

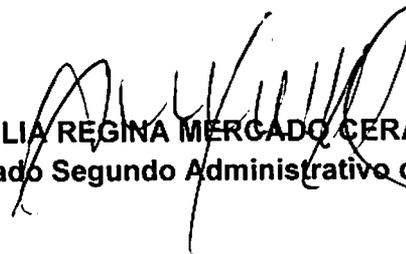


**TRASLADO DE EXEPCIONES  
ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011**

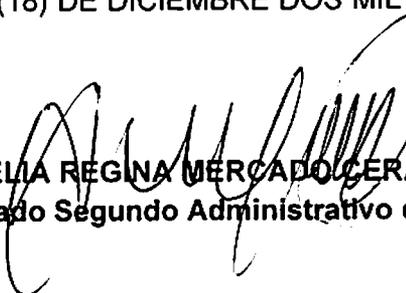
<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13001-33-33-002-2016-00007-00
<b>Demandante/Accionante</b>	ARIEL GONZALEZ CARDENA
<b>Demandado/Accionado</b>	DISTRITO DE CARTAGENA

La Suscrita Secretaria del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas en la contestación de demanda por EL DEMANDADO, por el término de tres (3) días en un lugar visible de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena y en la página web de la Rama Judicial [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co). Hoy TRECE (13) DE DICIEMBRE de dos mil diecisiete (2017)).

EMPIEZA EL TRASLADO: CATORCE (14 DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE (2017) A LAS 8:00 A.M.

  
**AMELIA REGINA MERCADO CERA**  
Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

VENCE TRASLADO: DIECIOCHO (18) DE DICIEMBRE DOS MIL DIECISIETE (2017) A LAS 5:00 P.M.

  
**AMELIA REGINA MERCADO CERA**  
Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

*Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso*  
*E-Mail: [stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co)*  
*Teléfono: 6642718*



# CONTRALORIA

DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

122  
37 OCT 2006

HONORABLE  
JUEZ SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.  
DOCTOR: HERNAN DARIO GUZMAN MORALES.  
E.S.D

Ref.: acción de Nulidad y restablecimiento del derecho de **ARIEL GONZALEZ CARDALES** contra la **CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA**. Radicado: 13 001 33 33 002 2016 0007 00.

**MARIO ANDRES PAZ BALOCO**, mayor, domiciliado y residenciado en la ciudad de Cartagena de Indias, identificado con cedula de ciudadanía 1.047.393.533, abogado en ejercicio, con tarjeta profesional N° 219.773 del C. S. de la J., actuando en calidad de apoderado de la **CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA**, según poder otorgado por la Doctora **LUISA FERNANDA ANGULO SANCHEZ**, en su calidad de jefe de oficina asesora jurídica de la Contralora Distrital de Cartagena, concurre a su despacho por medio del presente escrito dentro del término legal, con el objeto de contestar la demanda dentro del proceso de la referencia, lo cual hago de la siguiente manera:

### DE LA TEMPORALIDAD DEL ESCRITO.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra en el artículo 172 que el termino para contestar la demanda corresponde a (30) días, término que empezara a correr de conformidad al artículo 199 del CPACA.

En este sentido, el artículo 199 del CPACA establece lo siguiente, así:

*"En este evento, las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la secretaría a disposición del notificado y el traslado o los términos que conceda el auto notificado, sólo comenzarán a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación. Deberá remitirse de manera inmediata y a través del servicio postal autorizado, copia de la demanda, de sus anexos y del auto admisorio, sin perjuicio de las copias que deban quedar en el expediente a su disposición de conformidad con lo establecido en este inciso."(Negrillas y subrayas por fuera del texto solo para resaltar idea principal).*

Lo anterior, quiere decir que la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, goza de un término de (55) días para contestar la demanda de la referencia, razón por la cual nos encontramos dentro de la oportunidad legal.

### EN CUANTO A LOS HECHOS

**En cuanto al primer hecho: Es cierto**, de conformidad con las pruebas documentales aportadas con la presente demanda.

**En cuanto al segundo hecho: Es cierto**, de conformidad con las pruebas documentales aportadas con la presente demanda.

**En cuanto al tercer hecho: No es un hecho en sí**, lo manifestado por el apoderado del accionante, ya que el mismo obedece a un punto de vista personal del demandante y esto no debió ser argumentado en este acápite.

**En cuanto al cuarto hecho: Es cierto**, de conformidad con las pruebas documentales aportadas con la presente demanda.

**En cuanto al quinto hecho: Es cierto**, de conformidad con las pruebas documentales aportadas con la presente demanda.

**En cuanto al sexto hecho: Es cierto**, de conformidad con las pruebas documentales aportadas con la presente demanda.

**En cuanto al séptimo hecho: Es cierto**, de conformidad con las pruebas documentales aportadas con la presente demanda.

