

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiséis (26) de febrero 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>	13-001-33-31-012-2012-00032-01
<b>Demandante</b>	JESÚS MARÍA MARRUGO GUARDO
<b>Demandado</b>	COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL/ DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
<b>TEMA</b>	Insubsistencia empleado nombrado en provisionalidad
<b>Magistrado Ponente</b>	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

**II.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de fecha 15 de junio de 2018 proferida por el Juzgado Noveno 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:** Que se declare nulo el Decreto No. 469 de fecha julio 11 de 2011, por el cual se declaró al actor insubsistente en el cargo de Auxiliar, código 565, grado 05, asignado a la Unidad de Tesorería de la Secretaría de Hacienda, adscrito a la Secretaría del Talento Humano de la Gobernación de Bolívar; cargo que venía desempeñando el demandante en provisionalidad.

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

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

**SEGUNDA:** Que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene al señor Gobernador de Bolívar, reintegrarlo al cargo que venía desempeñando, u otro empleo de superior categoría, de funciones y requisitos afines para su ejercicio, con retroactividad al día 11 de julio de 2011, fecha de la insubsistencia.

**TERCERA:** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la demandada GOBERNACIÓN DE BOLIVAR, a reconocer y pagar todas las sumas de dinero correspondientes a los salarios y demás derechos y prestaciones laborales dejados de percibir, inherentes a su cargo, con efectividad a la fecha de la insubsistencia, hasta cuando sea reincorporado efectivamente al servicio, incluyendo las cotizaciones al Sistema General de la Seguridad Social.

**CUARTA:** Que se condene a las demandadas a indemnizar al demandante por los perjuicios materiales producidos por las acciones y omisiones de la demandada constituidos en el pago de los honorarios cancelados al abogado apoderado en la presente acción de nulidad y restablecimiento.

**QUINTA:** Se condene igualmente a las demandadas a cancelar al demandante por concepto de perjuicios materiales producidos por las acciones u omisiones de la demandada, constituidos en el pago de honorarios cancelados al abogado apoderado para la elaboración y presentación de unas acciones de tutela, por la violación del derecho fundamental al debido proceso del demandante.

**SEXTA:** Se condene a las demandadas a cancelar al demandante por concepto de perjuicios morales la suma de 100 salarios mínimos legales vigentes con ocasión de los perjuicios morales que se materializan en la angustia y zozobra del demandante y su familia por la pérdida injustificada de su empleo.

**SÉPTIMA:** Se condene a las demandadas al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, y la correspondiente indexación sobre sumas que resulte adeudar al demandante desde la fecha que las mismas se hicieron exigibles y hasta cuando ellas sean canceladas en su totalidad.

Con fundamento en los términos 171 y 172 del Código Contencioso Administrativo, modificados por los artículos 55 y siguientes de la ley 446 de 1998,

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

solicitó se condene a la entidad demandada al pago de las costas procesales, en los términos del C.P.C.

**OCTAVA:** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, las demandadas sean condenadas al pago de costas y gastos del proceso, con inclusión de las agencias en derecho honorarios, en caso de oponerse a la demanda, y que además se cumpla la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

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

En primer lugar, se menciona que el demandante fue nombrado en el cargo de Auxiliar, Código 565 Grado 05, asignado a la Unidad de Tesorería de la Secretaría de Hacienda, adscrito a la Secretaría del Talento Humano, a través del Decreto 68 del 22 de enero de 2004, expedido por la Gobernación de Bolívar, aclarado mediante Decreto No. 87 del 27 de enero de 2004, tomando posesión del mismo el día 29 de enero de 2004, prestando sus servicios al Departamento de Bolívar ininterrumpidamente desde el 29 de enero de 2004 hasta el 11 de julio de 2011, estando en distintos cargos durante ese tiempo.

A través de Decreto 469 del 11 de julio de 2011 se finalizó el nombramiento provisional del actor, acto que le fue notificado el día 11 de julio de 2011, fecha para la cual, aduce, se encontraba bajo el amparo de un fuero sindical al ser miembro activo de la Junta Directiva del SINTRAOFIPUBOL ocupando el cargo de suplente del Tesorero, sin embargo, fue retirado del servicio sin el correspondiente permiso judicial, tal y como lo establece el Artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo.

