

Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-002-2016-00007-01
<b>Demandante</b>	ARIEL GONZÁLEZ CARDALES
<b>Demandado</b>	DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
<b>TEMA</b>	Insubsistencia empleado nombrado en provisionalidad
<b>Magistrado Ponente</b>	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de fecha 14 de junio de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. DEMANDA

#### 3.1.1. PRETENSIONES<sup>1</sup>

“**PRIMERA:** Declárese la nulidad parcial de la Resolución No. 127 del 13 de mayo de 2015 “Por el cual se declara insubsistente un nombramiento en provisionalidad”, emanada de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, expedida por su director administrativo y financiero Miguel Torres Marrugo, en cuanto hace al señor ARIEL GONZÁLEZ CARDALES, al declararlo insubsistente.

<sup>1</sup> Fl. 1-2.

**SEGUNDA:** Declárese la nulidad total de la comunicación T.H. 431 de fecha mayo 19 de 2015, mediante la cual se efectuó la comunicación de la Resolución No. 127 de 2015 "Por el cual se declaran insubsistentes unos nombramientos en provisionalidad" al señor ARIEL GONZÁLEZ CARDALES.

**TERCERA:** Declárese que no ha existido solución de continuidad, para todos los efectos legales y prestacionales, entre la fecha del retiro inconstitucional e ilegal del actor, y aquella en la que se verifique materialmente el reintegro de ARIEL GONZÁLEZ CARDALES.

**CUARTA:** Condénese a la demandada DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, con citación tercerial de la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, y a título de restablecimiento del derecho, a reintegrar al señor ARIEL GONZÁLEZ CARDALES al cargo que ocupaba antes del retiro inconstitucional e ilegal de que fue víctima, a saber: el de TÉCNICO ADMINISTRATIVO, código 367, grado 11, adscrito a la dirección técnica de Auditoría Fiscal, en provisionalidad, o a uno de igual o superior categoría en las mismas condiciones de empleo, en la Contraloría distrital de Cartagena de Indias.

**QUINTA:** Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demanda a:

- Al pago de los salarios con sus respectivos aumentos, causados entre la fecha del retiro inconstitucional e ilegal, hasta la fecha en que se produzca efectivamente el reintegro y con posterioridad a la fecha de ejecutoria de la sentencia estimatoria.
- Al pago de las prestaciones sociales –legales y extralegales-, y demás acreencias laborales a que haya lugar, dejados de percibir por el demandante, con sus respectivos aumentos, causados entre la fecha del retiro inconstitucional e ilegal hasta la fecha en que se produzca efectivamente el reintegro y con posterioridad a la fecha de ejecutoria de la sentencia estimatoria.
- Al pago de los aportes al sistema general de la seguridad social integral en salud y pensiones, dejados de cotizar por el demandante, con sus respectivos aumentos, entre la fecha del retiro inconstitucional e ilegal, hasta la fecha en que se produzca efectivamente el reintegro y con posterioridad a la fecha de ejecutoria de la sentencia estimatoria.
- (...)"

### 3.1.2. HECHOS<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Fl. 2-4.

Narra el demandante que, mediante Resolución No. 127 de 13 de mayo de 2015, proferida por el Director Administrativo y financiero de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, fue declarado insubsistente un nombramiento en provisionalidad, y por medio de comunicación T.H. 431 de fecha mayo 19 de 2015, fue notificada al señor Ariel González Cardales el día 5 de junio de 2015.

Ante la anterior resolución de insubsistencia, el demandante interpuso el recurso ordinario de reposición y subsidiariamente el de apelación, ante los superiores encargados, en aras de lograr la revocatoria del acto administrativo en mención, sin embargo, hasta la fecha de presentación de la presente demanda, el demandante nunca recibió respuesta a los recursos.

Cuenta también en el relato de los hechos, que el señor Ariel González Cardales hacía parte de la Organización Sindical denominada SINDICATO DE EMPRESA DE EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS "SECODICAR", con depósito del acta de constitución No. 249 de 07 de junio de 2002, que posteriormente el demandante fue elegido como integrante de la Junta Directiva del Sindicato en el cargo principal de Secretario, y por tal razón, al momento de la desvinculación, se encontraba amparado por la garantía del fuero sindical consagrada en el artículo 405 del C.S.T.

### **3.1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.**

Con la expedición de la Resolución No. 127 de fecha 13 mayo de 2015, por la cual se declaró al actor insubsistente en el cargo que desempeñaba, se infringieron los siguientes preceptos: 1) Constitucionales: artículos 2, 6, 13, 25, 29, 39, 43, 47, 53, 121, 123, 125 y 209. 2) Legales: Ley 489 de 1998 en sus artículos 9 y 10, artículos 3, 405 y 406 del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto 1894 del 2012 en su parágrafo 2.

## **3.2. CONTESTACIÓN**

### **3.2.1. DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS<sup>3</sup>**

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda arguyendo que la decisión tomada por la Contraloría Distrital de Cartagena de

---

<sup>3</sup> Fl. 67-73

Cartagena de Indias, en el caso de la insubsistencia en el cargo del demandante, fue ajustada a derecho y en respeto de la legalidad.

Alega que, se puede presumir que el demandante hizo parte de la planta de personal de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, órgano de control que, a pesar de no tener personería jurídica, si goza de autonomía administrativa, presupuestal y financiera, tal como se desprende del contenido de las Leyes 42 y 106 de 1993. Por lo tanto, todos los actos relacionados con manejo de personal son de su competencia exclusiva, y en ese caso, debe ser convocada al proceso por medio de su representante legal que lo es, el Contralor Distrital, pues de lo contrario, se estaría violando el derecho de defensa y generando una nulidad constitucional insaneable.

Por otra parte, concluye que en la demanda ha operado el fenómeno de la caducidad, teniendo en cuenta que la misma fue presentada posterior a los 4 meses de la expedición del acto acusado.

### **3.2.2. CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA (Vinculado)<sup>4</sup>**

La entidad vinculada se opuso a las pretensiones de la demanda, haciendo un recuento conceptual y legal sobre el empleo de libre nombramiento y remoción, la provisionalidad en cargos de carrera administrativa, los concursos de méritos y sus convocatorias, el papel de la Comisión Nacional de Servicio Civil y el fuero sindical del empleado.

Respecto al caso particular, alega que los fundamentos fácticos se enmarcan sobre las situaciones objetivas establecidas por la Ley, donde no es necesario la previa autorización de un Juez laboral para proceder al retiro del empleado, en el sentido de que fue proferida una lista de elegibles del concurso de méritos desarrollado por la CNSC, y así mismo quedó plasmado en la parte motiva de la enjuiciada Resolución 122 de 13 de mayo de 2015.

### **3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>5</sup>.**

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia oral de fecha 14 de junio de 2018, negó las pretensiones de la demanda. Concluyó el Juez que el acto acusado se encontraba debidamente motivado, sin que el actor allegara al expediente pruebas suficientes que permitieran determinar que las razones en él señaladas sean falsas.

---

<sup>4</sup> Fl. 93-241

<sup>5</sup> Fl. 249-251

A su vez, se tuvieron en cuenta aspectos como la naturaleza del cargo y el carácter de la vinculación, criterios que en efecto fueron analizados dentro de la resolución de la insubsistencia, ya que la vacancia transitoria se había extinguido y el cargo ocupado se determinó como uno de carrera administrativa.

Finalmente, sobre el particular de que el señor Ariel González Cardales podría beneficiarse de la estabilidad laboral reforzada a causa de un fuero sindical, el A quo desvirtuó la afirmación, basado en el hecho de que la lista de elegibles que fue enviada por la Comisión Nacional del Servicio Civil ya se encontraba vigente para proveer el cargo en propiedad y extinguir la provisionalidad.

### **3.4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>6</sup>.**

El apoderado de la parte demandante, inconforme con la decisión proferida en la audiencia inicial con lectura de fallo, sustentó el recurso de alzada contra la sentencia de 14 de junio de 2018, insistiendo nuevamente en la falsa motivación del acto de retiro del demandante.

Reitera los hechos de la demanda, y solicita que sea tenido en cuenta el fuero sindical que protegía al demandante, argumentando que la susodicha lista de elegibles No. 1568 proferida por la CNSC no había llegado a Cartagena al momento que le fue notificada la resolución de insubsistencia al demandante y que la competencia del director administrativo y financiero de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias para dictar el acto administrativo, se limitaba a la facultad de nominador, más no a la de remover cargos.

### **3.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

El recurso de apelación se admitió mediante auto del 13 de febrero de 2019. En esa misma providencia - previa ejecutoria de la decisión relacionada con la admisión del recurso -, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para rendir concepto de fondo (fl. 267 C/2).

### **3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA<sup>7</sup>**

---

<sup>6</sup> Fl. 249-251

<sup>7</sup> Fl. 270-276 C/2

La parte demandada, Distrito de Cartagena de Indias, señaló en sus alegatos que en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, el obligado a cumplir la orden sería la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, pues a pesar de no gozar de personería jurídica, si tiene autonomía administrativa y presupuestal.

