régimen jurídico de las empresas oficiales de servicios públicos, debe acudirse a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 que considera como parte integrante de la rama ejecutiva del poder público, al sector descentralizado por servicios dentro del cual se incorpora entre otras, a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.

quienes desempeñen cargos de dirección y confianza se les otorga la categoría de empleados públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968. Es evidente que el Legislador tiene facultad para fijar el régimen que corresponda a quienes prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, pudiendo señalarles la calidad de empleados públicos, pues la función encaminada a la prestación de los servicios públicos permite que estén sometidos al marco jurídico "que fije la ley". No resulta razonable ni idóneo sacrificar injustamente derechos constitucionales laborales propios de esta clase de servidores como son los derivados del derecho de asociación y de la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales. No comparte la Corporación el criterio según el cual el Legislador quiso otorgarles la categoría de empleados públicos a los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado que presten servicios públicos domiciliarios. **Lo expresado no significa que los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado que presten servicios públicos domiciliarios, no puedan determinar cuáles de sus servidores se consideran empleados públicos, en relación con las actividades de dirección o confianza que desempeñen, de conformidad con el inciso 2o. del Decreto 3135 de 1968**". Negritas fuera del texto original.

En este orden y atendiendo lo previsto en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 las empresas oficiales de servicios públicos son entidades descentralizadas del orden nacional, sujetas a las reglas señaladas en: i) la Constitución Política, ii) la Ley 489 de 1998, iii) en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica, y iiiii) en sus estatutos internos.

Consecuente con lo anterior si la entidad prestadora de los servicios públicos domiciliarios se constituye en una sociedad por acciones que como lo dispone la Ley 489 de 1998 hace parte del sector descentralizado por servicios, no existe claridad frente al régimen aplicable y por ello se debe acudir a la regla general contenida en el Decreto – Ley 3135 de 1968 que establece que los trabajadores del Estado son trabajadores oficiales dentro de los cuales se encuentran los empleados oficiales y los empleados públicos. Aquellos, los trabajadores oficiales, cumplen funciones de mantenimiento y sostenimiento de obra pública y son vinculados a la administración mediante un contrato de trabajo, y éstos, es decir, los empleados públicos desempeñan funciones distintas a las de sostenimiento y mantenimiento de obra y se vinculan a través de una relación legal o reglamentaria.

En este orden de ideas, el régimen laboral de los servidores de una empresa de servicio público oficial es el indicado en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto - ley 3135 de 1968, esto es de trabajadores oficiales. Adicionalmente ha de tenerse en cuenta que los estatutos de la empresa precisarán qué actividades de dirección o de confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos³.

Sobre este aspecto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con ponencia del Dr. César Hoyos Salazar expresó en concepto radicado al No. 798 del 29 de abril de 1996, lo siguiente:

“(…) En relación con las empresas de servicios públicos oficiales, el mencionado artículo no fija expresamente el régimen laboral aplicable a sus servidores. Pero si dichas empresas son aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes, debe entenderse que son sociedades entre entidades públicas para desarrollar una actividad industrial o comercial y por lo mismo, de conformidad con el artículo 4º

³ En este mismo sentido puede consultarse la sentencia del 22 de octubre de 2009 proferida por la Sección Segunda – Subsección “B” con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez dentro del expediente con No. Interno 3918-05. Actor: CARLOS TRUJILLO MUÑOZ.

del Decreto - ley 130 de 1976, se someten a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

En consecuencia, el régimen laboral de los servidores de una empresa de servicio público oficial es el indicado por el inciso 2º de artículo 5º del Decreto - ley 3135 de 1968, esto es el de trabajadores oficiales. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que los estatutos de la empresa deberán precisar qué actividades de dirección o de confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos (...). Subraya la Sala.

