



Cartagena de Indias D. T. y C., Treinta (30) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-23-31-000-2012-00478-01
Accionante	DAIVETH MEZA RODRIGUEZ
Accionada	ESE MUNICIPAL DE MAGANGUE
Tema	INSUBSISTENCIA EMPLEADO LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION
Magistrado Ponente	JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse en primera instancia respecto de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la señora DAIVETH MEZA RODRIGUEZ contra la ESE MUNICIPAL DE MAGANGUE.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- La señora DAIVETH MEZA RODRIGUEZ fue nombrada en el cargo de Jefe de Talento Humano en la ESE DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE mediante Resolución No. 0325 del 2006, en provisionalidad.
- Mediante Resolución No. 0065 del 5 de febrero de 2009, la gerente de la ESE MUNICIPAL DE MAGANGUE declaró insubsistente su nombramiento y la retiró del servicio a partir de esta fecha.
- En el acto de insubsistencia no se expusieron las razones que condujeron a esta decisión por parte de la entidad.
- El día 24 de enero de 2011 la señora DAIVETH MEZA RODRIGUEZ presentó reclamación administrativa ante la ESE MUNICIPAL DE MAGANGUE solicitando la cancelación de las acreencias laborales que se le debían por la prestación de sus servicios.



13001-23-31-000-2012-00478-01

- La entidad demandada no dio respuesta a la reclamación efectuada por parte de la demandante.
- Ante la falta de respuesta de la reclamación se presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación la cual fue declarada fallida.

1.2 Las pretensiones de la demanda

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad del acto ficto negativo surgido por la falta de respuesta a la petición elevada por la parte demandante el 11 de enero de 2011.

A título de restablecimiento del derecho, solicita: se ordene reconocer y pagar a favor de la demandante los salarios, cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías y vacaciones dejados de percibir desde la fecha de su retiro del servicio hasta que se realice el pago de los mismos.

Solicita además se ordene a pagar al sanción moratoria por no pago de los salarios y prestaciones generados desde el retiro hasta que se efectúe el pago.

Solicita que las sumas reconocidas sean actualizadas y se paguen intereses moratorios. Solicita el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA y la condena en costas a la parte demandada.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

Aduce como normas violadas los artículos 2, 4, 6, 13, 29, 83, 121, 122 y 209 de la Constitución Política. El Decreto ley 01 de 1984, ley 446 de 1998, ley 489 de 1998 artículo 5, ley 50 de 1990 artículos 1, 2, 3 y 4. Código Sustantivo del Trabajo. Decreto 2127 de 1945, decreto 1042 de 1978 y ley 244 de 1995.

Argumenta que el acto administrativo demandado se encuentra viciado de nulidad por ilegalidad y desviación de poder. Señala que la entidad vulneró las normas en que debía fundarse al declarar insubsistente el nombramiento de la demandante tan pronto cumplió la licencia de maternidad.

Manifiesta que el retiro discrecional del servicio se efectuó sin acudir a razones del buen servicio y sin basarse en la hoja de vida de la demandante.



Sostiene que al haber sido retirada del servicio sin motivación y por razones de orden político, la entidad demandada infringió la normatividad vigente. Añade que con anterioridad a la declaratoria de insubsistencia había denunciado acoso laboral por parte de la gerente de la entidad que la presionaba para que renunciara al cargo.

2. Contestación de la demanda¹.

La ESE MUNICIPAL DE MAGANGUE no contestó la demanda a pesar de haber sido notificado en los términos del artículo 150 del CCA.

3. Trámite procesal segunda instancia

Con auto de fecha dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013), se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado. Se surtió la notificación a la entidad demandada mediante comunicación enviada por correo certificado. Mediante auto de fecha veintiuno (21) de noviembre de dos mil catorce (2014) se fijó en lista el proceso por el término de 10 días. A través de auto de fecha seis (6) de julio de dos mil quince (2015) se abrió el proceso a pruebas. Por auto del veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018) se cerró el debate probatorio y se corrió traslado para alegar de conclusión.