Argumenta que, teniendo en cuenta las pruebas documentales, en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción. Por otro lado, respecto a la declaratoria de la insubsistencia, se dio respetando los lineamientos de la Ley 909 de 2004 y Ley 960 de 2005, ya que se surtió un proceso orientado a suplir las vacantes definitivas en la planta de personal de la Contraloría. Que frente a esta situación, no le asiste razón al demandante en fundamentar su inconformidad con el tema del fuero sindical, toda vez que el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005, señala que no se requiere autorización judicial previa para retirar del servicio a los empleados en provisionalidad amparados por fuero sindical como en el presente caso concreto.

Por último, citando la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia C-643 de 23 de agosto de 2012, si es cuestión de darle cumplimiento a las obligaciones derivadas de un fallo favorable, la orden debe recaer sobre la entidad nominadora, que para el caso es la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias.

#### **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales de la primera instancia se ejerció control de legalidad de estas.

Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procederá a dictar la respectiva sentencia.

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **1. Competencia**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que

los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

## **2. PROBLEMA JURÍDICO**

De acuerdo con los fundamentos expuestos en el recurso de apelación, la Sala propone abordar los siguientes planteamientos:

General: ¿Se debe revocar o no la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda?

Específicos:

- ¿Se debe declarar la nulidad de la resolución por medio de la cual se ordenó la desvinculación del señor Ariel González Cardales del cargo que venía desempeñando en provisionalidad, por estar amparado bajo el fuero sindical?
- ¿Es competente esta Jurisdicción contenciosa para conocer y resolver asuntos sobre reintegro de empleados aforados sindicalmente y nombrados en provisionalidad?

En caso de resultar procedente la declaratoria de nulidad del acto de desvinculación, corresponderá determinar ¿Cuáles son los efectos de la nulidad del acto de retiro de un funcionario aforado sindicalmente y vinculado en provisionalidad?

## **3. TESIS**

La Sala considerará como tesis, que se debe confirmar la sentencia apelada, bajo el entendido de que el acto demandado está debidamente motivado.

En atención al fuero sindical, si bien, este es un derecho elevado al rango constitucional, que protege la estabilidad laboral, esta no es la prerrogativa principal del derecho de asociación, encontrándose la situación fáctica del demandante como una de las excepciones que legalmente son permitidas para separar del cargo a un aforado en provisionalidad.

Por último, en el evento hipotético de proceder el reintegro del demandante, su discusión no es competencia de esta jurisdicción contenciosa, en virtud de la Ley 712 de 2001 que reforma el Código procesal del trabajo, en sus artículos<sup>8</sup> 2 y 6.

#### **4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

##### **5.4.1 Régimen de carrera administrativa - Regulación de los empleos provisionales nombrados en cargos de carrera administrativa.**

De acuerdo con la Constitución Política de 1991, el sistema de mérito constituye la forma general de provisión de los empleos públicos del Estado, el mismo, tiene por finalidad dar primacía al criterio meritocrático como mecanismo para consolidar los derechos de los ciudadanos relacionados con el acceso y desempeño de cargos públicos, al derecho a la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

El anterior principio, se encuentra consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, que establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de aquellos que se dan por elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Conforme con el artículo 130, de la Constitución Política, el régimen general de carrera administrativa es responsabilidad de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en cuanto su administración y vigilancia. En virtud de la norma anterior, se expidió 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", y cuyo objeto es "la regulación del sistema de

---

<sup>8</sup> **ARTÍCULO 2º.** El artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social quedará así: "ARTICULO 2º. Competencia general. La jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:  
(...) 2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral.

**ARTÍCULO 6º.** El artículo 8º del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social quedará así:

"ARTICULO 8º. Competencia en los procesos contra los departamentos. En los procesos que se sigan contra un departamento será competente el juez laboral del circuito del último lugar donde se haya prestado el servicio, dentro del respectivo departamento o el de su capital, a elección del demandante, cualquiera que sea su cuantía.

En los lugares donde no haya juez laboral del circuito conocerá de estos juicios el respectivo juez del circuito en lo civil."

*empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública”.*

En lo que se refiere al sistema de provisión de cargos con vacancia temporal o permanente, la norma en cita establece:

*ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.*

*Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.*

*Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.”*

El artículo 27 de la Ley 909 de 2004, definió la carrera administrativa como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna. Por otra parte, la misma ley determina que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos a los que se le asignan funciones de dirección, conducción y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

Al respecto ha señalado la Corte Constitucional-SU 556 de 2014-, que entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia, que es el nombramiento en provisionalidad, por medio del cual se pretende suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto

mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.

De acuerdo con la jurisprudencia, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe *“atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo”*.

#### **5.4.2. Del fuero sindical de los trabajadores en provisionalidad**

El derecho de asociación reviste de un rango constitucional, y entre las razones de su efectividad se encuentra el evitar que los empleadores por su posición de mando y poder, puedan desmejorar las condiciones de los trabajadores, a través de traslados o despidos injustos.

No obstante, la garantía del fuero sindical no protege incesantemente la estabilidad laboral, en esto ha sido enfática la Corte Constitucional<sup>10</sup> en reiterada Jurisprudencia:

(...) Ahora, si bien a través de la garantía del fuero sindical se busca proteger la permanencia del trabajador en el período inicial de la constitución del sindicato, su finalidad no es otra que la de establecer mecanismos para amparar el derecho de asociación, elevado a rango constitucional por el Constituyente de 1991. Así lo ha entendido la doctrina constitucional, que sobre el asunto en cuestión ha expresado que: “el fuero sindical en la medida en que representa una figura constitucional para amparar el derecho de asociación, **es un meca-**

---

<sup>9</sup> C-279 de 2007.

<sup>10</sup> C-1119/05

**nismo establecido primariamente a favor del sindicato, y sólo secundariamente para proteger la estabilidad laboral** de los representantes de los trabajadores. O, por decirlo de otra manera, la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos" (...) (negritas de la Sala)

Para el caso preciso que nos ocupa, el fuero sindical en empleados vinculados en provisionalidad, no convierte en inamovilidad absoluta la garantía de la estabilidad laboral que lleva consigo, pues bien, lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C-1119 de 2005, que declaró exequible el artículo 24 del Decreto-ley 760 de 2005 *"Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones"* así:

**(...) El retiro del servicio de servidores públicos amparados con la garantía del fuero sindical, que desempeñan el cargo en provisionalidad no requiere autorización judicial. Conexidad entre el retiro del servicio en esas condiciones y la provisión de empleos mediante concurso público de méritos, como asunto propio de la Comisión Nacional del Servicio Civil.**

Aparentemente de los cargos planteados en la demanda se podría deducir la presencia de un conflicto entre dos normas de rango constitucional: por un lado, el reconocimiento constitucional de la garantía foral a los representantes sindicales; y, por el otro, el cumplimiento del mandato constitucional de que todos los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, como regla general. No obstante, no existe tal conflicto, pues se trata de derechos constitucionales plenamente diferenciados y diferenciables.

Como se ha señalado en esta sentencia, la garantía del fuero sindical elevada a rango constitucional por el Constituyente de 1991 (CP. art. 39), ha sido instituida para amparar el derecho de asociación. Se trata de un mecanismo que ha sido establecido primariamente a favor del sindicato, y de manera secundaria para amparar el derecho a la estabilidad laboral de los representantes sindicales, a fin de que con el retiro injustificado de los mismos no se afecte la acción de los sindicatos por reducción del número mínimo establecido por la ley para su constitución. Se trata entonces, como bien lo afirma la Vista Fiscal, de una garantía constitucional que surge con posterioridad a las relaciones individuales de trabajo y, por ende, a la naturaleza misma de los

cargos o contratos laborales, circunstancia esta que define la aplicación de la garantía foral en los eventos de un despido unilateral por parte del empleador.

(...) **El nombramiento de cargos en provisionalidad se caracteriza por su temporalidad o transitoriedad, hasta tanto puedan ser provistos en propiedad con quienes hayan superado el proceso de selección.** Es decir, se trata de un vínculo destinado a desaparecer una vez se cumplan las situaciones objetivas que permiten al nominador llenar las vacantes transitorias con quienes hayan superado el concurso en estricto orden de méritos. Con ello, se da cumplimiento a las finalidades de la carrera administrativa, esto es, garantizar el ingreso y permanencia al servicio público de las personas más calificadas para desempeñar la función que se les asigna, atendiendo para ello los principios que la orientan, como el mérito y la igualdad de oportunidades. (...) (negritas de la Sala)

(...) Siendo ello así, en el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa cuya competencia es del resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes (CP. art. 125).

**Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de**

suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos. Así las cosas, en las circunstancias previstas por el artículo 24 del Decreto-ley 760 de 2005 la desvinculación del trabajador se da por mandato constitucional y legal y no por despido o decisión unilateral del nominador. (...) (negrillas de la Sala)

#### **5.4.3. La falta de competencia de la Jurisdicción contenciosa para dirimir asuntos de fuero sindical.**

En cuanto al tema de la competencia, la Sentencia 1232 de 2005 de la Corte Constitucional, reafirma lo que la Ley 712 de 2001 ordenó en sus artículos acerca de la competencia del Juez laboral, esto es:

*“El empleador que no respeta el fuero sindical como lo establece el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, el retiro, desmejora o traslado del trabajador aforado será ilegal, procediendo entonces la acción de reintegro, a través de un proceso especial. De la obtención del permiso cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral, conoce la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y seguridad social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. Por tanto, a la jurisdicción ordinaria laboral corresponde conocer de los conflictos de reintegro por fuero sindical de los empleados públicos, a través de los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Laboral.”*

Si bien es cierto, uno de los cargos a observar en esta providencia, sea el asunto del fuero sindical del demandante, que claramente le corresponde a la Jurisdicción ordinaria laboral resolver, el tema que nos ocupa a la Jurisdicción Contenciosa será únicamente el estudio de la presunta nulidad del acto administrativo por otros motivos, como la falsa motivación, en el evento de que prosperen las pretensiones del demandante.

#### **5.4.4. De la falsa motivación**

Con el fin de proferir válidamente un acto administrativo, resulta necesario que existan unos presupuestos fácticos –motivos– reales, que sirvan de soporte a la actuación administrativa y, adicionalmente, también se hace necesario relacionar tales hechos, debidamente establecidos y acreditados, con el ordenamiento jurídico, de modo que resulte posible constatar si los

realmente demostrados y apreciados, son aquellos elementos fácticos que contemple o exige la norma para que se puedan desencadenar los efectos jurídicos previstos en ella misma.

En el caso del sistema jurídico colombiano, el control de legalidad de una decisión administrativa por sus hechos determinantes, por sus presupuestos fácticos o por sus motivos, encuentra fundamento legal, a través de la inclusión de la causal de invalidación de los actos administrativos consistente en la "falsa motivación" en la cual se han entendido comprendidos tanto los vicios afectantes de la *motivación* como los yerros o deficiencias en los *motivos* de la decisión. Así lo ha expresado el Consejo de Estado al sostener que *"la falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable"*<sup>11</sup>.

En realidad, con fundamento en la causal de anulación del acto administrativo denominada "*falsa motivación*" resulta posible la formulación de cargos en contra de la decisión cuya legalidad se censura tanto por adolecer de deficiencias en la *motivación* en cuanto formalidad que debe acompañar, por regla general<sup>12</sup>, las decisiones de la Administración y que consiste en la explicitación, dentro del cuerpo de la misma –los usualmente denominados "*considerandos*" incluidos en la parte motiva o considerativa de la decisión–, de los fundamentos fácticos y jurídicos que explican la parte resolutive del acto, como también por razón de vicios radicados en los *motivos* o *presupuestos fácticos* o *hechos determinantes* de la decisión –la realidad fáctica que la sustenta y cuya existencia debe constatar y valorar la Administración *antes* de proferir el acto–, los cuales pueden consistir ora en que

---

<sup>11</sup> Y añade la misma sentencia que *"del examen de los actos acusados concluye la Sala que los elementos antes mencionados se cumplen ya que la falta que se imputó se encontraba determinada en la ley, se recaudaron las pruebas que permitieron establecer la existencia de los hechos imputados, se efectuó el análisis de valoración de cada una de las pruebas y se plantearon razones que permitieron establecer que el actor incurrió en la conducta imputada"*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 20 de marzo de 1997; Consejera ponente: Clara Forero de Castro; Radicación: 10022.

<sup>12</sup> La exigencia de motivación como elemento de validez de todos los actos administrativos –salvo que exista norma legal especial que expresamente exima a la Administración de que determinado acto venga acompañado del mencionado requisito– se torna más perentoria aún de conformidad con lo normado en el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011, disposición que prevé: *"Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada"*.

tales motivos resultan inexistentes o inexactos, ora en que su calificación o valoración jurídica se advierte desacertada.

Así las cosas, al invocar como vicio atribuible a un acto administrativo la *falsa motivación*, resulta posible atacarlo por **(i)** inexistencia o inexactitud de *motivos* o presupuestos fácticos; **(ii)** por la errada o desacertada valoración o calificación jurídica de tales *motivos* o hechos determinantes; **(iii)** por inexistencia de *motivación* –“*considerandos*”, en los cuales su incorporación y exposición formal resultan legalmente obligatorias o **(iv)** por *falsa motivación* “*stricto sensu*”, esto es yerros, inexactitudes o imprecisiones en la parte motiva del pronunciamiento administrativo.

## **5.5. CASO CONCRETO**

### **5.5.1. Hechos probados**

**5.5.1.1.** Por medio de la Resolución No. 127 de 13 de mayo de 2015, el Director Administrativo y Financiero de la Contraloría Distrital, en uso de sus facultades legales, declaró insubsistente al señor Ariel González Cardales, del cargo de Técnico Administrativo código 367, grado 11 de la planta global de cargos de la gobernación de Bolívar (fl. 18-19)

**5.5.1.2.** Las consideraciones expuestas en el acto de desvinculación, fueron entre algunas, las siguientes (fl. 18-19):

*“(…) En desarrollo de las anteriores atribuciones constitucionales y legales, la CNSC mediante Acuerdo 465 del 2 de octubre de 2013, convocó a concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas de los empleos de carrera administrativa pertenecientes a LA CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, identificada como la convocatoria No. 288 de 2013 Que en tal virtud se ofertó el empleo denominado TÉCNICO ADMINISTRATIVO código 367 grado 11 de LA CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, ofertado a través de la convocatoria No. 288 de 2013, bajo el número 203431.*

*El artículo 41 del Acuerdo No. 465 de 2013, establece que le corresponde a la Comisión consolidar los resultados publicados debidamente ponderados por el valor de cada prueba dentro del total del concurso abierto de méritos y conformar, en estricto orden de mérito, la lista de elegibles para proveer las vacantes definitivas de los empleos objeto de la convocatoria.*

*Que agotadas las etapas del proceso de selección y con base en los resultados suministrados por la Universidad de Medellín, quien en cumplimiento del contrato de prestación de servicios No. 054 de 2014, suscrito con la CNSC, construyó, aplicó, calificó y dio respuesta a las reclamaciones presentadas contra los resultados publicados de las pruebas descritas en la Convocatoria No. 288 de 2013, es pertinente conformar y adoptar la lista de elegibles para el empleo denominado TÉCNICO ADMINISTRATIVO código 367 grado 11 de la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, ofertado a través de la convocatoria No. 288 de 2013, bajo el número 203431.*

*Que la Comisión nacional de servicio civil “CNSC”, envió la Resolución No. 1578 del 14 de abril de 2015, “por la cual se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer tres (3) vacantes del empleo de carrera administrativa denominado TÉCNICO ADMINISTRATIVO código 367 grado 11 de la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS ofertado a través de la convocatoria No. 288 de 2013, bajo el número 203431 (que hace parte integral de la presente resolución).*

*Que pasados los cinco (5) días de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005 y mediante Acto administrativo No. 9964 del 4 de mayo de 2015, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, deja en firme la lista de elegibles de la Resolución No. 1577 del 14 de abril de 2015.*

*Que en virtud de dichos mandatos normativos y no existiendo en cabeza de los actuales nombramientos en provisionalidad ninguna de las causales establecidas en el parágrafo 2º del Decreto 1894 de 2012, definidas por la CNSC mediante oficio 3773 de 18 de febrero de 2015 es procedente declarar la insubsistencia de los mismos (...).”*

**5.5.1.3.** Se encuentra en el expediente, copia del oficio T.H. 431 de fecha 19 de mayo de 2015, mediante el cual se le comunicó al señor Ariel González Cardales, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en provisionalidad en el cargo que ocupaba. (fl. 17).

**5.5.1.4.** En el folio 21 del expediente reposa constancia del Ministerio del Trabajo sobre los cambios de junta directiva, subdirectiva o comité seccional de una organización judicial, para el caso la denominada “SECODICAR”, adiada el 31 de octubre de 2012, de donde se extrae que el demandante

era miembro activo de la junta directiva, en la cual se desempeñaba como Secretario.

**5.5.1.5.** En los folios 110 a 207, se encuentran copia del expediente de hoja de vida del demandante, allegado por la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias. En folio 175 obra el acta de posesión No. 150 de fecha primero (01) de julio de 2010.

**5.5.1.6.** Consta copia de la constancia de conciliación extrajudicial expedida por la Procuraduría 65 Judicial I, de fecha 15 de septiembre de 2015 (fls. 22-23).

