

RENUNCIA AL CARGO – Empleado de libre nombramiento y remoción. Se considera protocolaria ante cambio de administración sin que se desconozca el buen servicio / CARGO DE ALTA JERARQUIA ADMINISTRATIVA – Insinuación o solicitud de renuncia no constituye coacción invencible que elimine el acto voluntario / CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – Legalidad de la petición de renuncia. Inexistencia de criterios políticos / DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA – Solicitud de renuncia en cargos de libre nombramiento y remoción para evitar la insubsistencia / ACEPTACION DE RENUNCIA – A funcionario de alto nivel la solicitud de renuncia no le vicia el consentimiento

La controversia se centra en dilucidar si la autoridad nominadora ejerció indebida presión contra el actor para que presentara renuncia al cargo que desempeñaba y si la renuncia fue aceptada irregularmente. Nótese que el cargo que ocupaba el actor en el Ministerio pertenece al nivel Asesor en grado 16, considerado como uno de los más altos dentro de su escala; y que de acuerdo con la certificación expedida por la entidad a ese cargo se le asignan funciones importantes de absoluta confianza, como la de asesorar a la Secretaría General en la formulación de políticas y toma de decisiones, entre otras, en materia administrativa, financiera y contractual. La Sala considera que frente a estos cargos la solicitud de la renuncia es válida y la insinuación de la misma es un mecanismo más bien protocolario encaminado a evitar la insubsistencia, teniendo en cuenta, además que el actor accedió al servicio mediante nombramiento en provisionalidad y que no le asiste el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos. Además, en reiterada jurisprudencia de la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación la simple insinuación o solicitud de renuncia por sí misma no constituye una coacción invencible que elimine el acto voluntario porque frente a dichas propuestas, el empleado puede desear la oferta, insinuación o solicitud sin que ello le acarree consecuencias desfavorables. En el caso presente frente a la solicitud del nominador, como ya se dijo, bien pudo el demandante optar de forma diferente y no lo hizo. No resulta válido, entonces, desconocer posteriormente el contenido de su voluntad expresada sin coacción, para deshacer una situación jurídica que con la aceptación se hizo irrevocable. Lo que la Sala puede inferir del procedimiento adelantado por la administración para vincular a los nuevos funcionarios es que para el retiro del actor no primó un criterio eminentemente político; que se trató de utilizar un criterio objetivo de selección de quienes deberían quedarse en la administración, lo que de suyo implicó un criterio de buen servicio; y que al retirar a los que no pasaron la prueba se dio la posibilidad de vincular a nuevo personal que, en principio, se ajustara a las nuevas directrices de manejo de personal en el seno del Ministerio para el cual trabajaba el demandante. Por el contrario, el hecho de no haber superado la prueba que con generosidad y sin estar obligada a ello la administración realizó, indica que se trataba de un funcionario que no reunía las exigencias requeridas por la nueva administración para permanecer en el cargo, si ello no fue así, gracias a la jurisprudencia ya reiterada, el actor pudo haber probado una desmejora del servicio debido a su desvinculación y

vinculación de una persona con menores capacidades, situación que no se demostró en el proceso. En este orden de ideas, concluye la Sala que se debe revocar la sentencia apelada y, en su lugar, se pronunciará en forma adversa a las súplicas del libelo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO

Bogotá, D.C., catorce(14) de junio de dos mil siete (2007).

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-12711-01(6681-05)

Actor: JOSE PABLO DURAN GOMEZ

Demandado: MINISTERIO DE SALUD

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL contra la sentencia del 20 de enero de 2005, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “D”.

ANTECEDENTES

JOSE PABLO DURAN GOMEZ, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución No. 01101 del 27 de agosto de 2002, expedida por el Ministerio de Salud, mediante la cual se

aceptó la renuncia presentada por el demandante al cargo de asesor código 1020 grado 16, perteneciente a la planta global de ese Ministerio.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al cargo que ocupaba o a uno de igual o superior categoría; pidió el pago de todos los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento de su retiro hasta el momento de su reintegro al servicio. Asimismo, exigió que se declarara que no ha existido solución de continuidad; y que la condena se ordenara en la sentencia bajo los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Narra el actor que fue vinculado en provisionalidad mediante Resolución No. 694 de 30 de marzo de 2000, para desempeñar el cargo de Asesor Código 1020 Grado 16 de la Planta Global del Ministerio de Salud; posteriormente mediante Resolución No. 730 de 4 de abril de 2000, fue designado como Coordinador del Grupo Asesor de la Secretaria General del Ministerio de Salud, tomando posesión del cargo el 2 de mayo de 2000.

Señaló que el día 8 de agosto de 2002, recibió una llamada del Señor Carlos Raúl Jiménez, quien se desempeñaba como Asesor del Ministro de Salud, con funciones de Secretario Privado del mismo Despacho, quien le informó que, por orden del Señor José Vicente Casas, quien se sabía iba a ser el Secretario General del Ministerio en la nueva administración, debía presentar renuncia inmediata a su cargo. Que dicha orden se puso en conocimiento de todos

los Coordinadores de Grupo de la Secretaría General y de los asesores del Despacho con el fin de que todos dimitieran, con excepción de quienes se encontraban inscritos en carrera.

Informó que el 8 de agosto de 2002, presentó renuncia al cargo al igual que la mayoría de los Coordinadores de Grupo de la Secretaría General.

Dijo que durante el mismo mes de agosto el Señor José Vicente Casas sostuvo una reunión con todos los Asesores de la Secretaría General, en donde se les comunicó que iban a ser llamados a presentar una entrevista para los que quisieran continuar trabajando con la nueva Administración.

Afirma el actor que presentó entrevista con la Señora Gloria Astrid Pineda, quien no estaba vinculada legal ni contractualmente con el Ministerio de Salud.

Sostuvo que el día 21 de agosto de 2002 el Señor José Vicente Casas reunió a los Asesores y Coordinadores de la Secretaría General que habían presentado entrevista, informándoles quienes habían pasado la prueba. Posteriormente, el 23 del mismo mes y año, el mismo funcionario le comunicó al actor la decisión de retirarlo de la entidad, advirtiéndole que dicha decisión no era un acto administrativo y que por tanto no tenía recurso alguno.

Relató que efectivamente el día 30 de agosto de 2002, la Dra. Martha Duarte Buchheim, Coordinadora del Grupo de Gestión de Talento Humano, le notificó al demandante la Resolución acusada, mediante la cual se le aceptaba la renuncia que había presentado al cargo que venía desempeñando en la entidad.

Argumentó el actor en la demanda que fue desvinculado del Ministerio en forma ilegal e irregular, acudiendo la Administración a una falsa motivación, desviación de poder y violación al debido proceso; que la persona que fue nombrada para su reemplazo no se sometió a ninguna entrevista, ni participó en concurso público de acuerdo con las normas de carrera administrativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones del libelo y sostuvo que el actor venía desempeñando su cargo en provisionalidad, razón por la cual no gozaba de los derechos propios de los funcionarios inscritos en carrera administrativa, es decir, podía ser separado del cargo en aras de mejorar el servicio mediante la declaratoria de insubsistencia o aceptación de renuncia, sin que fuera necesario motivar dicho acto.

Afirmó que la Doctrina y la Jurisprudencia han señalado que la renuncia protocolaria es una de las formas en que el jefe del organismo esta en la libertad de aceptar y decidir que funcionarios continúan en el servicio; y que dicha

insinuación que se hace a los empleados no afecta la facultad del nominador para retirarlos del servicio, máxime cuando se trata de funcionarios de libre nombramiento y remoción que a pesar de ocupar cargos de carrera administrativa, no se encuentran legalmente vinculados a ella.

LA SENTENCIA APELADA

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad del acto acusado y accedió a las suplicas de la demanda.

El a-quo, luego de hacer un análisis del material probatorio estimó que resultaron demostrados los hechos de la demanda. Efectuó un estudio normativo, de si la renuncia al cargo presentada por el demandante reunía los requisitos para tal fin, ultimando que, para que dicha renuncia fuera valida requería ser presentada en forma libre y voluntaria y que dicho escrito manifestara la decisión inequívoca de renunciar al cargo.

Afirmó que la Jurisprudencia ha venido sosteniendo “ *que la renuncia es un acto espontáneo y voluntario por excelencia nacido de la libre facultad intrínseca que posee la persona de hacerlo o no hacerlo. Si no cumplen con estas condiciones es indudable que aquella carece de tales elementos y está por tanto viciada y no puede producir los efectos que surtiría una dimisión presentada sin coacción de ninguna especie*”

La Sala rechazó el proceder del directivo del Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la Protección social, para la escogencia de funcionarios, dado que la aceptación o no de una renuncia no puede estar sujeta a ningún tipo de condición, por ser ésta una decisión libre, espontánea e inequívoca del empleado que decide separarse del servicio; y que no puede la administración condicionar tal aceptación o no al resultado de una entrevista como en el presente caso efectivamente aconteció.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la entidad demandada manifestó su inconformidad con el fallo de primera instancia argumentando, en síntesis, lo siguiente:

La nueva administración del Ministerio de Salud encontró en su primer día de mandato unas renunciaciones que suponían una decisión libre y voluntaria de los funcionarios dimitentes ante la administración saliente, como gesto de dejar a la nueva administración, sin que tales renunciaciones evidenciaran presión por parte de algún funcionario. Ante tal situación y atendiendo al principio meritocrático que acompañaría al nuevo Gobierno, en los cargos de alto nivel, el Secretario General (E), Dr. José Vicente Casas Díaz, por instrucción del señor Ministro reunió a los funcionarios que habían renunciado y los invitó a considerar su decisión, participando de una evaluación para analizar sus hojas de vida, perfil

y habilidades para el desempeño del cargo y con ello garantizar la efectividad de las funciones a cargo del Ministerio de Salud.

De lo narrado anteriormente, afirma que es inverosímil que el Secretario General (E) Dr. Casas Díaz, hubiera solicitado algún tipo de renuncia para el 7 de agosto de 2002, pues aseveró que dicho funcionario fue nombrado el 16 de agosto de 2002 asumiendo el cargo el día 21 del mismo mes y año.

Sostiene que la invitación que hizo la Administración a los funcionarios dimitentes para participar en una evaluación, se hizo con posterioridad a la renuncia presentada por el demandante.

Recalca que quienes habían presentado renuncia, eran empleados de libre nombramiento y remoción ó nombrados en provisionalidad, situaciones estas que no les generaba ningún tipo de estabilidad, pues bien hubiera podido el nominador aceptarles la renuncia en forma inmediata o hacer uso de la facultad discrecional propia para este tipo de casos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la entidad demandada ratifica los argumentos planteados en la sustentación del recurso, y solicita que en caso de ser ratificada la sentencia de primera instancia, se de aplicación al criterio jurisprudencial expresado por la Sección Segunda, de esta Corporación en Sentencia de 25 de

noviembre de 2004, Radicación No. 1998-0713-01 (1944-02), Consejero Ponente, Dr. Tarcisio Cáceres Toro, por considerarla aplicable para el presente caso.

Por su parte, el actor actuando en nombre propio manifiesta que respecto de la meritocracia a que hace referencia la entidad demandada, ésta empezó a regir bajo la ley 812 de 26 de junio de 2003, norma que se expidió casi un año después de que la entidad solicitara su renuncia y llevara a cabo las entrevistas, demostrando así que se dio aplicación a una norma que aún no había sido aprobada ni promulgada.

Respecto de su renuncia manifiesta que fue presentada por solicitud de la entidad demandada, razón por la cual se encuentra viciada por no ser un acto libre y voluntario; hecho que fue reconocido por el propio Ministerio y confirmado por testigos.

Afirma que se sometió a una entrevista porque desde un principio su voluntad fue la de permanecer en dicho cargo. Asimismo, considera que con el hecho de presentar dicha prueba, se debe entender que desistió a su renuncia.

Por último dice que el procedimiento de desvinculación empleado por el Ministerio para su desvinculación fue una muestra clara de la violación al debido proceso, por lo que solicita sea confirmado el fallo de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Mediante la Resolución No. 01101 de 27 de agosto de 2002, expedida por el Ministro de Salud, se aceptó la renuncia que presentó el actor al cargo de Asesor Código 1020 Grado 16, de la planta global del Ministerio de salud.

La controversia se centra en dilucidar si la autoridad nominadora ejerció indebida presión contra el actor para que presentara renuncia al cargo que desempeñaba y si la renuncia fue aceptada irregularmente.

A folio 178, se encuentra copia de la dimisión de fecha 8 de agosto de 2002, en los siguientes términos: *“Por medio de la presente me permito presentar renuncia al cargo de Asesor Grado 16, con funciones de Coordinador Grupo Asesor de Secretaría General.”*

De la lectura del escrito cuyo tenor se transcribió se evidencia claramente que el actor no esgrimió ninguna causa de su dimisión. Ciertamente el acto de renuncia presupone la decisión libre del servidor de dimitir al cargo que se encontraba desempeñando. Por lo menos así lo ha concebido la legislación al consagrarla como una forma espontánea e inequívoca de separarse del servicio de un empleo de voluntaria aceptación.

Las pruebas obrantes en el proceso demuestran que el demandante no tenía status de estabilidad, dado que ocupaba un cargo del nivel Asesor en provisionalidad. Habrá que decir que por su jerarquía y su rol que desempeñaba al interior de la entidad presuponía un nivel de preparación y experiencia que le permitían discernir sobre la conveniencia de renunciar o abstenerse de hacerlo si estimaba que por su capacidad y experiencia debía permanecer en el Ministerio, pero no lo hizo así, y optó, en su lugar, por dejar en libertad al nominador para decidir la permanencia en el cargo.

Sin embargo, con base en las pruebas testimoniales rendidas por ex trabajadores de la entidad, dijo el juez a-quo, que se demostró dentro del proceso que efectivamente el Secretario Privado del Ministerio pidió la renuncia al actor; que posteriormente éste asistió junto con los demás Asesores y Coordinadores de Grupo a una reunión en la Secretaría General de la entidad, donde se les indicó el requisito de la entrevista; y que después pasada la entrevista se le aceptó la renuncia (fl. 295). En consecuencia, sentenció el Tribunal que la renuncia no fue regular, por cuanto su aceptación estuvo sujeta al resultado de una prueba y una entrevista (fl. 298).

La anterior conclusión no la comparte la Sala, por las siguientes razones:

Nótese que el cargo que ocupaba el actor en el Ministerio pertenece al nivel Asesor en grado 16, considerado como uno de los más altos dentro de su escala; y que de acuerdo con la certificación expedida por la entidad (fl. 5) a ese

cargo se le asignan funciones importantes de absoluta confianza, como la de asesorar a la Secretaría General en la formulación de políticas y toma de decisiones, entre otras, en materia administrativa, financiera y contractual.

La Sala considera que frente a estos cargos la solicitud de la renuncia es válida y la insinuación de la misma es un mecanismo más bien protocolario encaminado a evitar la insubsistencia, teniendo en cuenta, además que el actor accedió al servicio mediante nombramiento en provisionalidad y que no le asiste el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos.

Además, en reiterada jurisprudencia de la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación¹ la simple insinuación o solicitud de renuncia por sí misma no constituye una coacción invencible que elimine el acto voluntario porque frente a dichas propuestas, el empleado puede desechar la oferta, insinuación o solicitud sin que ello le acarree consecuencias desfavorables. En el caso presente frente a la solicitud del nominador, como ya se dijo, bien pudo el demandante optar de forma diferente y no lo hizo. No resulta válido, entonces, desconocer posteriormente el contenido de su voluntad expresada sin coacción, para deshacer una situación jurídica que con la aceptación se hizo irrevocable.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, en el proceso que se llevó a cabo, con posterioridad a los actos de renuncia, por el cambio de Gobierno que se

¹ Entre otras, sentencia del 6 de mayo de 2004 Epx. 2273-2003

dio en ese momento, se revela por parte de las altas esferas del Ministerio, que optaron por valorar la capacidad de quienes venían vinculados al mismo en los cargos de Asesores con el objeto de lograr o mantener el nivel de buen servicio, dando como resultado que aquellos que superaron la prueba fueron mantenidos en el servicio, y los que no la superaron, fueron retirados.

Es de anotar que dicho proceso de selección no se llevó a cabo con anterioridad ni en forma concomitante a la presentación de la renuncia al cargo, sino que se dio con posterioridad a ella. Luego, no puede concluirse de manera alguna que la voluntad libre y espontánea del actor reflejada en el escrito de renuncia, estuvo intervenida o influida por dicho proceso.

Lo que la Sala puede inferir del procedimiento adelantado por la administración para vincular a los nuevos funcionarios es que para el retiro del actor no primó un criterio eminentemente político; que se trató de utilizar un criterio objetivo de selección de quienes deberían quedarse en la administración, lo que de suyo implicó un criterio de buen servicio; y que al retirar a los que no pasaron la prueba se dio la posibilidad de vincular a nuevo personal que, en principio, se ajustara a las nuevas directrices de manejo de personal en el seno del Ministerio para el cual trabajaba el demandante.

Por el contrario, el hecho de no haber superado la prueba que con generosidad y sin estar obligada a ello la administración realizó, indica que se trataba de un funcionario que no reunía las exigencias requeridas por la nueva

administración para permanecer en el cargo, si ello no fue así, gracias a la jurisprudencia ya reiterada, el actor pudo haber probado una desmejora del servicio debido a su desvinculación y vinculación de una persona con menores capacidades, situación que no se demostró en el proceso.

En este orden de ideas, concluye la Sala que se debe revocar la sentencia apelada y, en su lugar, se pronunciará en forma adversa a las súplicas del libelo.

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.

F A L L A

REVOCASE la sentencia de veinte (20) de enero de dos mil cinco (2005), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por JOSE PABLO DURAN GOMEZ contra el MINISTERIO DE SALUD. En su lugar, **SE DISPONE:**

DENIEGANSE las suplicas de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

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

ANA MARGARITA OLAYA FORERO

ALFONSO VARGAS RINCON

JAIME MORENO GARCIA
Ausente