4. Alegaciones

El abogado YHON ENRIQUE JULIO MORENO, allega escrito de alegatos de conclusión aduciendo ser apoderado judicial de la entidad demandada, no obstante el poder aportado se encuentra en copia simple, razón por la cual, no puede ser tenido como apoderado judicial en el presente proceso. (Folios 314-319)

La Parte Demandante presenta alegatos finales señalando que se cuentan con todos los medios de prueba para emitir un pronunciamiento de fondo favorable a las pretensiones de la demanda (Folios 312-313).

5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

¹ Fls. 58-74.



II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 del CCA es competente el Tribunal Administrativo de Bolívar para conocer en primera instancia el asunto de la Litis.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda se deberá resolver en primer lugar lo siguiente:

¿En es asunto bajo estudio se encuentra probada la caducidad de la acción por discutirse la decisión que declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante en el cargo de Jefe de Talento Humano de la ESE MUNICIPAL DE MAGANGUE adoptada mediante la Resolución No. 0065 del 5 de febrero de 2009?

3. Tesis de la Sala

La Sala sustentará que en el presente asunto acaeció la caducidad de la acción por no haberse presentado la demanda dentro de los cuatro meses siguientes al retiro del servicio, toda vez que la parte actora no podía revivir términos ya fenecidos a través de peticiones posteriores en busca de la anulación de la decisión adoptada mediante la Resolución No. 0065 del 5 de febrero de 2009 que dispuso la insubsistencia de su nombramiento.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. De la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La figura de la caducidad consiste en la extinción del derecho a la acción o al recurso por vencimiento del término concedido para ello, institución que se justifica ante la conveniencia de señalar un plazo invariable para que quien se crea titular de un derecho opte por ejercitarlo. En estricto



13001-23-31-000-2012-00478-01

sentido, se considera como un fenómeno de creación legal, por cuyo efecto, el simple paso del tiempo impide el debate judicial sobre la legalidad de los actos de la Administración.

Tradicionalmente se ha entendido como una manera de darle firmeza a las decisiones administrativas, y de sancionar la falta de diligencia, la desidia y el desinterés del administrado de iniciar un contencioso para que a los actos administrativos se les haga el respectivo control de legalidad.

El Código Contencioso Administrativo, consagra un término para la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de la impugnación de actos administrativos, para lo cual en su artículo 36 señala:

"Art. 136. Caducidad de las acciones.

La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto según el caso."

En aplicación de la anterior preceptiva, el Consejo de Estado ha determinado que tratándose de actos de insubsistencia, el término de caducidad de cuatro meses debe contarse a partir de la materialización de la orden, esto es desde el retiro efectivo del servicio, sobre este tema ha dicho:

"El acto de insubsistencia es un acto de ejecución. No obstante haber sido incluida de nuevo la comunicación como forma de dar a conocer la administración sus decisiones (introducida por el artículo 44 de la ley 446 de 1998), y con el fin de aplicarse el término de caducidad previsto en el artículo 136 - numeral 2º - del C.C.A., la Sala considera que aún dada esa modificación, frente a los actos de insubsistencia, debe tenerse en cuenta el momento a partir del cual se ejecuta o materializa tal decisión administrativa, es decir, cuando el acto de retiro empieza a producir de verdad efectos jurídicos, esto es, cuando el servidor público se desprende definitivamente de sus funciones o atribuciones al dejar de prestar sus servicios laborales a la respectiva entidad. Es a partir del día siguiente al de la ejecución del acto de insubsistencia que debe contarse el término de los cuatro meses para intentarse la acción de nulidad y restablecimiento del



13001-23-31-000-2012-00478-01

derecho. (Artículo 136 - numeral 2º - del C.C.A.)²".

En este orden de ideas, tenemos que cuando se trata de decidir sobre la legalidad de decisiones que dispusieron la insubsistencia del nombramiento de un empleo público, la caducidad de la acción debe ser contabilizada desde el retiro efectivo del cargo.

5. El caso en concreto

Descendiendo al caso en concreto, se observa que la parte demandante pretende con la demanda debatir la decisión mediante la cual se le retiró del servicio y solicita como restablecimiento del derecho el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento en que se materializó la orden de retiro y hasta cuando se realice el pago.