Siguiendo los parámetros legales descritos, se decidirá el presente asunto, en el cual quedó demostrado que en la reforma estatutaria contenida en el la escritura pública No. 914 del 25 de marzo de 1998, concretamente en su artículo 115, se fijó como régimen laboral aplicable a los empleados de dicha empresa, el siguiente:

“(...) El Gerente, Subgerentes, Secretario General, Auditor Interno, Jefes de División, Jefes de Sección, Jefes de Oficina y Profesionales Especializados, son empleados públicos. Las demás personas que presten sus servicios al a Empresa serán trabajadores oficiales y por lo tanto, estarán sometidos al régimen legal vigente para los mismos. (...)”. (Fol. 86).

En este orden y como el señor Ricardo Armando Ortega Iguaran luego de la reforma estatutaria de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Marta Ltda, continuó desempeñándose como jefe de la sección de facturación en la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Marta TELESANTAMARTA S.A. E.S.P., y no se demostró que dicha empresa hubiera adquirido la calidad de mixta o privada, lo cual le daría a sus trabajadores la naturaleza de trabajadores particulares; para el momento en que se dispuso el retiro del servicio del hoy actor por insubsistencia del cargo, éste tenía la calidad de empleado público.

Consecuente con lo anterior, no existe duda alguna que el hoy demandante señor Ricardo Armando Ortega Iguarán quien se desempeñaba en la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Marta S.A. E.S.P., como Jefe de la Sección de Facturación, tenía para el momento de su retiro del servicio, la calidad de empleado público (Fol. 86 del presente cuaderno).

Así las cosas, dada su condición de empleado público, oportuno resulta hacer mención a lo dispuesto en el artículo 125 constitucional sobre la forma de proveer los empleos, el cual dispone textualmente:

“(…) Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

(…)”.

Cumpliendo el actor funciones de dirección o de confianza, entendidas como aquellas que implican una gran responsabilidad dentro de la estructura administrativa de la empresa, debe entenderse que su vinculación se produjo de manera provisional a un cargo del nivel ejecutivo como lo es el de jefe de sección, en los términos de la Ley 443 de 1998 y sus Decretos Reglamentarios, y cuya provisión debe efectuarse a través del concurso público que otorga a quien a él ingresa y supera las etapas correspondientes, prerrogativas favorables para su estabilidad laboral.

Al no haber demostrado el actor derechos de carrera administrativa acorde con la legislación citada en el párrafo anterior, y que se encontraba vigente para el momento en se decidió su retiro del servicio, éste retiro procedía por insubsistencia del cargo de Jefe de la Sección de Facturación que venía desempeñando y para el cual inicialmente se vinculó a través de un contrato de trabajo, pero que dada la transformación de la empresa en una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial, pasó a tener la calidad de empleado público según las disposiciones estatutarias fijadas por la entidad acorde con las disposiciones normativas que le resultaban aplicables, en especial el Decreto – Ley 3135 de 1968.

Teniendo claro la calidad de empleado público del señor Ortega Iguarán y la naturaleza provisional de su cargo, el argumento central del recurso de apelación

relativo a la vigencia de la vinculación como trabajador oficial dada su primigenia vinculación a través de un contrato de trabajo, no es de recibo y en consecuencia se confirmará la decisión impugnada, puesto que su retiro procedía a través de la declaratoria de insubsistencia de su cargo a través de un acto que no requería motivación y sobre el cual no se demostró la desviación de poder o el mejor derecho que se tenía para permanecer en dicho cargo.

Frente a este último cargo, el de reunir el actor mejores calidades que la persona que lo reemplazo en sus funciones, no fue demostrado. Aquí es importante destacar que acorde con los mandatos del artículo 177 del C. de P.C. norma a la que se acude por expreso mandato del artículo 267 del C.C.A, no es suficiente con la afirmación que de un hecho o una situación se haga en la demanda, para el caso, el mejor derecho sobre la persona designada en reemplazo del demandante, sino que es necesario que se presenten al juez los elementos de juicio de los cuales deducir el alegado mejor derecho para permanecer en el cargo.

Por 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

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 27 de agosto de 2008 dentro del proceso ordinario instaurado por Ricardo Ortega Iguaran contra la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Marta "Telesantamarta" S.A. E.S.P.

COPIESE Y NOTIFIQUESE. EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