**En cuanto al octavo hecho: Es cierto**, de conformidad con las pruebas documentales aportadas con la presente demanda.

**En cuanto al noveno hecho: Es cierto**, de conformidad con las pruebas documentales aportadas con la presente demanda.

**En cuanto al décimo hecho: Es cierto**, de conformidad con las pruebas documentales aportadas con la presente demanda.

**En cuanto al décimo primer hecho: No me consta**, lo mencionado por el actor y me atengo a lo que resulte probado dentro del transcurso del proceso.

**En cuanto al décimo segundo: No me consta**, lo mencionado por el actor y me atengo a lo que resulte probado dentro del transcurso del proceso.

**En cuanto al décimo tercero: Es cierto**, de conformidad con las pruebas documentales aportadas con la presente demanda.

**En cuanto al décimo cuarto: Es cierto**, de conformidad con las pruebas documentales aportadas con la presente demanda.

**En cuanto al décimo quinto hecho: Es cierto**, de conformidad con las pruebas documentales aportadas con la presente demanda.

**En cuanto al décimo sexto hecho: Es cierto**, de conformidad con las pruebas documentales aportadas con la presente demanda.

### EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

De conformidad a las pretensiones planteadas por el accionante, es pertinente informar a este honorable despacho, que nos oponemos a todas y cada una de ellas, por carecer de fundamentos facticos y jurídicos para poder ser deprecadas.

### ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

Siendo así, sea lo primero honorable juez en precisar y muy respetuosamente me permito ponerlo en contexto, haciendo un breve recuento del caso de la referencia.

#### **EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.**

Los empleos de libre nombramiento y remoción son aquellos cuya provisión corresponde, de manera discrecional, a la autoridad nominadora, es decir, sin estar sujeta a trámite o procedimiento especial alguno, es suficiente la manifestación expresa de la voluntad del nominador a través del acto de nombramiento, y que el designado acepte y cumpla los requisitos señalados para ejercer el correspondiente empleo.

El concepto de empleo de libre nombramiento y remoción, se traduce en que la persona que ha de ocupar un empleo de tal naturaleza, puede ser elegida y también desvinculada por quien tiene la facultad de hacerlo. Es decir, el órgano o persona a quien corresponda, puede disponer libremente del cargo confirmando o removiendo a su titular, mediante el ejercicio exclusivo de la facultad discrecional que, entre otras cosas, se justifica precisamente porque en virtud de las funciones que le son propias al cargo de libre nombramiento y remoción, (de dirección, manejo, conducción u orientación institucional), se toman las decisiones de mayor trascendencia (adopción de políticas o directrices fundamentales) para la entidad o la empresa de que se trate.

Un cargo de libre nombramiento y remoción tiene que reunir las siguientes características: (i) de un lado, hacer referencia a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y, (ii) de otro, referirse a cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades<sup>1</sup>.

Corolario a lo anterior, la Ley 909 de 2004 establece los criterios para identificar a los funcionarios de libre nombramiento y remoción así:

-Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices.

<sup>1</sup> Sentencia T-686/14

-Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos.

- Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

De conformidad con el mandato del inciso primero, del artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los que determine la ley.

En Colombia, la provisión de los empleos de carrera puede darse con carácter definitivo o con carácter transitorio. Una y otra modalidad debe atender una serie de principios y derechos comunes consagrados en la Constitución Política, siendo una de estas la provisión transitoria de empleos de carrera, es decir, el nombramiento provisional, cuya finalidad no es la de eludir los mecanismos ordinarios de selección de funcionarios públicos sino garantizar eficiencia en la función administrativa y propender por alcanzar los fines esenciales del Estado.

El nombramiento provisional no exige ni impide que la selección del empleado se haga a través de un concurso de méritos. En caso de agotarse ese procedimiento, el así designado no adquiere derechos de carrera, de manera independiente a su permanencia laboral con el Estado. El nombramiento provisional sólo procede cuando en la planta de personal no haya empleado de carrera que reúna los requisitos para ser encargado en el empleo de carrera que está vacante.

## **EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA.**

El ordenamiento jurídico dispuso como una medida de provisión de empleos de carrera administrativa el nombramiento en provisionalidad, consistente en la asignación transitoria de un empleo de carrera administrativa vacante temporalmente o de manera definitiva, a una persona que reúna los requisitos para desempeñarlo y mientras se surte el respectivo concurso de méritos para proveerlo. La naturaleza temporal del nombramiento en provisionalidad implica para el empleado, a diferencia del cargo de carrera administrativa, una permanencia efímera en el empleo como su nombre lo indica.

Con la expedición de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, vigentes en la actualidad, que cambiaron sustancialmente el marco normativo de los empleados provisionales al pretender dar solución a las inamovibles e indefinidas relaciones laborales provisionales con el Estado de manera definitiva, instituyendo a través del artículo 25 que: "Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no

fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera."

De lo anterior se colige la improcedencia del nombramiento en provisionalidad para vacancias definitivas y en consecuencia su temporalidad "indefinita"; debiéndose proceder, sino a la apertura de un concurso de méritos, a la ocupación del cargo a través de la figura del encargo con servidores públicos de carrera. Procurándose el sostenimiento de la función pública basado en sus principios, especialmente en el mérito, y en donde su filosofía es el establecimiento de listas de elegibles producto de concursos de mérito, para proveer los cargos que estén en situación administrativa de vacancia definitiva como las jubilaciones, retiros y renuncias.

Clara entonces la posición de la Corte en sus pronunciamientos en cuanto a diferenciar al empleado público en provisionalidad del empleado público de libre nombramiento y remoción; establecer la necesidad de motivar los actos que lo desvinculen del cargo y otorgarle cierta estabilidad laboral. A través de la Sentencia C-431/10, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, la Corte desarrolla la figura del cargo de provisionalidad y lo enfrenta con el cargo ocupado por los empleados inscritos en carrera administrativa. De dicha sentencia se destaca:

"Existe un mandato constitucional que ordena implementar el Sistema de Carrera Administrativa - artículo 125 Superior-, por lo que el legislador está autorizado de manera clara y expresa para establecer diferencias que privilegien dicho régimen... Desde luego, quienes están inscritos en ese Sistema continúan siendo servidores públicos pero no se encuentran en la misma o en similar situación que los demás servidores públicos -ni siquiera en la circunstancia en la que se hallan quienes han sido nombrados de manera provisional en un cargo de carrera-. Tal diferenciación no sólo está justificada desde el punto de vista constitucional sino que obedece a un mandato constitucional expreso, esto es, al contemplado por el artículo 125 Superior. En otras palabras, todos los empleados tienen la categoría de servidores públicos. No obstante, su situación no es exactamente la misma, pues al paso que los empleados inscritos en el Régimen de Carrera Administrativa han sido sometidos a un estricto mecanismo de selección sustentado en el mérito y en el concurso, los demás empleados o servidores públicos no lo han hecho. Por ello, el hallarse los empleados públicos inscritos en el Régimen de Carrera Administrativa se permite tratar de manera igual a todas las personas que, además de ostentar el cargo de empleados públicos, se encuentren inscritos en dicho Sistema. Este criterio hace factible al mismo tiempo tratar de manera desigual, esto es, no hacer extensivos los privilegios que les reconoce la Constitución a los empleados de carrera, a los demás empleados públicos..."

**CONCURSO DE MÉRITOS**

La sentencia de la Corte Constitucional SU446/11 expreso lo siguiente: **MÉRITO**-Criterio para provisión de cargos públicos dentro de la administración/**MÉRITO**-Concepto/**CONCURSO PÚBLICO**-Mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito

El mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración y que consiste en los términos de la jurisprudencia de esta

Corporación, en que el Estado pueda "contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública". Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo: "Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

La sentencia C-040 de 1995 reiterada en la SU-913 de 2009, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así: 1. Convocatoria. ... es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. 2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso. 3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad. 4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso. 5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento. "Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente".

### **CONVOCATORIA A CONCURSO DE MÉRITOS-Importancia**

La convocatoria es "la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes", y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinearán los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la

transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe "respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada

#### **LISTA DE ELEGIBLES-Naturaleza y razón de ser/LISTA DE ELEGIBLES-Concepto**

La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta. Este acto tiene una vocación transitoria toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo. Esta vocación temporal tiene dos objetivos fundamentales. El primero, hace referencia a la obligatoriedad del registro de elegibles, porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso. El segundo, que mientras esté vigente ese acto, la entidad correspondiente no podrá realizar concurso para proveer las plazas a las que él se refiere, hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas, de forma que se satisfagan no solo los derechos subjetivos de quienes hacen parte de este acto administrativo sino principios esenciales de la organización estatal como el mérito para ocupar cargos públicos y los específicos del artículo 209 constitucional. Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados.

#### **CONFORMACIÓN DE LA LISTA DE ELEGIBLES-Derecho de carácter subjetivo para quienes hacen parte de ella**

La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer".

#### **LISTA DE ELEGIBLES-Finalidad**

Es importante señalar, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel:

el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados. ¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación. Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión. Se puede concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso.

**LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**, en ejercicio de las facultades que le otorgó el parágrafo 2, del artículo 3, de la Ley 909 de 2004, en acatamiento de las Sentencias C-073 de 2006 y C-175 de 2006 de la Corte Constitucional, ratificadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante conceptos de 2013; y que el artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones allí previstas y que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Que la Ley 909 de 2004 establece en su artículo 3º, su ámbito de aplicación, enunciando los diferentes tipos de servidores a los que se les aplica de manera integral (Carrera general) y con carácter supletorio (Carreras especiales).

Que por su parte, el Parágrafo 2º del artículo 3 ibídem, establece que serán aplicables las disposiciones normativas de la Ley 909 de 2004, a las Contralorías Territoriales (Departamentales, Distritales y Municipales) mientras se adopta el sistema especial de carrera administrativa que rija a los servidores que desempeñen empleos públicos en dichas entidades, situación que a la fecha no ha ocurrido.

Que siendo así, la competencia temporal de la CNSC en relación con las Contralorías Territoriales, comprende entre otras funciones: i) Las



# CONTRALORIA

## DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

competencias de administración y vigilancia que ejerce, las cuales por mandato expreso de la Ley y ratificación jurisprudencial de orden Constitucional (Sentencias C-073 de 2006 y C-175 de 2006), recaen sobre las Contralorías Territoriales en el entretanto no se expida la normativa correspondiente; ii) La obligación legal de proceder a convocar los procesos de selección por mérito para proveer los empleos de carrera en vacancia definitiva de dichas entidades.

Que así mismo, el literal a) del artículo 11 de la ley 909 de 2004, dispone que corresponde dentro de sus funciones a la Comisión Nacional del Servicio Civil, "establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección...".

Que la CNSC, en uso de sus competencias legales, adelantó la etapa de planeación de la convocatoria para proveer por concurso de méritos los empleos de carrera administrativa que se encuentran en vacancia definitiva en la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS.

Que en oportunidad, la CNSC dio a conocer el proyecto de Convocatoria a la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, y la Entidad en el término otorgado, dio por aceptado el contenido del Proyecto de Convocatoria enviado.

Que la CNSC, consolidó la Oferta Pública de Empleos de Carrera de la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, certificada por el señor Contralor y el Director Administrativo y Financiero, de la Entidad.

Que a la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias le correspondió suministrar a la Comisión Nacional de Servicio de Servicio Civil el listado de cargos vacantes para ser ofertados en la OPEC respectiva, y a la Universidad de Medellín, surtir de conformidad al acuerdo citado, su cronograma y las normas respectivas, el respectivo proceso de selección.

Que en el artículo 41 del acuerdo No. 465 de 2013, se estableció que le correspondía 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.

### **FUERO SINDICAL DEL EMPLEADO.**

Que el Decreto 760 de 2005, por medio del cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones, establece en lo referente a la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados en su artículo 24, lo siguiente:

**ARTÍCULO 24.** *No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:*

24.1. *Cuando no superen el período de prueba.*

24.2. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

Que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1119-05 de 1 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, declaro exequible el artículo anterior. Que en repetidas ocasiones, la Corte Constitucional, ha estudiado el caso bajo estudio, y concuerda siempre estarse a lo resuelto en la Sentencia C-1119-05. De ello, son ejemplo: Sentencia C-318-06 de 24 de abril de 2006, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis, "por la supuesta vulneración del artículo 150, numeral 10 de la Constitución". El numeral 2. declara exequible este artículo por los cargos analizados. - La Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-1119-05, mediante Sentencia C-1175-05 de 17 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Es importante, Señor Juez hacer un juicioso estudio a dicha jurisprudencia, por lo que respetuosamente me permito en primera instancia transcribir los argumentos de Constitucionalidad del artículo 24 del Decreto 760 de 2005, del Departamento Administrativo de la Función Pública y concepto del Procurador General de la Nación, en su orden respectivo:

(...)

**"INTERVENCIÓN DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.** Claudia Patricia Hernández León actuando como apoderada de la entidad interviniente, solicita a esta Corte declarar la exequibilidad del artículo 24 del Decreto-Ley 760 de 2005, para lo cual argumenta de la siguiente manera:

Inicia su intervención refiriéndose brevemente a los principios y fines constitucionales que se pretenden conseguir mediante la regulación de la carrera administrativa, para lo cual cita apartes de la sentencia C-954 de 2001, para pasar a referirse a la conexidad existente entre los nombramientos en provisionalidad y la provisión de esos empleos mediante el sistema de méritos, como funciones propias de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Así, luego de explicar en que consisten los nombramientos en situación de provisionalidad y los casos en que ello es procedente, citando para ello la Ley 443 de 1998 y la sentencia C-372 de 1999, señala que no es posible desligar el nombramiento en provisionalidad de los cargos de carrera administrativa, pues precisamente a través de ellos se busca proveer transitoriamente las vacancias temporales y definitivas por el tiempo que demande su provisión mediante el sistema de méritos. Así las cosas, la Comisión Nacional del Servicio Civil como órgano constitucionalmente creado para la vigilancia de los empleos de carrera administrativa tiene competencia para conocer de todos los nombramientos provisionales regulados en la ley acusada, sin que por ello se pueda predicar que se esta regulando de esa manera una procedimiento diferente en relación con el fuero sindical. Por el contrario, agrega, se trata de un aspecto propio del resorte de dicho organismo ligado a la carrera administrativa.

Manifiesta la apoderada de la entidad interviniente que resulta clara la facultad conferida al Ejecutivo en la ley habilitante, para adoptar medidas de carácter procedimental a fin de regular el efectivo cumplimiento de la

# **CONTRALORIA** DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

normatividad relacionada con la carrera administrativa, concretamente lo referente al proceso de selección, el cual comprende varias etapas, como son: la convocatoria, reclutamiento, pruebas, listas de elegibles y nombramiento en período de prueba.

Considera la apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública, que el legislador extraordinario facultó a la Comisión Nacional del Servicio Civil para regular el proceso de selección de servidores públicos en la carrera administrativa, a fin de garantizar la igualdad de condiciones de quienes superan dicho proceso, sin que factores extraños al mérito generen la paralización del proceso. Así las cosas, "es clara la existencia de unidad de materia del artículo demandado y el tema regulado en el decreto ley 760 de 2005, por lo cual no existe violación a las normas constitucionales citadas, en especial los artículos 150 numeral 10 y 152".

En ese orden de ideas, aduce que la prevalencia de la carrera administrativa y el sistema de méritos para el ingreso al servicio, no afecta el derecho de asociación sindical ni el fuero de que gozan algunos servidores públicos. Después de citar jurisprudencia de esta Corporación, así como del Consejo de Estado sobre el asunto en cuestión, aduce que si bien en principio se podría pensar en la colisión de dos derechos de rango constitucional, ello no es así, por cuanto el fuero sindical no cambia la naturaleza del cargo de carrera y su forma de provisión, en cuya virtud la Administración tiene el deber de proveer los cargos con quienes hayan superado del concurso de méritos ocupando el primer puesto en la lista de elegibles. Otra interpretación de la norma cuestionada, abriría el camino para el abuso de la figura del fuero sindical, convirtiendo dicha institución en un mecanismo de permanencia en los empleos públicos de carrera administrativa, con lo cual se entorpecería el proceso establecido por la ley para la provisión de los mismos.

Así mismo, expresa que resulta claro que la norma cuestionada no modifica el Código Procesal del Trabajo, pues no se está desconociendo el derecho que tienen los empleados públicos para asociarse y constituir sindicatos, y quedar amparados por el fuero sindical cuando a ello haya lugar. En ese sentido, en desarrollo de la Ley 909 de 2004, se consagró en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la obligatoriedad para el nominador de motivar el retiro del servicio de los empleados nombrados en provisionalidad, a fin de evitar el desvío de poder con menoscabo de los derechos de asociación o cualquier otro derecho. Siendo ello así, no se puede so pretexto de la protección de un derecho sindical "crear un fuero de inamovilidad", pues lo que se busca es garantizar la existencia del sindicato y el derecho de asociación "más no garantiza la estabilidad, así como tampoco el mantenimiento de la relación laboral, contraviniendo ordenamientos legales, llegando incluso a generar una afectación en la prestación del servicio en la medida en que quienes ocupan tales empleos, no se han sometido al respectivo proceso de méritos ¿como principio de ingreso y permanencia- desplazando sin embargo y contrario a las normas sobre la materia a quien ha demostrado contar con la idoneidad, requisitos y méritos al ocupar el primer puesto en la lista de elegibles".

Concluye su intervención el Departamento Administrativo de la Función Pública, expresando que no existe la vulneración constitucional alegada por los demandantes, sino que por el contrario se destaca la prevalencia de derechos como la igualdad, el trabajo, así como el acceso y permanencia en los empleos públicos previa demostración del mérito.

**CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.**

El Procurador General de la Nación, en concepto No. 3865 de 6 de julio de 2005, solicita a esta Corporación la declaratoria de exequibilidad del artículo 24 del Decreto-Ley 760 de 2005, para lo cual expone los siguientes argumentos:

Inicia la Vista Fiscal su intervención refiriéndose muy brevemente a la protección constitucional al derecho de asociación y al fuero sindical, así como a los empleos o cargos de carrera de carrera administrativa, y su ocupación en provisionalidad o en período de prueba, los cuales explica brevemente de conformidad con lo que al efecto establece la Ley 909 de 2004, la cual contiene las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, y establece que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el órgano encargado de garantizar el sistema de méritos en los cargos públicos, y el responsable de la vigilancia y administración de las carreras.

Aduce el Ministerio Público que el artículo 53 de la citada ley, concedió facultades al Presidente de la República por el término de seis meses, para expedir las normas que regulen el procedimiento que se ha de surtir por y ante la Comisión Nacional del Servicio Civil. Así, en desarrollo de dicha facultad, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 760 de 2005, que en el artículo 24, ahora acusado, dispone lo correspondiente al retiro del servicio de servidores públicos amparados con fuero sindical sin autorización judicial, que ocupen cargos de carrera de manera temporal. En ese sentido, expresa que la naturaleza de los cargos de carrera administrativa es previa y superior a situaciones subjetivas concretas respecto de quienes ocupen el cargo, pues responden al interés general del Estado de contar con recurso humano idóneo a fin de cumplir los fines que orientan la administración pública "para lo cual se garantiza el derecho político de los ciudadanos a ocupar cargos públicos mediante su provisión definitiva por concurso público que evalúe el mérito de los aspirantes", con lo cual se garantizan los derechos laborales subjetivos, en especial el de estabilidad de quienes superen satisfactoriamente el concurso de méritos.

En ese contexto, manifiesta que el fuero sindical es una consecuencia del derecho de asociación sindical que busca proteger la existencia misma del sindicato más que a sus miembros, lo cual significa que se trata de una garantía posterior a las relaciones laborales individuales y por lo tanto, a la naturaleza misma de los cargos o contratos laborales. Esa circunstancia, añade el Procurador General, es la que define el nacimiento y aplicación del fuero sindical para los casos concretos, "en cuanto comporta **el despido como una decisión unilateral patronal**, basada en justas causas, que requiere autorización judicial previa".

Señala que son las situaciones objetivas de los empleos públicos o contratos laborales los que condicionan el derecho de asociación y la vigencia del fuero sindical, por cuanto, si las relaciones laborales son a término indefinido, el fuero se prolonga en ese sentido. Por el contrario, si se trata de relaciones objetivamente temporales, dada la naturaleza y características de los empleos, la duración del fuero se encuentra supeditada a dicha naturaleza y, por lo tanto, no nace a la vida jurídica como justa causa cuando el vínculo laboral llega a su término por finalizar el empleo. Es en ese sentido, que el



# CONTRALORIA

## DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

artículo 411 del Código del Trabajo consagra como situaciones que no requieren autorización judicial previa para el despido, la terminación del contrato por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento o por sentencia de autoridad competente.

Precisamente los cargos de carrera en provisionalidad o en período de prueba, se encuentran en el rango de situaciones objetivas temporales de los cargos por necesidades del servicio. Así, la no necesidad de autorización judicial previa para retirar del servicio a los empleados públicos amparados con fuero cuando ocupan cargos de carrera en período de prueba o en provisionalidad, obedece a situaciones objetivas superiores, que buscan que el Estado cumpla con sus fines según los principios que orientan la función pública. Siendo ello así, la norma cuestionada no involucra el fuero sindical, pues el retiro del servidor obedece a situaciones objetivas que no configuran justas causas propias de las relaciones laborales subjetivas individuales, para que el empleador dé por terminado unilateralmente la relación legal y reglamentaria.

Con la norma acusada se busca evitar que en los procesos de selección de personal en cargos de carrera, se presenten anomalías y prevenir reclamaciones ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, por una indebida aplicación del fuero sindical que desconozca los derechos laborales de los ciudadanos que participan en los concursos de méritos y que obtienen el derecho a ocupar los cargos de manera definitiva. En ese orden de ideas, el artículo que se cuestiona "tiene una conexidad temática directa con lo regulado en relación con la Comisión Nacional del Servicio Civil en tanto que se encamina hacia la garantía y la protección del sistema de mérito e igualdad en el ingreso y desarrollo de la carrera del empleo público, evitando reclamaciones indebidas por mala aplicación del fuero sindical en contra de los derechos laborales de quienes superan satisfactoriamente la totalidad de los concursos públicos y adquieren los derechos de carrera".

Advierte que esta Corporación ha sostenido que el fuero sindical no nace a la vida jurídica cuando los servidores públicos han sido nombrados en cargos de carrera en situación de provisionalidad, en relación con su desvinculación cuando el cargo ha de ser provisto acudiendo a la lista de elegibles resultado del concurso público respectivo, por cuanto en esos eventos no se configura un despido sin justa causa que requiera autorización previa del juez del trabajo. Agrega que en ese mismo sentido, se ha pronunciado esta Corte cuando se presenta la supresión de entidades públicas, por sustracción de materia, o supresión de empleos públicos ordenada por la ley, cuando ello obedece a políticas de reestructuración administrativa.

Concluye entonces, que no existe extralimitación de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República, pues lo regulado en el artículo 24 acusado no es un asunto perteneciente al fuero sindical, sino que se trata de regular procedimientos de interés general mediante el Estado pretende cumplir con sus fines constitucionales."

Que a su vez, en su oportunidad La CNSC mediante 3773 de 18 de febrero de 2015, hizo referencia al caso bajo estudio, y puso en conocimiento de este despacho y de las Contralorías Territoriales del país, concepto No. 118047 de 2014 emanado del Ministerio de Seguridad Social que preciso:

(..) para levantar el fuero sindical se requiere elevar solicitud al Juez Laboral, en donde se expresen y se sustenten claramente, los motivos por los cuales se

va a tomar la decisión de despedir, trasladar o desmejorar de sus condiciones laborales a un trabajador aforado por parte de la empresa.

Sin embargo, existen casos en los cuales la autorización judicial para despedir al trabajador amparado por el fuero sindical, no es exigida. En efecto, en el caso puntual de los empleados en provisionalidad, cuando es realizado el correspondiente concurso público de mérito, el Decreto 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, en su artículo 24, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 24. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.1 Cuando no superen e/ período de prueba.

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito." (Negritas fuera de texto original)

En nuestro concepto esta es una norma especial, que no deroga o modifica los artículos 405 a 407 del Código Sustantivo del Trabajo. Este precepto expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el numeral 1 del Artículo 53 de la Ley 909 de 2004, sería aplicable de acuerdo al principio de interpretación de la ley que dicta que la norma especial prevalece sobre la general (artículo 3° de la Ley 153 de 1887).

El mencionado precepto, estableció tres causales justas para proceder al retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad sin necesidad de acudir al Juez Laboral para el levantamiento del fuero sindical, esto es:

- I. Cuando no se haya superado el período de prueba,
- II. Cuando el empleo ocupado en provisionalidad sea ofertado en un concurso público y las persona no participe en el mismo y
- III. Cuando sometido el cargo al concurso de mérito, el empleado provisional no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

La Constitucionalidad de esta norma fue analizada por la Corte Constitucional, en Sentencia C - 1119 de 2005, examinando la naturaleza de la Carrera Administrativa, la función del nombramiento en provisionalidad y el fuero sindical, ante el reproche de los demandantes, respecto a que en la norma en mención se habrían desbordado facultades al regular asuntos de fuero sindical cuya regulación correspondía al legislador, quien históricamente lo habría hecho a través del Código Sustantivo del Trabajo, por tanto se estudió el asunto de la siguiente manera:

5. 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.

5.2. Ya se señaló que el interés general es uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, así como un principio orientador de la función pública. En esas condiciones, la administración puede acudir al nombramiento de cargos en provisionalidad en procura de logro de los fines esenciales del Estado, mientras se puede proveer definitivamente el empleo

con personas que superen las condiciones y requisitos del proceso de selección o concurso de méritos señalados por la ley, en cumplimiento del mandato consagrado en el Artículo 125 de la Carta Política.

El nombramiento de cargos en pro visionalidad 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.

Ahora bien, como se sabe, la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad constitucional y legalmente responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, razón por la cual resultaba necesario expedir una normatividad que regulara el procedimiento que debe surtir ante esa entidad y por la misma, para el adecuado cumplimiento de sus funciones. Así, el legislador extraordinario expidió el Decreto-ley 760 de 2005, en el cual se regula el procedimiento para adelantar los procesos de selección, resolver las reclamaciones que se presenten en el desarrollo de los mismos, la exclusión de las listas de elegibles, revocatoria del nombramiento por el no cumplimiento de los requisitos, declaratoria de desierto del proceso de selección. Es decir una normatividad tendiente a garantizar el cumplimiento en rigor del proceso de selección, con el objeto que los nombramientos en carrera una vez superadas todas las etapas, incluido el periodo de prueba, recaiga exclusivamente en quienes lo han superado en estricto orden de méritos.

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 ad 125) (...)

Se observa entonces, que no existe extralimitación en el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República para expedir los procedimientos que se han de surtir por y ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues como lo sostienen tanto la entidad interviniente como el Ministerio Público, lo regulado por la norma cuestionada no es un asunto propio del fuero sindical, sino del procedimiento que ha de surtir ante el organismo constitucional competente, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 125 de la Constitución Política. No se trata en este caso de una modificación al Código Sustantivo del Trabajo en relación con la garantía del fuero sindical, sino una normatividad tendiente a hacer efectivos los principios que orientan la función pública mediante el adecuado funcionamiento de la carrera administrativa.

El despido del trabajador sin **calificación** judicial previa, que desempeña el cargo en provisionalidad y se encuentra amparado con el fuero sindical ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Corporación, en los

cuales se ha sostenido que no es necesario acudir a la autorización judicial para retirar a un empleado con fuero, pues las consecuencias jurídicas relacionadas con la relación o vínculo laboral se predicán de una definición legal de carácter general, como lo es el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permiten acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección<sup>2</sup>. Con todo, ello no significa que el despido en estos casos no deba ser precedido de un acto administrativo motivado<sup>3</sup> que pueda ser controvertido, a fin de evitar el eventual menoscabo de alguno de los derechos fundamentales de los servidores públicos.

Del sentido de la decisión judicial transcrita, se puede colegir que aunque el artículo 405 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo es aplicable a empleados provisionales, para estos existen tres (3) situaciones taxativamente establecidas, que hacen plenamente procedente el retiro del cargo sin necesidad de que esta causa justa sea declarada judicialmente, toda vez que se tratan de hechos objetivos, que devienen de la propia naturaleza de nombramiento provisional, y que por ende operan en función del interés general y el mandato establecido en el artículo 125 de nuestra Constitución Política.

#### Conclusión

Reafirmamos la conclusión expuesta por el Ministerio de Seguridad Social en el sentido que al proferirse lista de elegibles del concurso de méritos, por parte de la CNSC, tal y como se explica en la parte motiva de la Res. 122 de 13 de mayo de 2015, no aplica agotamiento de procedimiento especial de levantamiento de fuero sindical.

### EXCEPCIONES DE FONDO O PERENTORIAS.

#### 1. FALTA DE EXISTENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO.

El Parágrafo 2º del artículo 3 ibídem, establece que serán aplicables las disposiciones normativas de la Ley 909 de 2004, a las Contralorías Territoriales (Departamentales, Distritales y Municipales) mientras se adopta el sistema especial de carrera administrativa que rijan a los servidores que desempeñen empleos públicos en dichas entidades, situación que a la fecha no ha ocurrido.

Que siendo así, la competencia temporal de la CNSC en relación con las Contralorías Territoriales, comprende entre otras funciones: i) Las competencias de administración y vigilancia que ejerce, las cuales por mandato expreso de la Ley y ratificación jurisprudencial de orden Constitucional (Sentencias C-073 de 2006 y C-175 de 2006), recaen sobre las Contralorías Territoriales en el entretanto no se expida la normativa correspondiente; ii) La obligación legal de proceder a convocar los procesos de selección por mérito para proveer los empleos de carrera en vacancia definitiva de dichas entidades

**Excepción innominada:** Ruego a usted honorable magistrada declarar en el proceso cualquier otra excepción que encuentre probada.

#### PRUEBAS Y ANEXOS

##### Documentales:

Solicito tener como prueba las documentales que se aportan con la contestación de la demanda, relacionados de la siguiente manera:

1. Expediente administrativo.
2. Hoja de vida formato sigep del servidor público.
3. Resolución No.127 del 13 de mayo de 1025.
4. Resolución No.113 del 4 de junio de 2012
5. Resolución No.256 del 5 de octubre de 2017.
6. Acta de posesión No. 334 del 11 de septiembre de 2017.
7. Poder para actuar.

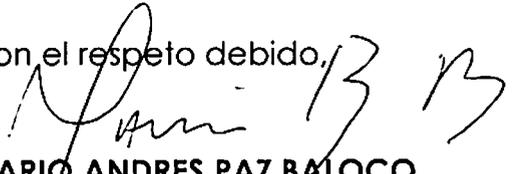
#### NOTIFICACIONES

Recibimos notificaciones en el barrio Pie de la Popa calle 30 N 19ª 09 casa Moraima, en la ciudad de Cartagena.

Correo electrónico: [contraloria@contraloriadecartagena.gov.co](mailto:contraloria@contraloriadecartagena.gov.co)

Teléfono: 3013059287

Con el respeto debido,



**MARIO ANDRES PAZ BALOCO**  
C.C 1.047.393.533 de Cartagena.  
T.P 219.773 C. S de la J.