### **5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico**

En el presente caso procura el demandante que se declare la nulidad de la resolución por medio de la cual fue desvinculado del cargo que venía desempeñando en provisionalidad, teniendo en cuenta que el señor ARIEL GONZÁLEZ CARDALES era miembro activo del sindicato SECODICAR al momento de ser separado de su cargo, por lo cual alega la ilegalidad del acto acusado basado en el hecho de no haberse tenido en cuenta su condición de aforado sindical y así mismo, ser declarado insubsistente sin una orden judicial previa.

Consideró el accionante que los motivos expuestos en el acto demandado no fueron ajustados a la Ley, que dicho acto se expidió con violación del debido proceso porque la declaratoria de insubsistencia soslayó la calidad de aforado sindical del demandante.

El Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el acto acusado se encontraba debidamente motivado, toda vez que la decisión fue tomada por haber desaparecido la causa generadora de la vacancia transitoria del empleo que el demandante ocupaba en provisionalidad, esto en cumplimiento de la lista de elegibles vigente luego de finalizado el concurso público de méritos.

Hecha esta sinopsis, se debe precisar que, conforme lo probado en el proceso, se tiene que el demandante se encontraba en un inicio, nombrado en provisionalidad en el cargo de Técnico Administrativo código 367, grado

11 de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, mediante Acta de Posesión No. 150 de primero (1) de julio de 2010<sup>13</sup>.

Posteriormente, mediante Resolución No. 127 de 13 de mayo de 2015 fue declarado insubsistente el señor Ariel González Cardales del cargo que ocupaba en provisionalidad, denominado Técnico Administrativo código 367 grado 11, de la planta global de cargos de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias.

Del contenido de dicha resolución, se extrae que se encontraba en firme la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 1578 del 14 de abril de 2015, que quedó en firme mediante acto administrativo No. 9964 de 4 de mayo de 2015, esto para proveer los nombramientos en propiedad de los cargos en vacancia definitiva dentro de la entidad, producto del concurso de méritos realizado por la Comisión Nacional de Servicio Civil.

Entonces, queda en evidencia que la razón primordial del acto de desvincular al señor González Cardales, a través del Acto acusado, encuentra su raíz en la necesidad de nombrar en propiedad a quien por concurso de méritos obtuvo el derecho a ocupar el cargo en mención, para el caso particular, las tres vacantes

En el referido acto de desvinculación, se hace alusión al mandato legal en referencia a la Ley 909 de 2004, teniendo en cuenta que los empleos de carrera administrativa se deben proveer por el sistema de méritos. Es decir, se hace alusión al concurso público de empleos que, en aras de premiar el mérito, ofertó el cargo de Técnico Administrativo código 367 grado 11, obteniendo el primer puesto una persona que ya se encontraba a la espera de su nombramiento de la lista de elegibles vigente a la época, motivo o razón para declarar insubsistente el nombramiento de quien ocupaba el cargo en provisionalidad.

Sobre el particular, a juicio de la Sala, las razones o motivos que se exponen en el acto concuerdan con las pruebas que constan en el expediente. Por lo cual, es posible afirmar que el acto acusado, en efecto si se encontró con la debida motivación, y que la presunta falsa motivación alegada por el demandante, es un cargo a descartar.

---

<sup>13</sup> Fls. 175

En otras palabras, a juicio de la Sala, le asiste razón a la parte demandada al considerar que la insubsistencia del actor se realizó en legalidad, al no ser indispensable la previa autorización de un Juez para su consecución, pues debido a la extinción de la causa de la vacancia transitoria del empleo público, simplemente es necesario el nombramiento en propiedad para terminar la provisionalidad.

Desde luego, el demandante no puede sobreponer sus pretensiones al derecho que, por mérito, logró otra persona para ser nombrada en propiedad, no podría entonces menoscabarse la garantía de la que goza quien logró superar frente a los demás participantes, cada una de las pruebas del curso. Es entonces el nombramiento en propiedad, la motivación principal que se encuentra plasmada en el decreto de la insubsistencia. De haber existido una irregularidad como alega el demandante, no se evidenció prueba siquiera sumaria dentro del plenario para poder constatar tal alegación.

En ese orden, se concluye que, el móvil de la decisión adoptada por la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, fue el cumplimiento de la lista de elegibles vigente a la época de los hechos, para proveer en propiedad las 3 vacantes ofertadas del empleo de carrera administrativa denominado Técnico Administrativo código 367 grado 11.

### **5.5.2.1 Del fuero sindical en la provisionalidad**

Con relación al tema del fuero sindical, le corresponde a esta Sala señalar que se configura la falta de competencia, pues de pretender un reintegro el demandante aludiendo al fuero sindical que poseía, la competencia reside en la Jurisdicción ordinaria laboral como lo ordena la Ley 712 de 2001.

La posible inseguridad en la competencia, ha sido aclarada por la Corte Constitucional en varias providencias acorde al asunto, podemos resaltar algunos pronunciamientos que sustentan esta tesis:

Sentencia T-1334-01:

*(...) “De conformidad con lo anterior, es de la esencia del fuero sindical, el que ningún trabajador (sea particular o **servidor público**) amparado por dicha garantía puede ser despedido, ni desmejorado, ni trasladado sin que previamente se haya procedido a levantar el fuero sindical mediante la solicitud que al efecto debe elevar el empleador*

ante el **juez del trabajo**, con la finalidad exclusiva de que este proceda a calificar la existencia de justa causa para el despido, desmejoramiento o traslado. De no ser así, la garantía del fuero sindical resultaría nugatoria para este tipo de trabajadores, situación que conllevaría la vulneración de los derechos fundamentales de asociación, libertad sindical y fuero sindical dado que este último no es cosa distinta a un derecho derivado de aquellos, todos consagrados constitucionalmente (...) (negritas de la Sala).

Sentencia C-1232/05:

(...) “En la exposición de motivos del Proyecto No. 33 de 1995 - Senado, por el cual se modifica el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y se dictan normas sobre competencia laboral, se expresa justamente que el Proyecto se presenta teniendo como base el artículo 229 constitucional, que se refiere a la garantía del derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ponencia menciona: “Pese al cambio dado en la Constitución Política la práctica ha demostrado que para los directivos sindicales que tienen un status de empleados públicos el fuero que se les brindó quedó en el aire”. Seguido y **respecto a la competencia para conocer de los procesos de fuero sindical para los empleados públicos**, agrega: “Cuando han ocurrido diferencias motivadas por su desvinculación del cargo que desempeñan los jueces laborales se han inhibido de dictar las sentencias respectivas por considerar que su vinculación depende de una situación legal y reglamentaria”. Continúa la exposición. “Para remediar esta anormal situación **corresponde al Congreso de la República aprobar el cambio pertinente en el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo que otorgue con suficiente claridad a los jueces laborales la competencia para decidir sobre el fuero sindical de los empleados públicos**” (negritas de la Sala)

Texto de la Ley que reformó el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo, quedando así:

De conformidad con el artículo 1º de la Ley 712 de 2001, que modifica el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, compete a la jurisdicción laboral ordinaria la competencia para conocer los asuntos relativos al fuero sindical, “**cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral**”

Conforme a lo expuesto anteriormente, de pretender el demandante un proceso de reintegro por fuero sindical, tendría que acudir entonces al Juez ordinario laboral, pues solo es competencia de la Jurisdicción Contenciosa analizar la legalidad del acto acusado. No obstante, como uno de los lineamientos del acto, precisamente fue la inutilidad de una orden judicial para declarar la insubsistencia en el caso concreto, esta Sala aprueba dicho razonamiento basado en la excepción que por Ley opera en casos particulares como el presente.

Consecuentemente, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, de fecha 14 de junio de 2018, dentro de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### **5.7. Costas**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*, hoy Código General del Proceso- CGP.

No obstante lo anterior, se abstendrá la Sala de condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, pese a que le fue desfavorable el recurso de apelación, atendiendo que sobre el asunto objeto de discusión no había claridad, a pesar de los pronunciamientos realizados vía jurisprudencial, y el caso ameritaba pronunciamiento y definición judicial.

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

## **VI.- FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda formulada por el señor Ariel González Cardales.

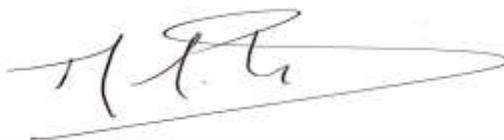
**SEGUNDO:** Sin condena en costas a la parte vencida en el proceso.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, devolver el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

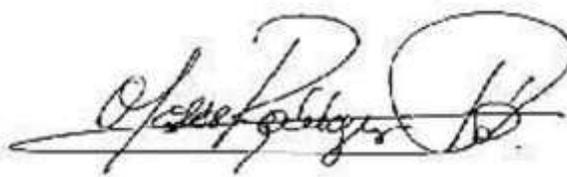
**LOS MAGISTRADOS**



**DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN**



**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**



**MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ**  
Magistrado

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2016-00007-01
Demandante	ARIEL GONZÁLEZ CARDALES
Demandado	DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
Magistrado Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN