



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

San Andrés Isla, Julio tres (03) de dos mil doce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

Expediente No.: 88001-33-31-001-2012-00038-02

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Dte.: Iris Mariola Stephens Bowie

Ddo.: Nación- Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia del 27 de enero de 2014, proferida por el Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

***“PRIMERO: NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.-*

***SEGUNDO:** Sin costas por no aparecer causadas.*

***TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Pasados dos (2) años sin que el actor los haya reclamado, la secretaria declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial. Desanótese en los libros correspondientes y archívese el expediente”*

LA DEMANDA

La señora Iris Mariola Stephens Bowie, actuando a través de apoderado judicial, instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de

la Nación- Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, con el objeto de que se declarara lo siguiente:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 014 de 24 de octubre de 2011, expedida por la Jueza Promiscuo Municipal de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas, por medio del cual, se declaró la insubsistencia del nombramiento de mi poderdante, por el deficiente desempeño laboral.

SEGUNDA: Como consecuencia de la declaratoria de Nulidad del Acto Administrativo impugnado, se ordene el restablecimiento del derecho de mi poderdante, en el sentido de condenar a la NACIÓN REPRESENTADA POR LA RAMA JUDICIAL DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, a que se ordene el reintegro del a señora IRIS MARIOLA STEPHENS BOWIE, en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o superior categoría en el Juzgado Promiscuo de Familia, y además, el pago de todos los salarios y prestaciones sociales legales dejados de percibir, desde la fecha de desvinculación hasta cuando efectivamente se realice el reintegro a la entidad demandada.

TERCERA: Que se condene a la NACIÓN REPRESENTADA POR LA RAMA JUDICIAL DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, a la reparación integral de los daños morales ocasionados a la señora IRIS MARIOLA STEPHENS BOWIE, como consecuencia del acto administrativo ilegal que ordenaron su retiro del servicio, los cuales se estiman en la suma de 30 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES.

CUARTA: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del C.C.A., y se reajustará su valor desde la fecha en que se hizo exigible hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva.

QUINTA: La NACIÓN REPRESENTADA POR LA RAMA JUDICIAL DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 y 177 del C.C.A”.

ANTECEDENTES

La demandante a través de apoderado judicial manifiesta haberse vinculado a la Rama judicial el 16 de noviembre de 1988 ocupando el cargo de citadora grado 4° del juzgado promiscuo de menores de San Andrés en provisionalidad, posteriormente y en virtud de la resolución numero 016 de 1998 fue nombrada provisionalmente como oficial mayor en el Juzgado Promiscuo de Familia de este departamento.

Señala que mediante la Resolución No. 14 de 2011 la Jueza Promiscuo de Familia declaró insubsistente su nombramiento de manera ilegal, por cuanto los motivos argumentativos de dicha resolución no atienden a la realidad (Falsa motivación, expedición irregular del acto), ya que en que en el sentir de la demandante, el decreciente rendimiento laboral esbozado por la titular del

Despacho no es congruente con la calificación de servicios mas próxima a la fecha de expedición del acto, la cual acusó un puntaje de 60 puntos, a su vez, el alegado incumplimiento de los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo de *Oficial Mayor de Juzgado de Circuito y equivalentes* no tuvo en consideración la homologación de requisitos prevista en el Decreto 052 de 1987 en su artículo 41, que dispone la equivalencia de 2 años de experiencia laboral a un año de educación superior y un año de educación medio por cada año de experiencia relacionada y viceversa, beneficios con los cuales cumpliría con amplitud los requisitos para la ocupación del cargo antes citado.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

La demanda fue presentada el 17 de abril de 2012, ante el Juzgado Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el cual, mediante auto del 27 de abril de 2012, dispuso inadmitir la demanda. (Folio 34-35 del cdno. ppal.), la cual fuera corregida oportunamente por el accionante y finalmente admitida mediante auto fechado el 18 de mayo de 2012.

La Rama Judicial dio contestación oportuna al libelo petitorio proponiendo el llamamiento en garantía de la Jueza Martha Patricia Hernández Espitia, solicitud que fuera resuelta de manera negativa por este tribunal mediante auto del 21 de enero de 2013.

Por auto del 18 de marzo de 2013, se dio apertura al período probatorio (fl148) y concluido el 15 de mayo de la misma anualidad, fecha en la cual se dio paso a las alegaciones finales.

En sentencia de fecha 27 de enero de 2014, el Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, negó las pretensiones de la demanda.

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación en contra del mencionado fallo, el cual fuera admitido en providencia del 7 de mayo de la presente anualidad, fecha en la que se dio paso al período de alegaciones finales previsto en el artículo 212 del C.C.A, oportunidad procesal que no fue aprovechada por las partes, el Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

LA SENTENCIA

El Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en sentencia del 27 de enero de 2014 negó las pretensiones de la demanda y mantuvo así incólume la Resolución No. 14 del 24 de octubre de

2011, expedida por la Jueza Promiscuo Municipal de San Andrés, Providencia y Santa Catalina , por medio la cual se declaró insubsistente a la Sra. Iris Mariola Stephens Bowie en el cargo de oficial mayor de la precitada dependencia judicial.

El *A-quo* negó las pretensiones de la demanda, partiendo en primer lugar, del hecho que la demandante no llenaba los requisitos para la posesión del cargo en lo referente a los años de estudios en Derecho (4 años) necesarios para su ejercicio, a su vez, expresa que tanto los artículos 41 y 30 del Decreto Ley 052 de 1987 (homologación y equivalencias de experiencia-años de estudio y formación profesional) fueron derogados tácitamente por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), en atención a los requisitos especiales y adicionales para ocupar cargos en la carrera judicial contemplados en los artículos 160 y 161 de la Ley 270 de 1996, por lo que al momento de la desvinculación del demandante, el precitado decreto no se hallaba vigente, como si lo estaba la Ley 270 de 1996, debiendo así acreditar la totalidad de requisitos contenidos en esa normatividad .

EL RECURSO

Al impugnar la decisión de primera instancia el apoderado judicial de la demandante manifestó que el artículo 125 de nuestra constitución política señala los motivos o causas que originan la separación del servicio de los funcionarios en carrera administrativa, al respecto expuso:

“.. a la señora STEPHENS BOWIE , nunca se le inició un proceso disciplinario tendiente a verificar las razones de su hipotético bajo rendimiento y lo que resulta más grave aún es que dicho bajo rendimiento tampoco se demostró por parte de la demandada, el operador judicial tomó como simple referencia los memorandos enviados por la Juez de turno , pero desconoció las (sic) testimonios de los otrora jueces de familia quienes no ahorraron calificativos, ni esfuerzos para referirse a las calidades laborales de la actora.

Siendo así, el acto administrativo que declara la insubsistencia de mi cliente debe ser declarado nulo, no solo por que surge como resultado de una desviación de poder, pues se violo el derecho al debido proceso y al defensa (sic), sino que la motivación que en ella se contiene es falsa y constituye un atropello a nuestro ordenamiento jurídico”

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal, el Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

CONSIDERACIONES.

La controversia que ha presentado la recurrente, se contrae en establecer si la declaratoria de insubsistencia de la cual fue objeto a través de la Resolución No. 14 del 24 de octubre de 2011, debió ser producto de un proceso disciplinario conforme lo previsto en el artículo 125 de la Constitución Política, de igual manera la apelante cuestiona la ocurrencia misma del hipotético bajo rendimiento que fundamentó la precitada resolución, insistiendo en la falsa motivación del acto impugnado.

Con relación a la motivación que debe mediar en los actos de insubsistencia de los empleos proveídos en provisionalidad el H. Consejo de Estado ha señalado los siguientes requisitos:

“El primero, consiste en que el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, reglamentario del Decreto 2400 de 1968, establece con plena vigencia:

ARTICULO 107. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña.

El segundo es que si bien es cierto, en un comienzo, luego de la expedición de la Ley 443 de 1998, el legislador estableció una estabilidad de quienes eran nombrados provisionalmente en cargos de carrera, ya que el Decreto 1330 de julio 13 de 1998, en virtud del cual se reglamentaba parcialmente aquella ley, consagraba la prohibición para los nominadores de declarar insubsistente los nombramientos de los empleados con carácter provisional, no es el contenido de la decisión.

Menos cierto que dicho decreto fue derogado en su integridad por el Decreto 1754 de agosto 26 de 1998.

En tercer lugar y en la misma proyección, debe decirse que el Decreto 2504 de 1998, modificadorio del artículo 4º del Decreto 1572 de 1998, dispone que debe entenderse “... por nombramiento provisional aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata. ...”, lo que deja por fuera la presunta estabilidad relativa.” (CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia 19 de octubre de 2006, Exp.3934-05. Consejera Ponente Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO).

Y, seguidamente, que el artículo 7º del mismo Decreto 1572 de 1998, en su parte final señala: “...El empleado con vinculación de carácter

provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador” (Resaltado fuera del texto).

Así mismo, frente a la facultad discrecional para desvincular empleados en provisionalidad ha dicho nuestro órgano de cierre en reiteradas ocasiones a través de la Sección Segunda, en Sentencia del 12 de febrero de 2004, Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero, Exp. 3016-01):

“No pueden estar en igual condición el servidor que ingresa al servicio sin preceder concurso de méritos y aquél que se somete a las etapas que conforman el proceso selectivo. Si su designación entonces no es equiparable a la del escalafonado en la carrera, el retiro, por obvias razones, no puede ser en la misma forma.

Asimilar el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa a los nombramientos provisionales, so pretexto de la naturaleza del empleo, que es en el fondo lo que pretende el demandante al pedir la nulidad de la expresión "o provisional" del artículo 1950. de 1973, como se colige de los argumentos expuestos en la demanda, distorsiona el sentido del concurso de méritos y desconoce que la permanencia en los cargos de carrera opera exclusivamente cuando se ingrese al sistema mediante la superación de las etapas que comprende el proceso selectivo.

La situación del designado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominado y de escoger en beneficio del servicio a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez, debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.

La facultad discrecional de los empleados provisionales se impone al efectuar el nombramiento en tal carácter de provisionalidad, puesto que la transitoriedad de la designación, mientras se realiza el proceso selectivo, autoriza la administración a efectuar nombramiento provisional. Al igual su retiro, pues tal discrecionalidad es el marco rector en estas designaciones, ya que mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria que no otorga fuero alguno de estabilidad, como anteriormente.

Resulta pertinente señalar que las normas que rigen la carrera administrativa proferidas recientemente, corroboran esa situación precaria del empleado en provisionalidad, al igual que corroboran la forma discrecional para su retiro. En efecto, el artículo 7 del Decreto 1572 de 1998 (reglamentario de la Ley 443 de 1998 y del Decreto Ley 1567 de 1998) dispone: “en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados”. Tal disposición, sin lugar a duda, permite concluir que el retiro del servicio de esta clase de empleados no está condicionado a la celebración del concurso de méritos,

Así mismo, el inciso 1 ídem, prescribe a que: "... El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador. Está presente en esta preceptiva la potestad discrecional, ya que no fue señalado otro condicionamiento.

Ahora bien, visto lo anterior, resulta adecuado afirmar que la vinculación de los servidores públicos que de manera provisional ocupan cargos de carrera administrativa obedece a la facultad discrecional del nominador, quien en procura de la correcta prestación del servicio determina las cualidades necesarias en el personal llamado a cumplir con tal labor, es por ese tipo de vinculación extraordinaria o si se quiere, de carácter apremiante y necesario lo que en últimas justifica la ausencia o menor estabilidad laboral de la cual, a diferencia con aquellos servidores provisionales, si poseen aquellos servidores que cursan la carrera administrativa, puesto aquellos han sorteado la totalidad del proceso de selección legal atendiendo únicamente a la calificación objetiva de sus aptitudes profesionales en el marco de una competencia en condiciones igualitarias.

Dicho lo anterior, la Sala considera no comparte la proposición expuesta por el recurrente al pretender el cumplimiento de las mismas causales de retiro del servicio previstas a los servidores en propiedad a su calidad provisional, por cuanto las condiciones aplicables para aquellos funcionarios en provisionalidad se limitan a la motivación del acto por medio del cual se declara la insubsistencia (artículo 41 Ley 909 de 2004, parágrafo segundo) observando que la remoción de los empleados siempre deberá obedecer al mejoramiento del servicio público, de forma que una declaración podrá entenderse como motivada cuando las calidades del empleado que se nombra permitan ver, sin mayor dificultad, que el servicio que se pretende prestar con el nombramiento se encontrará mejor garantizado y cuya eficiencia será superior al estado en que se encontraba; es decir que, el reemplazo de un empleado por otro no tendrá otra finalidad que el mejoramiento de las condiciones de prestación del servicio, bajo los postulados del ejercicio de la función pública

En efecto, la ilegalidad del acto que declara la insubsistencia de un nombramiento respecto de un cargo ocupado en provisionalidad, encontrará sustento en la eventual desviación de poder con la que pudo actuar el nominador, yendo, de todas formas, en contra de los principios que rigen la Función Pública.

En este sentido, el H. Consejo de Estado, sobre la presunción de legalidad del Acto Administrativo que declara la insubsistencia del actor, ha dicho que:

"No obstante lo anterior, tales afirmaciones no llevan a la Sala a concluir la existencia de desvío de poder en el acto, pues se trata de conjeturas y apreciaciones personales sin vocación alguna de probar de manera seria y fehaciente los cargos endilgados.

Ha de señalarse, así mismo, que la presunción de legalidad de que gozan los actos de insubsistencia se desvirtúa cuando se demuestra que la persona nombrada para ocupar el cargo en reemplazo del empleado retirado de la entidad, por razones discrecionales, no reúne los requisitos

exigidos para desempeñarlo, pues ello sin lugar a dudas lesiona el buen funcionamiento de la administración pública.

Cuando tal circunstancia ocurre, se puede afirmar que la decisión de la administración no se expidió por razones del buen servicio. De otra manera no tendría sentido que el ejecutivo exigiera una serie de requisitos y calidades para el correcto desempeño de un empleo, si tal exigencia no tuviera incidencia alguna en la buena prestación del servicio.

Los requisitos para el desempeño de un empleo no son previstos en forma caprichosa, sino que son fijados con base en la naturaleza y en la complejidad de las labores a desarrollar en el empleo. De ahí, que se exija acreditar un determinado nivel académico, una mayor preparación profesional y, en casos especiales, una formación profesional en un campo determinado del conocimiento. En esa medida, si el funcionario reemplazante no acredita los requisitos para el desempeño del cargo y sí los demuestra el empleado declarado insubsistente, es forzoso concluir que dentro de esa circunstancia no se podía mejorar el servicio.

Pero una cosa es la verificación de las condiciones objetivas que han de acompañar al servidor público en el ejercicio de su cargo y otra las opiniones personales que cada empleado esgrime para juzgar la labor desplegada por quien, en este caso pasaba a suceder en su desempeño al funcionario retirado, pues aquí deben ser expuestas razones fundadas que permitan concluir que el juicio está desprovisto de toda consideración personal, incluido el aprecio que pudiera tenerse por el servidor removido...” (CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Sentencia 28 de julio de 2005, Exp.3133-04. Consejera Ponente Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO)

Teniendo en cuenta el fundamento precedente, frente a la presunción de legalidad del acto de declaratoria de insubsistencia, la Sala encuentra que en el curso del proceso no quedó probado que la desvinculación de la demandante obedeció al capricho de intereses particulares, dando paso a la configuración de la consecuente desviación de poder, sino que el acto se profirió con el fin de garantizar el buen servicio, nombrando a una persona que, a juicio del nominador, contaba con el lleno total de los requisitos para el ejercicio del cargo de Oficial Mayor de juzgado de Circuito y equivalentes, mas aún si se parte del hecho que la demandante no cumplió nunca con los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo, situación fáctica que basta por si sola para justificar de plano su insubsistencia.

COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte actora, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmese la sentencia proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de fecha 27 de enero de 2014 conforme a lo motivado en el cuerpo de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Remítase al Juzgado de origen previa las anotaciones a que halla lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

Magistrado

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

Magistrada

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

Magistrado