Advierte que, se le vulneró su derecho al debido proceso, consagrado en el Artículo 29 superior, toda vez que cuando se expidió el decreto de la insubstancia, la notificación de información tiene la fecha 11 de julio de 2011, empero, no se tuvo en cuenta que para esa fecha el demandante se encontraba disfrutando de sus vacaciones, las cuales fueron autorizadas mediante Resolución No.0168 del 7 de junio de 2011.

También narra el demandante, que en la convocatoria No. 001 de 2005, organizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, participó para aspirar al cargo en el que se encontraba nombrado en provisionalidad, (técnico

---

<sup>2</sup> Fl. 3-9.

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

Operativo Código 314 Grado 22 de la Planta Global de cargos de la Gobernación de Bolívar).

Consecuentemente, la Comisión Nacional del Servicio Civil, profirió la Resolución No. 268 del 3 de junio de 2011, que conformaba la lista de elegibles para proveer empleos de carrera del mencionado concurso.

Como consecuencia de la expedición del acto Legislativo No. 001 de 2008, se suspendió la oferta de cargos públicos de funcionarios provisionales vinculados con anterioridad a la expedición de la Ley 909 de 2004, por su vocación de beneficiarios.

Añade que, en torno al fallo de la Corte Constitucional, respecto a la inexecutablez del acto Legislativo, la Procuraduría General de la Nación presentó la Circular 074 de 2009, concerniente a plantear las directrices a tener en cuenta para las demás entidades de Estado, con el fin de reportar los cargos beneficiarios del Acto Legislativo 01 de 2008, el cual debía realizarlo en este caso la Gobernación de Bolívar, pues el acceso a la plataforma de la CNSC era administrado por funcionarios de dicha entidad.

El demandante aduce que debido a una serie de irregularidades presentadas al interior del proceso de selección para la conformación de la lista de elegibles para proveer empleos de carrera de la Gobernación de Bolívar, fueron vulnerados sus derechos fundamentales al Debido Proceso y a la igualdad por no haber primado la inscripción de los funcionarios que a la fecha se encontraban ocupando los cargos del Departamento, siendo estos beneficiarios del Acto Legislativo No. 01 de 2008, en la oferta pública de empleos OPEC.

Así mismo, invoca que con respecto al Acto Legislativo No. 4 del 7 de julio de 2011, añadió un artículo de carácter transitorio a la Constitución Política, esto es, el beneficio de favorecer a los empleados provisionales con más de cinco (5) años de experiencia, circunstancia en la que se ubica el demandante.

Por último, menciona que tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como el Departamento de Bolívar tenían el deber de equiparar las pruebas de conocimiento por la experiencia de cinco años, a 31 de diciembre de 2010 y de esta manera, evaluar los estudios y demás componentes exigidos para el empleo en concurso, contrario a esto, fueron soslayados a la hora de conformar la lista de elegibles, siendo esta la razón principal por la cual el demandante siente vulnerado sus derechos constitucionales.

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

Con la expedición del Decreto No. 469 de fecha julio 11 de 2011, por el cual se declaró al actor insubsistente en el cargo de Auxiliar, código 565, grado 05, asignado a la Unidad de Tesorería de la Secretaría de Hacienda, adscrito a la Secretaría del Talento Humano de la Gobernación de Bolívar, acusado en este libelo, se infringieron los siguientes preceptos: 1) Constitucionales: artículos 25, 29, 38, 53 y 125) Legales: artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo.

### **3.2. CONTESTACIÓN**

#### **3.2.1. DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda arguyendo que la decisión tomada por el Departamento en el caso de la insubsistencia en el cargo del demandante, fue ajustada a derecho y en respeto de la legalidad. Alega que, bajo el amparo del Decreto Ley 760 de 2005 y con la lista de elegibles en vigencia, no hubo razón para mediar autorización judicial en el caso del retiro del demandante, a pesar de ser un aforado sindical.

Con respecto al tema del fuero sindical, menciona que no es una disposición absoluta, que tiene limitantes como los previstos en el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, y así mismo lo ha dejado expuesto la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, siendo que para el caso de los empleos sometidos a concurso, prima el mérito sobre la provisionalidad, por tal razón es innecesaria la autorización de un Juez en los casos en que se separa al empleado en provisionalidad para nombrar a quien obtiene la propiedad.

El demandante estaba nombrado en provisionalidad para desempeñar un cargo distinto al que fue objeto de concurso ofertado, advertido en el cuerpo de la demanda. Inicialmente se encontraba nombrado en provisionalidad en el cargo de AUXILIAR, Código 565 Grado 05, el cual desempeñó hasta el 21 de febrero de 2005. Luego fue vinculado en el empleo de AUXILIAR código 565 Grado 33, a partir del 22 de febrero de 2005, desempeñado hasta el 28 de febrero de 2005; Posteriormente fue nombrado en provisionalidad por cuatro (4) meses en el empleo de TÉCNICO Código 401 Grado 22, posesionado el día 01 de marzo de 2005, hasta el día 03 de mayo de 2006.

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

Cuenta que desde el día 04 de mayo de 2006, el demandante se incorporó en el empleo de TÉCNICO OPERATIVO, Código 314 Grado 22, el cual desempeñó hasta el 25 de julio de 2011, cargo que se reportó a la CNSC, para integrar la OPEC y para el cual se conformó lista de elegibles con Resolución No. 2681 de junio 03 de 2011.

Insiste el demandado que, para el caso bajo estudio, el decreto de la insubsistencia, fue expedido conforme a la Ley, por tal razón se le comunicaron a la Comisión Nacional del Servicio Civil, las fechas de vinculación de los funcionarios que ejercían cargos en provisionalidad dentro de los cuales se encontraba el de Técnico Operativo, Código 314, Grado 22 del área Financiera Renta, que era el cargo que ejercía el demandante a la fecha de la expedición de la Ley 909 de 2004.

Por otro lado, el Acto Legislativo No. 001 de 2005, al haberse declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-588 de 2009, significó para la Comisión Nacional de Servicio Civil, la expedición de nuevas reglas para la publicación de los cargos por concurso en la OPEC, a través de las resoluciones 074 y 075 de 2009, en la siguiente forma:

*“Grupos 1, empleos provistos con posterioridad al 23 de septiembre de 2004.*

*Grupo 2, empleos provistos entre el 1 de enero de 2000 y 23 de septiembre de 2004 y,*

*Grupo 3, empleos previstos con anterioridad al 31 de diciembre de 2009.*

*Grupo 1-Conformado por los empleos en vacancia definitiva reportados por las entidades con anterioridad al 7 de diciembre de 2009, que no hacen parte del Segundo y Tercer Grupo.*

A su vez este grupo lo dividieron en tres etapas:

- *Etapas 1: empleos provistos con posterioridad al 23 de septiembre de 2004,*
- *Etapas 2, empleos provistos entre el 01 de enero de 2000 y el 23 de septiembre de 2004.*
- *Etapas 3; empleos provistos con anterioridad al 31 de diciembre de 1999.*

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

- *Grupo 2: conformado por los empleos provistos con servidores provisionales y que tenían posibles derechos de Acto Legislativo 001 de 2008 (declarado inexecutable) y que por esta circunstancia no continuaron en el proceso de la Convocatoria 001 de 2005, aun cuando habían superado la prueba básica general de preselección.*
- *Grupo 3. Conformado por los empleos de carrera, ejercidos por servidores en condición de pre pensionados (Decreto 3905 de 2009)”*

El demandado Departamento de Bolívar, insiste en afirmar que sí se realizó el reporte de las fechas para la vinculación de los funcionarios provisionales que ocupaban los cargos sometidos a la OPEC, esto para que los mismos se inscribieran a la carrera administrativa por medio de la CNSC. Indica que conforme al Decreto 65 del 27 de febrero de 2006 y el manual del plan de vacantes en el Decreto No. 443 de agosto de 2006, todo fue reportado y digitalizado en el aplicativo de la página web de la CNSC dentro del plazo estipulado.

Con respecto al beneficio del Acto Legislativo 04 de julio 7 de 2001, el demandado alega que el demandante no aplicaba en razón a que *“la Lista de Elegibles conformada por la CNSC, en el Artículo Primero de la Resolución No. 2681 de junio 03 de 2011, para proveer una (1) vacante del empleo señalado con el No. 9037, ofertada en la Etapa 1 del Grupo I de la Convocatoria 001 de 2005, adquirió firmeza el día 23 de junio de 2011, en virtud de la publicación efectuada ese mismo día en la página web de la CNSC, como quedó consignado en el inciso cuarto de la parte considerativa del Decreto No. 469 de julio 11 de 2011, que declara la insubsistencia del nombramiento provisional del accionante y nombra en periodo de prueba al señor JONAS EDUARDO VASQUEZ BLANCO, quien ocupa el primer puesto en la prenombrada lista de elegibles”*.

### **3.2.2. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**

La CNSC, entre sus argumentos, expone que el demandante fue nombrado mediante Decreto 68 del 22 de enero de 2004 expedido por el Departamento de Bolívar, y aclarado por medio del Decreto No. 87 del 27 de enero del 2004, para desempeñar un cargo asignado a la Unidad de Tesorería de la Secretaría de Hacienda, adscrito a la Secretaría de Talento Humano de la Gobernación de Bolívar, la cual es una entidad pública distinta a la Comisión Nacional del Servicio Civil, inexistiendo cualquier tipo de relación laboral o de alguna otra índole con el demandante.

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

Añade que, la supuesta irregularidad invocada por el demandante, respecto de la no inscripción de los empleos públicos del Departamento de Bolívar beneficiados por el Acto Legislativo No. 01 de 2008, fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional, en la oferta pública de empleos OPEC, como lo dispuso la Circular 074 de 2009, lo cual era responsabilidad exclusiva, para este caso, de la Gobernación de Bolívar, donde el demandante desempeñaba sus funciones, y no de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En lo que se refiere al cumplimiento de la Ley 909 de 2004, la CNSC informa que, en colaboración con la Procuraduría General de la Nación, se expidió la Circular No. 074 de 2009 a través de la cual se solicitó lo siguiente: *“la obligación de los representantes legales de las entidades públicas de reportar la oferta pública de empleos de carrera OPEC (...)”*. De lo anterior, se desprende que la responsabilidad de reportar recaía en el Departamento de Bolívar, teniendo en cuenta que sus empleados tenían el acceso a la plataforma de la CNSC.

En este caso, si existió omisión en el reporte de la oferta pública de empleos, no se le puede endilgar algún perjuicio a la CNSC, pues no era la entidad encargada de realizar dicha tarea. Dicha información era reserva de la Gobernación de Bolívar.

Como conclusión de los argumentos esbozados, la CNSC afirma haberse configurado la falta de legitimación en la causa por pasiva, la carencia actual de objeto para el demandante, y la ausencia de responsabilidad de la CNSC por haber cumplido con las funciones que le correspondían como entidad, pues sus actuaciones siempre fueron ajustadas a derecho, como lo fue *“la conformación de la lista de elegibles para proveer empleos de carrera de la entidad denominada GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR, mediante la convocatoria No. 001 de 2005, lista que fue aprobada por unanimidad por los comisionados, precisamente dentro de la cual se encontraba el señor demandante JESÚS MARÍA MARRUGO GUARDO desempeñando su cargo en provisionalidad”*.

### **3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>3</sup>.**

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 15 de junio de 2018, negó las pretensiones de la demanda.

---

<sup>3</sup> Fl. 267-279.

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

Concluyó la 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. 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.

Advirtió que, respecto al fuero sindical alegado por el actor, no era competencia del Juez contencioso resolver sobre el reintegro de un empleado público, debido a que la competencia para este tipo de litigios, reside en la jurisdicción ordinaria laboral.

En lo que atañe al concurso público para proveer la propiedad del cargo en discusión, tampoco se logró demostrar que el demandante hubiera superado siquiera la prueba básica de preselección del concurso de méritos, por el contrario, la persona que ya se encontraba en lista vigente para ocuparlo ya había sido seleccionada y se encontraba a la espera del nombramiento.

Finalmente, sobre el particular de que el señor Jesús María Marrugo Guardo podría beneficiarse del Acto Legislativo No. 004 de 2011, el A quo desvirtuó la afirmación, basado en el hecho de que la lista de elegibles consignada en la Resolución No. 2681 de 3 de junio de 2011 ya se encontraba vigente para la fecha en que se profirió la mencionada reforma constitucional en dicho Acto Legislativo.

#### **3.4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>.**

El apoderado de la parte demandante, interpuso su recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, alegando que la ausencia de autorización judicial previa de un Juez laboral para declarar la insubsistencia del demandante, vulneró sus derechos.

Insiste en que el demandado Departamento de Bolívar erró al soslayar el fuero sindical del demandante antes de declarar la insubsistencia.

Solicita que sea el Juez de segunda instancia, quien evalúe el asunto que comprende la falta de competencia de la jurisdicción administrativa para

---

<sup>4</sup> Fl. 385-387.

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

pronunciarse respecto al fuero sindical, como lo señaló el A quo en su sentencia, pues reitera que la nulidad del acto se sustenta por no haberse resuelto la situación del aforado justo antes de la separación del cargo.

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

El recurso de apelación se admitió mediante auto del 19 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. 288-289 C-3).

### **3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA**

La demandada, Comisión Nacional de Servicio Civil, a través de su apoderado judicial, presentó los siguientes alegatos de conclusión:

Señala que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, es decir, las pretensiones del demandante no pueden prosperar, pues todas las actuaciones, en el caso de la Comisión Nacional del Servicio Civil, fueron realizadas de conformidad con la Ley. Aclara que, para el caso de la declaratoria de insubsistencia, la Comisión no fue la encargada de proferir el acto acusado.

Además, menciona la falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la Comisión, pues la obligación jurídica reside en la autoridad que profirió el acto, teniendo en cuenta que, en el caso hipotético de concederse el restablecimiento del derecho pretendido, al reintegrarse al demandante e invocar el pago de los emolumentos dejados de percibir, esta obligación le correspondería materializarla únicamente a la entidad nominadora, en este caso, el empleador.

## **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente, se observa que 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**

### **5.1. COMPETENCIA**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 133 del Código 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.

### **5.2. 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 Jesús María Marrugo Guardo 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?

### **5.3. TESIS DE LA SALA**

La Sala considerará como tesis, que se debe confirmar la sentencia apelada, bajo el entendido de que el acto demandado está debidamente motivado, y en atención al tema del fuero sindical, si bien, este es un derecho elevado al rango constitucional que protege en cierto modo la estabilidad

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

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 como bien lo expuso el A-quo en la sentencia aquí recurrida, en virtud de la Ley 712 de 2001 que reforma el Código procesal del trabajo, en sus artículos<sup>5</sup> 2 y 6.

#### **5.4. 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

---

<sup>5</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."

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

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 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

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

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>7</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

<sup>6</sup> C-279 de 2007.

<sup>7</sup> C-1119/05



**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

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 mecanismo 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.*

Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01

(...) **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. (...) (negritas de la Sala)

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

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

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 menester 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

Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01

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>8</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>9</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 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*

---

<sup>8</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>9</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*".

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

"*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 del Decreto No. 469 de 11 de julio de 2011, el Gobernador de Bolívar, en uso de sus facultades legales, declaró insubsistente al señor Jesús María Marrugo Guardo, del cargo de Técnico Operativo código 314, grado 22 de la planta global de cargos de la gobernación de Bolívar (fl. 19-21)

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

*"Que en el artículo primero de la Resolución 2681 de junio 03 de 2011 se conforma lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo señalado con el No. OPEC 9037, cual es TÉCNICO OPERATIVO código 314 grado 22 de la planta global de cargos de la Gobernación de Bolívar adscrita a la Secretaría de Talento Humano, asignado a la Secretaría de Hacienda departamental.*

*Que actualmente el empleo, TÉCNICO OPERATIVO código 314 grado 22 de la planta global de cargos de la Gobernación de Bolívar adscrita a la Secretaría de Hacienda departamental de Bolívar, ofertado en la etapa 1 del grupo 1 de la Convocatoria 001 de 2005, se encuentra provisto mediante nombramiento provisional efectuado a JESÚS MARÍA MARRUGO GUARDO identificado con la C.C. No. 73.554.924, como consta en la información suministrada por el líder de programa (e) de la Unidad de Administración y Desarrollo de Personal de la Secretaría de Talento Humano, Miguel Quezada Amor.*

*Que en virtud de lo anterior y en cumplimiento de las normas legales transcritas, se debe proceder a declarar insubsistente el nombramiento provisional efectuado a JESÚS MARÍA MARRUGO GUARDO identificado con la c.c. No. 73.554.924, en el cargo TÉCNICO OPERATIVO código 314 grado 22 de la planta global de cargos de la Gobernación de Bolívar adscrita a la Secretaría de Talento Humano, asignado a la Secretaría de Hacienda Departamental de Bolívar, para en su reemplazo, nombrar en periodo de prueba al señor JONAS EDUARDO VÁSQUEZ BLANCO identificado con la c.c. No. 73.377.346, quien ocupa el primer puesto en la lista de elegibles conformada me-*

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

*diante Resolución No. 2681 de junio 03 de 2011, proferida por la Comisión Nacional de Servicio Civil, a quien se le comprobó el cumplimiento de requisitos para el ejercicio del empleo".*

**5.5.1.3** Se encuentra en el expediente, copia del oficio de fecha 11 de julio de 2011, mediante el cual se le comunicó al señor Jesús María Marrugo Guardo, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en provisionalidad en el cargo que ocupaba, conforme a los parámetros de la Resolución No. 2681 de 3 de junio de 2011, emitida por la CNSC (fl. 22).

**5.5.1.4** Igualmente, obra prueba de que el demandante se encontraba disfrutando de sus vacaciones mientras se produjo la declaratoria de su insubsistencia, de conformidad con la Resolución No. 0168 de 7 de junio de 2011. (fl. 23)

**5.5.1.5** En los folios 25 y 26 del expediente consta carta de SINTRAOFIPUBOL, adiada el 23 de julio de 2011, de donde se extrae que el demandante era miembro activo de la junta directiva, en la cual se desempeñaba como suplente del tesorero elegido.

**5.5.1.6** En los folios 27 al 32, se encuentran copias de las listas de elegibles que por medio de la Resolución No. 2681 de junio de 2011, fueron conformadas para proveer empleos de carrera en la planta global de la Gobernación de Bolívar, en atención a los lineamientos de la convocatoria No. 001 de 2005.

**5.5.1.7** Copias del registro de inscripción del señor Jesús María Marrugo Guardo a prueba básica de preselección, que certifica la CNSC. (Fls 37-38)

**5.5.1.8** Consta copia de la constancia de conciliación extrajudicial expedida por la Procuraduría 21 Judicial II, de fecha 9 de febrero de 2012 (fls. 70-74).

**5.5.1.9** En folios 258 a 262 obra el oficio proferido por el Director de talento humano de la Gobernación de Bolívar, en dicha misiva se informa:

*"(...) Teniendo en cuenta todo lo narrado, se puede colegir que el señor Jesús María Marrugo Guardo, fue desvinculado debido a que el empleo desempeñado por él, hizo parte del concurso de mérito, convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de la Convocatoria 001 de 2005, y una vez surtidas las etapas del proceso de*

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

*selección, nos fue enviado la lista de elegibles, para nombrar a quien por méritos ocupó el primer lugar”*

### **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 JESÚS MARÍA MARRUGO GUARDO era miembro activo del sindicato SINTRA-OFIPUBOL 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 coincidió con la fecha en la cual el demandante gozaba de sus vacaciones, aunado a ello, se soslayó la calidad de aforado sindical del demandante.

La 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, teniendo en cuenta que la persona nombrada en propiedad para reemplazar al demandante en su cargo, fue quien ocupó el primer puesto como resultado del concurso.

Indicó la Juez, que el demandante tampoco demostró haber superado la prueba básica de preselección de la fase I del concurso de méritos. Que el actor, contrario a lo que afirmó en la demanda, no era beneficiario del Acto Legislativo No. 004 de 2011, teniendo en cuenta que la lista de elegibles extraída de la Resolución No. 2681 de 3 de junio de 2011, ya se encontraba en firme para la fecha en que tal reforma constitucional habría entrado en vigencia.

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, código 401-01 de la secretaría

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

de talento humano, asignado a la unidad de tesorería de la secretaría de hacienda, mediante Decreto No. 68 de 2004<sup>10</sup> de 22 de enero hogañó.

Posteriormente, mediante Decreto No. 469 de 11 de julio de 2011 fue declarado insubsistente el señor Jesús María Marrugo Guardo del cargo que ocupaba en provisionalidad, denominado Técnico Operativo código 314 grado 22, de la planta global de cargos de la Gobernación de Bolívar, adscrita a la secretaría de talento humano, asignado a la secretaría de hacienda departamental de Bolívar.

Del contenido de dicho Decreto, se extrae que al mismo tiempo fue nombrado en periodo de prueba el señor Jonás Eduardo Vásquez Blanco, quien ocupó el primer puesto de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 2681 de junio 03 de 2011, proferida por la Comisión Nacional de Servicio Civil.

Luego entonces, queda en evidencia que la razón primordial del acto de desvincular al señor Marrugo Guardo a través del Decreto recusado, 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, en este caso, el nombramiento del señor Vásquez Blanco.

En el referido acto de desvinculación se hace alusión al mandato legal en referencia al artículo 23 de 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, el cargo de Técnico Operativo código 314 grado 22, fue ofertado y obtenido por una persona que ya se encontraba a la espera de su nombramiento en la lista de elegibles vigente a la época, como motivo o razón para declarar insubsistente el nombramiento de quien lo ocupaba 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 en debida motivación, y que la presunta falsa motivación alegada por el demandante, es un cargo a descartar.

---

<sup>10</sup> Fls. 17-18

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

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, simplemente es necesario el nombramiento en propiedad para terminar la provisionalidad.

El Departamento de Bolívar en su contestación, expuso que los beneficios del Acto Legislativo 04 de julio 7 de 2011 no podían ser aplicables al demandante, toda vez que la lista de elegibles conformada por la CNSC en la Resolución No. 2681 de junio 3 de 2011 para proveer una vacante del empleo señalado con el No. 9037, ofertada en la etapa 1 del grupo 1 de la convocatoria 001 de 2005, adquirió firmeza el día 23 de junio de 2001, es decir, mucho antes de la fecha 4 de julio de 2011.

Lo que se concluye del acervo probatorio, es que el demandante tuvo la oportunidad de participar en el concurso para optar a la propiedad del cargo que ocupada en provisionalidad, esto se evidencia de los folios 37 y 38 donde reposan copias de los registros e inscripciones a la prueba básica de preselección del concurso público de empleos, sin embargo, del proceso, quien obtuvo el primer puesto en la lista de elegibles, fue el señor Jonás Vásquez Blanco.

Desde luego, el demandante no puede sobreponer sus pretensiones al derecho que por mérito logró otra persona 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 concurso. 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 Gobernación de Bolívar fue el nombramiento en propiedad del señor Jonás Vasquez Blanco.

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

Con relación al tema del fuero sindical, esta Sala confirma lo que el Juez de primera instancia ya había expresado en su sentencia respecto a la falta de competencia, pues de pretender un reintegro el demandante aludiendo al

**Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01**

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 de-*

Rad. 13001-33-33-012-2012-00032-01

*pende 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**" (negrillas 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 Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha 15 de junio de 2018, dentro de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## **5.7. Costas**

Al regirse este proceso por las normas contempladas en el Decreto 01 de 1984, antiguo Código Contencioso Administrativo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 de esa normatividad, considerando que no existió temeridad y mala fe en la presentación de esta acción, no hay lugar a la condena en costas.

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 Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda formulada por el señor Jesús María Marrugo Guardo.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**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