De lo probado en el expediente se pudo acreditar que la demandante DAIVETH MEZA RODRIGUEZ, fue nombrada en el cargo de Jefe de Talento humano de la ESE Municipal de Magangué mediante Resolución No. 0325 del 18 de julio de 2006 y fue declarada insubsistente mediante la Resolución No. 0065 del 05 de febrero de 2009. (Folios 24 a 26).

En este aspecto, se tiene que la parte actora en la presente acción pretendió revivir términos para discutir la decisión que dispuso su salida de la entidad, a través de la petición presentada el día 24 de enero de 2011, en la que se solicitó lo siguiente³:

"1. Declárese la nulidad de la Resolución No. 0665 de 2009 de fecha de expedición Febrero 5 de 2009, resolución esta por medio de la cual se declara insubsistente a la Doctora DAIVETH MEZA RODRIGUEZ en el cargo de JEFE DE TALENTO HUMANO de la ESE del Municipio de Magangué – Bolívar, a partir del 5 de febrero de 2.009. (...)"

Ante esta petición, la entidad demandada guardó silencio y en consecuencia, la parte demandante alega la nulidad del acto ficto negativo producto del silencio administrativo, para con base en ello discutir la decisión de insubsistencia, sin demandar la Resolución No. 0065 del 5 de febrero de 2009, lo cual no puede ser de recibo en sede judicial, dado que tanto el concepto de violación y las pretensiones de restablecimiento son completamente dicientes respecto a lo que discute el

² Ver sentencia del treinta (30) de mayo de dos mil dos (2002) Radicación número: 25000-23-25-000-1995-07382-01(2299-00) Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA.

³ Folios 15 a 21.





13001-23-31-000-2012-00478-01

demandante, que no es otra cosa que la decisión de retirarla del servicio.

En este orden de ideas, el acto ficto negativo producto del silencio administrativo de la entidad ante la solicitud de declarar la nulidad de la Resolución No. 0065 del 2009, no puede ser tenido en cuenta para establecer la caducidad de la acción, pues con este únicamente se decidió de manera ficta negar la nulidad de la decisión de insubsistencia adoptada, encontrándose en firme dicha determinación a través de acto debidamente ejecutoriado.

Por lo anterior, se puede establecer claramente que la actora de manera hábil pretende burlar el término de caducidad para discutir el retiro del servicio haciendo alusión a otros actos administrativos posteriores, en los cuales no se decidió sobre su salida de la entidad, pues esta determinación ya se encontraba adoptada a través de la Resolución No. 0065 del 5 de febrero de 2009, que dispuso en su parte resolutive lo siguiente:

"ARTICULO PRIMERO: Declárese Insubsistente a la Doctora DAIVETH MEZA RODRIGUEZ, identificada con al (sic) cedula de ciudadanía No. 33.069.837 de Magangué, Bolívar, en el cargo de Jefe de Talento Humano de la ESE del Municipio de Magangué, a partir del cinco (5) de Febrero de 2009. (...)"

En consecuencia, teniendo de presente que la caducidad de la acción en asuntos de insubsistencia, se debe computar desde la ejecución de la decisión, se observa que la señora DAIVETH MEZA RODRIGUEZ prestó sus servicios para la entidad demanda por última ocasión el día 5 de febrero de 2009, como lo manifiesta la misma demandante en el escrito de la demanda en el hecho Sexto, lo cual coincide con lo consignado en la certificación obrante a folio 134 del expediente expedida por la Jefe de Talento Humano de la ESE MUNICIPAL DE MAGANGUE.

Así, se puede establecer que el plazo límite para presentar la demanda vencía el 05 junio de 2009, y al presentarse la demanda sólo hasta el 19 de diciembre de 2011⁴, es claro que ésta resultaba extemporánea, razón por la cual deberá declararse la caducidad de la acción.

6. Condena en Costas.

⁴ Folio 78.



13001-23-31-000-2012-00478-01

Finalmente, no se condenará en costas, por no aparecer probadas, de conformidad con lo previsto en el numeral 9° del artículo 392 del C.P.C., y según lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., toda vez que en el presente asunto la parte demandada no desplego ninguna actuación procesal.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de caducidad de la acción dentro del presente proceso, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído, y en consecuencia, deniéguense las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS