

COPIA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ELKIN CAMPO PALLARES
DEMANDADO: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE GAMARRA - CESAR
RADICADO: 20-001-33-40-008-2016-00363-01
MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I. ASUNTO.-

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, de fecha 15 de diciembre de 2017, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, así:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 001, expedida, por el Gerente de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado del Municipio de Gamarra – Cesar – EMPUGAM S.A.S. E.S.P., mediante la cual fue declarado insubsistente el señor ELKIN CAMPO PALLARES del cargo de OPERARIO Código 9324, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado del Municipio de Gamarra – Cesar – EMPUGAM S.A.S. E.S.P., reintegrar al señor ELKIN CAMPO PALLARES, sin solución de continuidad, al cargo que venía ocupando al momento del retiro del servicio, siempre y cuando el accionante no hubiere llegado a la edad del retiro forzoso, o el empleo no hubiera sido provisto mediante concurso o no hubiere sido suprimido. El reintegro al cargo deberá hacerlo en provisionalidad, y el mismo no podrá exceder de 6 meses, con la posibilidad de prórroga en los términos señalados en el parágrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005.

TERCERO: ORDÉNASE a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado del Municipio de Gamarra – Cesar – EMPUGAM S.A.S. E.S.P., reconocer y pagar a favor del señor ELKIN CAMPO PALLARES, por concepto de indemnización, la suma equivalente a los meses de salarios y prestaciones sociales que correspondan al cargo de OPERARIO Código 9324,

causados y dejados de percibir por éste desde la fecha de su retiro (8 de enero de 2016), hasta la fecha en que se produzca su reintegro efectivo al cargo, previas las deducciones de ley a que haya lugar, así como los descuentos correspondientes a la recibido por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, durante el tiempo que permaneció separado del servicio, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, conforme a la sentencia SU-556 DE 2014.

CUARTO: Las sumas que resulten a favor de la demandante, serán reajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Niéguese las demás súplicas de la demanda.

SEXTO: Sin condenas en costas.

SÉPTIMO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 192 del CPACA.¹ (Sic para lo transcrito)

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Manifestó el apoderado del señor ELKIN CAMPO PALLARES, que mediante Resolución No. 005 de 16 enero de 2015, la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado de Gamarra – Cesar – EMPUGAM S.A.S, realizó el nombramiento provisional del demandante en el cargo de Operario Código 9324, por el término de 6 meses a partir de la fecha.

Expresó, que el día 17 de junio de 2015, el término establecido en la mencionada resolución se prorrogó, ya que no se existió acto administrativo que lo decretara insubsistente del cargo.

Precisó, que mediante acto administrativo No. 001 sin fecha, sin motivación y sin expresar la clase de recurso que procedía, la Gerente de turno de la entidad declaró insubsistente el nombramiento del actor.

Finalmente, afirmó que la insubsistencia afectó el bienestar de su familia y como consecuencia de ello le causó perjuicios inmateriales.

2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare nula la Resolución No. 001 sin fecha de creación, expedida por la Gerente de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado de Gamarra – Cesar – EMPUGAM S.A.S. mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor.

¹ Ver folios 162 y 163.

Que como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene al reintegro del señor ELKIN CAMPO PALLARES al cargo de Operario con Código 9324, a la entidad demandada y al pago de todos los salarios y las prestaciones sociales correspondientes al cargo que veía ocupando, junto con los incrementos legales, desde cuando se produjo su retiro hasta cuando se haga efectivo su reintegro, así mismo que se declare, que no ha existido solución de continuidad para todos los efectos legales y prestacionales.

De igual forma solicita, que se le reconozcan los perjuicios morales por los daños ocasionados que afectaron su mínimo vital, que la liquidación se ajuste con base en el índice de precios al consumidor y que se tenga en cuenta en la condena lo previsto en el C.P.A.C.A., aplicando los ajustes de valor, desde la fecha de la desvinculación del demandante hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

III.- TRÁMITE PROCESAL.-

3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

El apoderado judicial de la parte demandada se opuso a cada una de las pretensiones, afirmando que el acto de nombramiento, como el de declaratoria de insubsistencia, son expresión de la facultad discrecional del nominador quien no tenía el deber de motivar su decisión, sin embargo, éstas no las excluye del control de legalidad, pero es la parte interesada la que tiene la carga probatoria de demostrar que su desvinculación obedeció a motivos diferentes a la búsqueda de mejoramiento del buen servicio.

Finalmente, argumenta que de acuerdo a la línea jurisprudencial del Consejo de Estado citada, con respecto a los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalonados, por tal razón, el nominador puede disponer de su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, el cual se presume expedido por razones del servicio público.

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar en sentencia de fecha 15 de diciembre de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Luego de un análisis del fundamento legal y jurisprudencial aplicable al caso, y del material probatorio recaudado, consideró el a quo, que el vencimiento del término señalado en el nombramiento en provisionalidad, no era suficiente para declarar al demandante insubsistente de su cargo de operario, como quiera que éste era un empleo de carrera, por lo tanto desconoció la finalidad de ese lapso de 6 meses, cual era proceder con la convocatoria a un concurso de méritos.

Igualmente señaló, que la resolución atacada no contó con el contenido mínimo que debe conllevar toda motivación de este tipo de actos, el cual se requiere señalar de forma objetiva, las razones específicas relacionadas al servicio público que presta el funcionario.

En virtud de lo anterior, declaró la nulidad del acto acusado y ordenó el restablecimiento del derecho en los términos señalados al inicio de esta providencia.

V.- RECURSO INTERPUESTO.-

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que sea revocada.

Señala, que el acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor quedó debidamente motivado y se hizo en razón a los lineamientos establecidos, pues se encontraba vencida la provisionalidad según el acto de nombramiento.

Sostiene, que no hay fuero de estabilidad para las personas que han recibido una designación hecha en provisionalidad, por lo que su retiro es a discrecionalidad del ente nominador, por lo tanto quien aduzca que su retiro obedeció a motivos ajenos al buen servicio, tiene la carga probatoria para demostrar que ello fue así, lo cual no ocurrió en el asunto de marras.

Finalmente, señala que el acto de nombramiento en provisionalidad del señor ELKIN CAMPO PALLARES no podía ser prorrogado, ya que al hacerlo sería ilegal, como tampoco proveer el cargo mediante concurso, pues en este tipo de empresas, la vinculación de sus empleados exceptuando los directivos y de confianza, debe hacerse mediante contrato laboral como trabajadores oficiales.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

El apoderado de la parte demandada presenta sus alegatos de conclusión reiterando lo señalado en el recurso de apelación, específicamente que esa entidad no podía prorrogar un acto de nombramiento en provisionalidad que a todas luces era ilegal, ni mucho menos proveer mediante concurso, toda vez que para este tipo de empresas la vinculación de sus empleados, salvo los de dirección y confianza, debe hacerse mediante contrato laboral como trabajadores oficiales.

El apoderado de la parte demandante presenta sus alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la demanda, específicamente en que los empleados públicos tienen el derecho de exigir del Estado, que tanto los nombramientos como las remociones de sus servidores se hagan con la plena observancia de las normas que regulan la función pública, pues de lo contrario, se generarán irregularidades y desviaciones como las acontecidas en el caso sub-lite, en donde la autoridad nominadora no sujetó sus atribuciones a los cánones supraleales.

VII.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Procurador 47 Judicial II para Asuntos Administrativos, no emitió concepto de fondo.

VIII.- CONSIDERACIONES.-

8.1.- COMPETENCIA.-

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El presente asunto se contrae a determinar, si se encuentra ajustada a derecho la Resolución No. 001 proferida por la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado del Municipio de Gamarra – Cesar “EMPUGAM S.A.S”, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor ELKIN CAMPO PALLARES del cargo de Operario Código 9324, o si por el contrario, dicho acto administrativo vulneró los derechos del trabajador, al haber sido proferida sin motivación alguna y sin el interés de mejorar el servicio tal como advirtió la juez de primera instancia.

No obstante, antes de resolver lo anterior, es necesario analizar la naturaleza del cargo que ocupaba el señor ELKIN CAMPO PALLARES, esto es, si era un empleo público de carrera, de libre nombramiento y remoción, o si era un cargo netamente de trabajador oficial.

Así las cosas, para efectos de puntualizar el derecho pretendido, corresponde a esta Sala de Decisión, en primer lugar, realizar un análisis de los hechos probados en el proceso, en lo pertinente, así:

Que mediante Resolución No. 005 del 16 de enero de 2015, la Gerente de EMPUGAM S.A.S E.S.P nombró en provisionalidad al señor ELKIN CAMPO PALLARES en el cargo de Operario Código 9324, por el término de 6 meses. (Folios 5 y 6)

Que mediante Resolución No. 001, sin fecha, la Gerente de EMPUGAM S.A.S E.S.P declaró insubsistente el nombramiento anterior, teniendo como considerando lo siguiente:

“1. Que mediante Resolución 005 del 16 de enero 2015 se nombró al señor ELKIN PALLARES CAMPO en el cargo de Operario 9324 en la Empresa de Servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado de Gamarra – Cesar “EMPUGAM S.A.S E.S.P” con carácter de provisionalidad por un término de 6 meses contados a partir de la fecha de expedición de la Resolución.

2. Que el plazo del nombramiento en provisionalidad se encuentra vencido desde el 16 de julio de 2015 y a la fecha no se ha prorrogado.” (Sic, folio 7)

Se evidencia, una certificación expedida por la Gerente de EMPUGAM S.A.S E.S.P en donde se deja constancia que el actor laboró en esa entidad en el cargo de Operario desde el 16 de enero de 2015 hasta el 8 de enero de 2016. (Folio 8)

Se observa una declaración extraproceso ante notario, por parte del demandante en donde bajo la gravedad del juramento manifiesta que es cabeza de hogar y tiene a su cuidado a su compañera permanente y a sus hijos, ello para el programa familias en acción. Se adjuntan documentos (Folios 9 a 13)

Así mismo, fue allegada la hoja de vida del señor ELKIN CAMPO PALLARES. (Folios 72 a 85)

Se demostró que desde el 11 de enero de 2016 y hasta la fecha de la certificación se encuentran vinculados en el cargo de operador de planta los señores JORGE MARIO RAPALINO PINO y ÁLVARO ZAYA TORRES, cuya vinculación es de trabajadores oficiales con contrato a término fijo. De igual forma, se allegó los contratos suscritos por los mencionados señores (Folio 105 y folios 117 a 138)

Se allegó, el manual específico de funciones y requisitos mínimos para el cargo de operador de planta. (Folios 106 a 111)

8.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.-

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, consagra:

“ARTICULO 125. 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 determiné 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 harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.” (Sic)

Lo anterior quiere decir, que para proveer un cargo de carrera debe hacerse mediante el sistema del concurso de mérito.

Por su parte, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, establece a quienes se les aplica dicha norma, así:

“ARTÍCULO 3º. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

1. Las disposiciones contenidas en la presente Ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.

- Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana.

Ley de Empleo Público, Carrera Administrativa y Gerencia Pública - Decretos Reglamentarios Departamento Administrativo de la Función Pública

- Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.

- A los empleados públicos de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional.

- A los empleados públicos civiles no uniformados del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

- A los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 30 de la Ley 575 de 2000.

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:

- En las corporaciones autónomas regionales.

- En las personerías.

- En la Comisión Nacional del Servicio Civil.

- En la Comisión Nacional de Televisión.

- En la Auditoría General de la República.

- En la Contaduría General de la Nación

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados.

d) La presente Ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

2. Las disposiciones contenidas en esta Ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.

- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.

- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

- Fiscalía General de la Nación.

- Entes Universitarios autónomos.

Ley de Empleo Público, Carrera Administrativa y Gerencia Pública - Decretos Reglamentarios Servicio Nacional de Aprendizaje SENA

- Personal regido por la carrera diplomática y consular.

- El que regula el personal Docente.

- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República

PARÁGRAFO: Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente Ley.”
(Sic)

Por su parte, el artículo 5 ibidem consagra:

“ARTÍCULO 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Director de Gestión; Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto.

En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, además, los siguientes: Agregado para Asuntos Aéreos; Administrador de Aeropuerto; Gerente Aeroportuario; Director Aeronáutico Regional; Director Aeronáutico de Área y Jefe de Oficina Aeronáutica. *En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:*

Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

(Ver Sentencia C-673 de 2015.)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro y Viceministro; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector de la Policía Nacional; Superintendente; y Director de Unidad Administrativa Especial.

En las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza y Jefe del Estado Mayor Conjunto.

En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la Colombiana y el personal de apoyo en el exterior.

En el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5ª de 1992.

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial.

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

(Adicionado por la Ley 1093 de 2006)

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

(Adicionado por la Ley 1093 de 2006)

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá hacer las modificaciones necesarias a la Convocatoria 001 de 2005 con base en la presente ley.

(Adicionado por la Ley 1093 de 2006)

(Ver el Concepto de Consejo de Estado 1679 de 2005.)

(Ver Sentencia C-314 de 2014.)

(Ver art. 2.2.1.3.1, Decreto 1083 de 2015.)”(Sic).

Ahora bien, dentro del expediente no obra prueba alguna de que el actor hubiera ingresado a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado de Gamarra “EMPUGAM S.S.S E.S.P previo concurso de méritos, o que haya sido inscrito en el régimen de carrera en el cargo del cual su nombramiento fue declarado insubsistente, por el contrario, los documentos obrantes en el plenario evidencian su nombramiento en provisionalidad, y, de la motivación del acto de nombramiento se desprende que aparentemente el cargo a ocupar, Operario Código 9324 era de carrera administrativa, pues se indicó que el nombramiento se efectuaba ante la ausencia de lista de elegibles para proveer el empleo.² Sin embargo, por la naturaleza del ente nominador y por las funciones que debía desempeñar el actor, es típico trabajador oficial, cuyo nombramiento no debió efectuarse a través de una relación legal y reglamentaria.

Ahora, no desconoce la Salá que si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado³ ha indicado, que respecto de los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, el cual se presume expedido por razones del servicio público, dicha línea jurisprudencia se mantuvo durante la vigencia de la Ley 443 de 1998, pero ello cambió con la aparición de la Ley 909 de 2004, en lo que a la provisionalidad se refiere, como quiera que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado (Artículo 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año).

Así las cosas, en virtud del precedente jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento⁴, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, lo cual ocurre en el caso de autos, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad.

No obstante lo anterior, de conformidad con la normativa arriba transcrita, acota la Sala que el empleo que iba a ocupar el señor ELKIN CAMPO PALLARES, por su naturaleza – operario dentro de una empresa de servicios públicos domiciliarios de Gamarra - Cesar, no era un empleo de carrera administrativa que debía vincularse a través del concurso público de méritos, ni tampoco obedecía a un cargo de libre nombramiento y remoción, sino que por el contrario se trataba de un empleo para

² Ver resolución por medio del cual se nombró al demandante.

³ Sección segunda Consejo de Estado, providencia de fecha 23 de septiembre de 2010, radicado: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08).

⁴ Esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.

un trabajador oficial, como quiera que no se trataba de un cargo catalogado como de dirección y confianza ni se encuentra enlistado dentro de los mencionados en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, arriba transcrito.

En efecto, debe recordarse que el personal al servicio del Estado se clasifica en miembro de corporación pública, empleado público, trabajador oficial o trabajador que se rige por las normas del derecho privado y dependiendo de su vinculación se rige por diferentes disposiciones en materia de ingreso, permanencia y retiro.

Los anteriores conceptos, han sido explicados por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el siguiente sentido:

"El empleado público puede ser de varios tipos:

De carrera administrativa. Esta es la regla general y la provisión definitiva de estos empleos se realiza a través de un nombramiento en período de prueba, una vez el servidor ha superado un concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil; de manera transitoria, el empleo puede proveerse mediante nombramiento provisional, mientras se adelanta el respectivo concurso o el empleo se encuentra temporalmente vacante.

De libre nombramiento y remoción, cuya provisión y retiro se efectúan en virtud de la facultad discrecional del nominador para proveer los empleos señalados en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

De periodo fijo, los clasificados en la Constitución o en la ley con esta naturaleza, como son el Personero, el Contralor, el Director de Empresa Social del Estado.

Temporales. Estos empleos se crean para cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración.

1.2. Miembro de corporación pública

Son aquellos servidores que integran los cuerpos colegiados de elección directa que representan al pueblo en los niveles nacional y territorial, cuyos requisitos, funciones, inhabilidades e incompatibilidades y forma de elección se encuentra definidos en la Constitución Política, como los Congresistas, los Diputados y los Concejales.

1.3. Trabajadores oficiales

Son aquellos servidores vinculados mediante un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, entre otros aspectos. Los pactos y convenciones colectivas, el reglamento interno de trabajo, los laudos arbitrales, hacen parte del contrato de trabajo. Son la regla general en las empresas industriales y comerciales del Estado.

La modalidad contractual otorga a quien por ella se vincula a la Administración, el carácter de trabajador oficial, lo cual se materializa en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones laborales, tanto al momento de celebrar el contrato como posteriormente por medio de pliegos de peticiones, los cuales pueden dar por resultado una convención colectiva." (Sic)

Por su parte, el Decreto 3135 de 1968, en su artículo 5º, define quienes son considerados empleados públicos y trabajadores oficiales, de la siguiente manera:

“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.

Las personas que presten 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.” (Sic, subrayas fuera del texto)

Corolario con lo anterior, tenemos que las personas que prestan sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, por lo que es necesario determinar cuál es la naturaleza jurídica de este tipo de empresas, en aras de determinar si la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Gamarra – Cesar “EMPUGAM S.A.S E.S.P”, lugar en donde el actor iba a desempeñar su función como operario, está catalogada como una de ellas.

Así las cosas tenemos, que según la Constitución Política los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y atribuye a éste el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos domiciliarios están sometidos al régimen establecido por la Ley 142 de 1994 y, conforme a la Constitución Política y a esta ley, pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.

Así pues, la Ley 142 de 1994, en su artículo 14 distingue tres clases de empresas:

(..)

“14.5 Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes.

14.6 Empresa de servicios públicos mixtas. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7 Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”. (Sic)

Estas empresas son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de servicios públicos, sujetas al régimen jurídico consignado en el artículo 19 de la Ley 142 de 1994 y en lo demás a las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas.

A partir de la expedición de la mencionada ley, las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, que al momento de expedirse la norma estaban prestando cualquiera de los servicios públicos domiciliarios, debían adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado si sus propietarios no desean que su capital esté representado en acciones. (Art, 180).

Por su parte, el artículo 41 de la ley 142 de 1994 dispone:

“Las personas que presten sus 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 artículo 17, se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del decreto ley 3135 de 1968”. (Sic)

Ahora bien, el régimen presupuestal y laboral de las empresas de servicios públicos domiciliarios, fue analizado en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el día 29 de abril de 1996, Radicación número 798, Consejo Ponente: César Hoyos Salazar, así:

“1.2. REGIMEN PRESUPUESTAL. Para efectos de determinar el conjunto normativo aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios, con participación de departamentos, municipios o sus entidades descentralizadas, debe partirse de las modificaciones que introdujo la Constitución de 1991 al sistema nacional y territorial del presupuesto, orientadas hacia la coordinación de la autonomía de las entidades territoriales con el mantenimiento de la unidad orgánica presupuestal en los distintos niveles administrativos.

Así, dispone el artículo 352 que:

“Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el plan nacional de desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”.

Sobre el alcance de estas nuevas disposiciones constitucionales, la Sala recientemente expresó:

“ Con ello se impone el principio de la unificación del sistema presupuestal, no sólo por el contenido de la preceptiva, sino por el alcance y fuerza jurídica de la ley orgánica de rango cuasiconstitucional, dado que conforme al artículo 151 de la Carta aquella condiciona el ejercicio de la actividad legislativa (atributo propio de la norma constitucional), entendiéndose la desarrollada tanto de forma ordinaria por el órgano legislativo, como por el Presidente de la República de modo extraordinario (arts. 349, 150-10, transitorio 41).

Esta regulación propia del Estado Unitario, se ve complementada con manifestaciones normativas del principio de autonomía local (art. 1o.) en los artículos 300-5 y 313-5 de la Constitución Política, los cuales confieren a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, la capacidad para expedir las normas orgánicas del presupuesto, en adición a la atribución ordinaria de expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos de la respectiva entidad territorial, facultad aquella que proviene directamente de la norma constitucional, se reitera” (diciembre 7 de 1995. Rad. 755).

A lo anterior se agrega lo dispuesto en el artículo 353 de la Constitución:

“Los principios y las disposiciones establecidos en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto “.

Precisado este contexto constitucional y el alcance de la ley orgánica del presupuesto, además de la capacidad de los departamentos y municipios para expedir sus propias normas orgánicas de presupuesto, sin contrariar aquella, debe señalarse el contenido de las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, que se encuentran compiladas en el decreto 111 de 1996, al cual referiremos las citas legales para los fines de esta consulta. El artículo 5o. dispone:

“Las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la Nación o sus entidades descentralizadas posean el 90% o más, tendrán para efectos presupuestales el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado”

Esto significa que las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la Nación o sus entidades descentralizadas posean el 90% o más, así como las entidades descentralizadas que venían prestando esos mismos servicios al entrar en vigencia la ley 142/94 y que adopten la forma de empresa industrial y comercial del Estado, están sometidas a un régimen presupuestal compuesto por aquellas disposiciones que expresamente sean aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado (art. 3o. inc. 4).

La norma citada comprende a las entidades territoriales y a sus entidades descentralizadas, toda vez que mientras éstas expiden sus propias normas orgánicas, se les aplica la ley orgánica del presupuesto (art. 109). Dicha situación de ausencia de normas orgánicas locales no debe prolongarse más allá del 31 de diciembre de 1996, fecha límite para la expedición de las normas locales sobre programación, elaboración, aprobación y ejecución de sus presupuestos (art. 104).

1.3. REGIMEN LABORAL. El artículo 41 de la ley 142 de 1994 dispone:

“Las personas que presten sus 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 artículo 17, se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del decreto ley 3135 de 1968”.

Esta Sala en respuesta a consulta formulada por el señor Ministro de Desarrollo Económico, absuelta el 19 de julio de 1995, expresó:

“Con el estudio de los antecedentes del artículo 41 de la ley 142 de 1994 se llega a la conclusión de que el legislador quiso precisar cuál es el régimen laboral para los trabajadores que presten sus servicios a las entidades de servicios públicos domiciliarios con capital no representado en acciones, y que adopten la forma de empresas industriales y comerciales del Estado.

Pero al redactar la norma se incurrió en una equivocación al citar como tal régimen el previsto por el inciso primero del artículo 5o. del decreto 3135 de 1968, cuando lo pertinente era invocar el inciso segundo. En efecto, de los antecedentes de la ley y de su texto se aprecia que la intención del legislador fue la de que toda entidad dedicada a la prestación de servicios públicos domiciliarios que no se constituya o transforme en sociedad por acciones, tiene que adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado con todas las implicaciones que de ello

se sigan : entre otras, la de que a sus empleados se les debe dar el tratamiento de trabajadores oficiales, concepto incompatible con el de que pueda tenerseles como empleados públicos ; ésto por cuanto el inciso primero del artículo 5o. del decreto 3135 de 1968 reserva esta calidad a quienes presten sus servicios a los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos.

(.....).

En consecuencia, la normatividad contenida en el artículo 41 de la ley 142 de 1994 debe entenderse referida en lo pertinente al inciso 2o. del artículo 5o. del decreto 3135 de 1968" (Rad. 704).

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. 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. del 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."(Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

En virtud de lo anterior, la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado de Gamarra – Cesar S.A.S E.S.P, tiene la connotación de ser una empresa industrial y comercial del Estado por lo tanto, los trabajadores que allí se vinculen tienen la categoría de ser trabajadores oficiales, a menos que ejerzan cargos de dirección y confianza, por cuanto éstos tendrán la calidad de empleados públicos, caso que no es el del actor.

En efecto, observa la Sala que al expediente se allegó el certificado de existencia y representación legal de la empresa y el manual específico de funciones y requisitos mínimos, documentos en los cuales se vislumbra en primer lugar, que la empresa aunque está constituida por acciones, su capital es netamente público, y además que para el cargo de operador de planta el tipo de vinculación es como trabajador oficial, ello se puede desprender por las funciones que éste desarrolla al interior de la empresa. (Folios 33 a 36 y 106 a 111)

Por lo tanto, descendiendo al caso concreto, tenemos que la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado de Gamarra, es una empresa industrial y comercial del Estado, por lo tanto, el cargo de Operario Código 9324, ejercido por el señor ELKIN CAMPO PALLARES, al interior de la empresa, tenía la naturaleza de ser para un trabajador oficial, no podía ser considerado un empleado público, al no pertenecer a los cargos de dirección o confianza, en consecuencia su vinculación debió haber estado regida por un contrato de trabajo, y no como se hizo a través de una vinculación legal y reglamentaria.

En ese orden de ideas, evidentemente la naturaleza del cargo y de la empresa, le daban la connotación al actor de ser un trabajador oficial, por lo tanto éste no podía ser tratado como un empleado público al cual se le aplica la Ley 909 de

2004, esto es, no puede entenderse que estaba ocupando un cargo de carrera en provisionalidad, pues se itera, su empleo era de trabajador oficial por lo tanto estaba sometido a las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora, si bien es cierto la entidad vinculó al actor a través de un acto legal y reglamentario, Resolución No. 005 del 16 de enero de 2015, por lo que podría deducirse que se trataba de un empleado público nombrado en provisionalidad para ocupar un cargo de carrera, tal como se señaló en sus mismas consideraciones, también lo es que como se acaba de analizar, por la naturaleza del cargo a ocupar y la naturaleza jurídica de la entidad, éste no tenía dicha calidad, sino se itera, era un típico empleo para un trabajador oficial, errando la entidad demandada en la forma como fue vinculado el demandante.

Eso quiere decir, que al existir un error en la forma de vinculación del señor ELKIN CAMPO PALLARES, no era procedente prorrogar un acto administrativo que fue emitido de forma irregular, por cuanto sería como perpetuar la irregularidad, no pudiéndose basado en ese error, pretender reconocimiento de derechos que no le asisten.

En ese orden de ideas, erró la administración al catalogar el cargo que iba a ocupar el actor como de carrera administrativa y con ello la forma en que se le vinculó al empleo también fue equivocada, por ende, no es posible acceder a su reintegro, como quiera que a éste no le son aplicables las normas de permanencia, retiro e indemnización establecidas para los empleados públicos en la Ley 909 de 2004.

Se acota, que la administración se dio cuenta de su error al momento de vincular a sus trabajadores, pues en el trámite de la primera instancia, se allegó la nueva forma en la cual se están vinculando los trabajadores al cargo de operador de planta, esto es, mediante contrato de trabajo de prestación de servicios, por la naturaleza de trabajadores oficiales, (folios 117 a138), además en el manual de funciones tal como se anotó, también quedó claro cuál es la naturaleza del empleo de operario.

Concluyese de lo dicho, que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar, pues el señor ELKIN CAMPO PALLARES, no tenía la calidad de ser un empleado público, por lo tanto no se le pueden aplicar las normas relativas a ellos, ni mucho menos el precedente jurisprudencial relativo al retiro del cargo en provisionalidad, pues se repite era un trabajador oficial sometido a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que no es procedente su reintegro y mucho menos la cancelación de indemnización alguna por cuanto la actuación irregular no puede ser fuente para adquirir derechos que no le corresponden.

En virtud de lo anterior, la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, debe ser REVOCADA.

8.3.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

En esta instancia no habrá condena en costas, como quiera que no se observa una conducta dilatoria o de mala fe que hiciera procedente la misma.

IX.- DECISIÓN.-

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

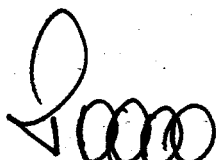
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 15 de diciembre de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, NIÉGUENSE las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

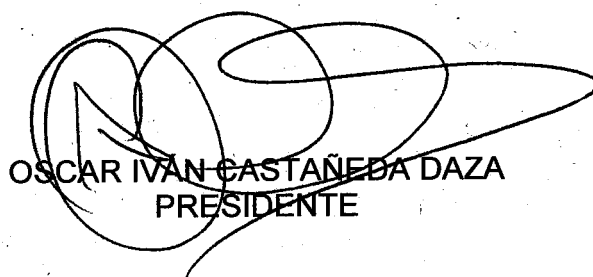
Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 082, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE