



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias, Veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

CLASE DE PROCESO	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO	13-001-33-33-008-2015-00553-00
DEMANDANTE	ROCIO GARCÍA MELENDEZ
DEMANDADO	CONTRALORIA DISTRITAL

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora **ROCIO GARCÍA MELENDEZ**, a través de apoderado judicial, contra la **CONTRALORIA DISTRITAL**.

I. LA DEMANDA

Por medio de escrito, la parte actora a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

PRETENSIONES

1. **DECLÁRESE** la nulidad parcial de la Resolución No. 117 del 2015, "Por el cual se declaran insubsistentes unos nombramientos en provisionalidad", emanada de la **CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, expedida por su Director Administrativo y Financiero **MIGUEL TORRES MARRUGO**, en cuanto hace a la Señora **ROCIO DEL CARMEN GARCIA MELENDEZ**, al declararla insubsistente.
2. **DECLÁRESE** la nulidad total de la Resolución No. 146 de 2015, "Por medio del cual se corrige un yerro y se aclara la Resolución No. 117 de 13 de mayo de 2015", emanada de la **CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, expedida por su Director Administrativo y Financiero **MIGUEL TORRES MARRUGO**.
3. **DECLÁRESE** la nulidad total de la comunicación T.H. 393 de fecha Mayo 13 de 2015, mediante la cual se efectuó la comunicación de la Resolución No. 117 del 2015 "Por el cual se declaran insubsistentes unos nombramientos en provisionalidad" a la Señora **ROCIO DEL CARMEN GARCIA MELENDEZ**.
4. **DECLÁRESE**, que no ha existido solución de continuidad, para todos los efectos legales y prestacionales, entre la fecha del retiro inconstitucional e ilegal de la actora, y aquella en la que se verifique materialmente el reintegro de la demandante, **ROCIO DEL CARMEN GARCIA MELENDEZ**.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Como consecuencia inescindible de las anteriores declaraciones, **CONDÉNESE** a la demandada, a dar satisfacción a las siguientes **PRETENSIONES**:

1. **CONDÉNESE** a la demandada **CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, a título de Restablecimiento del Derecho, a reintegrar a la Señora **ROCIO DEL CARMEN GARCIA MELENDEZ** al cargo que ocupaba antes del retiro inconstitucional e ilegal de que fue víctima, a saber: el de **AUXILIAR ADMINISTRATIVO**, Código 407, Grado 05, adscrito a la Dirección Técnica de Auditoría Fiscal, o a uno de igual o superior categoría en las mismas condiciones de empleo, en la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias.
2. Como consecuencia de lo anterior, esto es, del reintegro, se **CONDENE** a la demandada a:
 - 2.1. Al pago de los salarios con sus respectivos aumentos, causados entre la fecha del retiro inconstitucional e ilegal, hasta la fecha en que se produzca efectivamente el reintegro y con posterioridad a la fecha de ejecutoria de la sentencia estimatoria.
 - 2.2. Al pago de las prestaciones sociales –legales y extralegales–, y demás acreencias laborales a que haya lugar, dejados de percibir por la demandante, con sus respectivos aumentos, causados entre la fecha del retiro inconstitucional e ilegal hasta la fecha en que se produzca efectivamente el reintegro y con posterioridad a la fecha de ejecutoria de la sentencia estimatoria.
 - 2.3. Al pago de los aportes al Sistema General de la Seguridad Social Integral en Salud y Pensiones, dejados de cotizar, con sus respectivos aumentos, entre la fecha del retiro inconstitucional e ilegal hasta la fecha en que se produzca efectivamente el reintegro y con posterioridad a la fecha de ejecutoria de la sentencia estimatoria.
3. Que todas las sumas por las que resulten condenada la entidad demandada será debidamente indexada.
4. **CONDENÉSE** a la demandada, a pagar las costas y gastos del proceso.

HECHOS

PRIMERO: La señora **ROCIO GARCIA MELENDEZ** labor al servicio de la **CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA**

SEGUNDO: La demandante tenía fuero sindical ya que se desempeñaba como suplente **PRESIDENTE** de la junta directiva del sindicato **SINECONCAR**.

TERCERO: El funcionario que suscribió el retiro de la accionante no fue el Contralor Distrital de Cartagena.

CUARTO: Por la parte demandante se solicitó audiencia de conciliación ante la procuraduría. El 24 de noviembre de 2015 se dio por fallida dicha audiencia.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

QUINTO: El último salario devengado por la mandante fue de \$1.198.444.

SEXTO: la demandante es madre cabeza de familia y tiene a su cargo a un hijo discapacitado que padece de retardo mental severo

NORMATIVIDAD VIOLADAS

Legales: artículo 12 ley 790 de 2002; artículo 9 y 10 de la ley 489 de 1998; artículo 3,405 y 406 del C.S. del T. DECRETO 1894 del 2012 parágrafo 2.

Constitucionales: artículos 2, 6, 13, 25, 29, 39, 43, 47, 53, 121, 123, 125 y 209 de la Constitución Política Colombiana.

CONCEPTO DE LA VIOLACION

FALTA DE MOTIVACION

En el caso de marras el removedor tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación, pues en ninguna aparta de dicho acto se señalaron las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se resolvió remover a la accionante del cargo que venía desempeñando. En otras palabras no señaló quien sería la persona que proveería de forma definitiva el cargo que desempeñaba la demandante, ni determina la calificación insatisfactoria -si la hubo-, tampoco el lugar que ocupó en el concurso de méritos. Por lo anterior no se cumple el principio de razón suficiente que deben cumplir los actos administrativos, pues no hay motivación clara, particular ni concreta.

FALTA DE COMPETENCIA DEL FUNCIONARIO EN LA EXPEDICION DEL ACTO.

Aduce el demandante que la autoridad administrativa que profirió los actos acusados de nulidad no se encontraba legalmente facultado para ello, pues fueron expedidos por el Director Administrativo Y Financiero De La Contraloría Distrital de Cartagena, señor MIGUEL TORRES MARRUGO, y no por el funcionario competente quien es el Contralor Distrital, señor MARIO FELIZ MONSALVE.

Manifiesta que si bien el Director Administrativo Y Financiero de la Contraloría había sido delegado por el Contralor Distrital para ejercer funciones nominadoras, también lo es que dentro de las mismas funciones delegadas no se encuentra la de remover. En otras palabras, este funcionario no tenía funciones para remover cargos dentro de la contraloría.

FALSA MOTIVACION.

En el acto atacado se indicó que la accionante no se encontraba inmersa en ninguna de las causales establecidas en el parágrafo 2 del decreto 1894 de 2012 definidas por la CNSC, y que por ello no gozaba de protección especial y en consecuencia procedía su desvinculación; siendo que la señora ROCIO GARCIA MELENDEZ acreditaba la condición de madre cabeza de familia y además era empleado amparado con fuero sindical.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

EXPEDICION IRREGULAR.

Explica la demandante que la resolución No. 117 de 13 de mayo de 2015, por medio de la cual se le declaró insubsistente, fue aclarada por la resolución No. 146 de 2015, por ello ambos actos constituyen una unidad fraccionada. En ese sentido, los vicios del primer acto impregnan al segundo.

Además, según lo enseñado por el Consejo De Estado, "si la ley obliga a motivar o la naturaleza del acto impone la expresión de los motivos, la no manifestación de estos constituye expedición en forma irregular".

Manifiesta también que la voluntad de retirar y los medios de retiro, consagrados en un acto administrativo, deben ser claros, precisos, directos y unívocos.

En este orden de ideas, estima el demandante que no existe acto administrativo por cuanto la primera resolución tuvo que ser corregida, lo cual quiere decir que la propia administración aceptó la existencia de un vicio dentro de dicho acto y por ello procedió a corregirlo, sin embargo, la demandada no revocó ese acto inicial, pues en sentir del accionante, lo procedente era dejar sin efectos la resolución inicial.

INFRACCION DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.

La poderdante es sujeto de especial protección constitucional por ser madre cabeza de familia y madre de un discapacitado y su ingreso económico constituía el único sustento de su hogar. Por ello, la contraloría distrital al declararla insubsistente, no tuvo en cuenta su situación especial, y al encontrarse sumergida en ella, requiere de un trato preferencial además que no se dieron los requisitos que establece la Corte para que proceda su desvinculación, esto es: i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación.

II. RAZONES DE LA DEFENSA

➤ **CONTRALORIA.**

Que el literal a) del artículo 11 de la ley 909 de 2004 dispone que corresponde a la comisión nacional de servicio civil 2 establecer los lineamientos generales con que se desarrollaran los procesos de selección..."

Por ello la CNSC 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.

Que el número de vacantes de carrera administrativa de la Contraloría Distrital que hacen parte de la oferta pública de empleos de la entidad y que serán convocadas a través de concurso abierto de méritos es de 66 vacantes.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

El 01 de octubre de 2013 en sesión ordinaria de la sala plena de la comisión nacional de servicio civil, se aprobó por unanimidad convocar el proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos las vacantes definitivas de empleos de carrera administrativa de la contraloría- convocatoria No. 288-2013.

Agotadas todas las etapas de selección y con base a los resultados suministrados por la universidad de Medellín, se conformó la lista de elegibles.

Por lo tanto, en uso de las facultades otorgada en la resolución No. 113 de 04 d de junio de 2012, por medio de la cual se delega la función nominadora, y además, no existiendo en cabeza de los funcionarios en provisionalidad ninguna de las causales establecidas en el parágrafo 2 del decreto 1894 de 2012 definidas por la CNSV, fue procedente declarar la insubsistencia de los mismos.

Señala también que el artículo 24 del decreto 760 de 2005 refiere que no será necesario la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical 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. Quiere decir lo anterior que al proferirse la lista de elegibles del concurso de méritos no se aplica el procedimiento especial de levantamiento de fuero sindical.

Por ultimo manifiesta que si bien la demandante expone su situación como madre cabeza de familia, también lo es que su situación fáctica no se adecua a los contenidos normativos del parágrafo 2 del decreto 1894 de 2012, en el entendido que solo es procedente la protección aludida si el número de personas en la lista elaborada por el CNSC es menor al de los empleos ofertados a proveer.

En ese sentido, la OPEP a la cual aspiraba la demandante era la denominada 203429 auxiliar administrativo código 407 grado 05, para proveer 9 vacantes, y la lista de elegibles enviada por el CNSC mediante resolución No. 1577 de 14 de abril de 2015 provee las 9 vacantes, es decir, el número de personas en la lista de elegibles es igual al número de vacantes ofertadas.

Por último, propone la excepción denominada falta de existencia del derecho pretendido.

DE LAS PRUEBAS

- Oficio T.H. 393- 13/05/2015.
- Resolución No. 117 de 13 de mayo de 2015.
- Recurso de reposición en subsidio apelación rad. 1073 de 22 de mayo de 2015
- Oficio D.A.F. -029- 27/05/2015.
- RESOLUCION No. 146 de 25 de mayo de 2015.
- Acta de cambios de Junta Directiva Subdirectiva o Comité Seccional de una Organización Sindical.
- Acta de conciliación fallida ante procuraduría 175 judicial 1 administrativa.
- Declaración extra proceso de fecha 01 de septiembre de 2015.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

- Declaración juramentada de fecha 01 de septiembre de 2015 ante Notaria Quinta de Cartagena.
- Declaración juramentada de fecha 7 de octubre de 2008.
- Constancia medica de fecha 14 de febrero de 2014.
- Cedula de ciudadanía de ROCIO GARCIA MELENDEZ
- Tarjeta de identidad de DALMIRO CHAVEZ GARCIA.
- Memorial de fecha 08 de octubre de 2008 dirigido a Dr. HERNANDO SIERRA PORTO.
- Respuesta a petición de inscripción extraordinaria en carrera administrativa.
- Solicitud hoja de vida de fecha 26 de mayo de 2015.
- Derecho de petición radicado No. 2609 de 03 de diciembre de 2013
- Respuesta a derecho de petición presentado el 03 de diciembre de 2013.
- Antecedentes administrativos.

III. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el día 27 de noviembre de 2015 y admitida por este despacho mediante auto fechado 16 de diciembre de 2015 (fl 55).

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Juridica del Estado y al Ministerio Público el día 10 de febrero de 2016 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

El 25 de mayo de 2016, este despacho acepta la reforma de la demanda presentada por el apoderado judicial de la demandante.

Luego, mediante auto de fecha 08 de julio de 2016, se citó a las partes a audiencia inicial para el día 13 de septiembre de 2016, conforme con el artículo 180 del CPACA, la cual se realiza en la fecha indicada. En ella se declaró probada la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Distrito y se le excluyó del presente medio de control.

Finalmente en audiencia de prueba celebrada el 06 de diciembre de 2016 se incorporan las pruebas y se corre traslado para alegar de conclusión por el término de 10 días.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

DEMANDANTE: la parte demandante se abstuvo de rendir alegatos conclusivos.

DEMANDADO: La entidad demandada se ratifica en el escrito de contestación de la demanda, en los siguientes puntos:

Reitera que el número de vacantes ofertadas y el número de personas en la lista es el mismo, es decir 9 en total, teniendo necesariamente que desvincular y posteriormente proceder a nombrar a los integrantes de la lista enviada por la CNSC, por lo que queda



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

claro que la contraloría no tenía distinta elección a la del cumplimiento del deber legal y constitucional.

La lista de elegibles es un acto administrativo cuyo fin es establecer un orden para proveer los cargos estrictamente ofertados, y no otros, lo que obliga a las entidades nominadoras a proveer exclusivamente el número de plazas ofertadas en cada una de las convocatorias.

Reafirma que no será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical 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. Quiere decir lo anterior que al proferirse la lista de elegibles del concurso de méritos no se aplica el procedimiento especial de levantamiento de fuero sindical.

Por último, si bien la demandante expone su situación como madre cabeza de familia, también lo es que su situación fáctica no se adecua a los contenidos normativos del parágrafo 2 del decreto 1894 de 2012, en el entendido que solo es procedente la protección aludida si el número de personas en la lista elaborada por el CNSC es menor al de los empleos ofertados a proveer. Aunado a que la demandante no pudo probar en el proceso los supuestos de hecho que den lugar para ser considerada como madre cabeza de familia.

MINISTERIO PÚBLICO: El señor agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

PROBLEMA JURIDICO.

Establecer si se ajustan a derecho las Resoluciones No. 117 del 2015 y 146 de 2015 emanadas de la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, expedida por su Director Administrativo y Financiero MIGUEL TORRES MARRUGO mediante los cuales se declararla insubsistente a la Señora ROCIO DEL CARMEN GARCIA MELENDEZ.

TESIS DEL DESPACHO

El Despacho observa que el acto administrativo que retiró del servicio ROCIO GARCIA MELENDEZ si está motivado, pues explicó que el retiro obedece a que se estaba cumpliendo la orden impartida por la Comisión Nacional De Servicio Civil mediante resolución 1577 de 14 de abril de 2014, que además, la demandante no encuadraba en ninguna de las causales establecidas en la ley para brindarle protección especial, es decir, no reunía la calidad de empleada aforada ni madre cabeza de familia. Conviene precisar que para los casos en que el retiro del servicio ocurre por esta



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

causal no se requiere de otra motivación, pues la ley no exige que el acto deba contener otros elementos o fundamentos.

De otro lado, la facultad nominadora delegada al Director Administrativo Y Financiero de la Contraloría Distrital de Cartagena, implica tanto la potestad de vincular al servicio, como la de retirar del mismo.

Otro punto a dilucidar es que, si bien la señora ROCIO GARCIA MELENDEZ aduce estar amparada por fuero sindical y ser madre cabeza de hogar, también lo es que el decreto 760 de 2005 en su artículo 24 establece que no se necesita autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical cuando el empleo ocupado en provisionalidad sea convocado a concurso y el empleado no se encuentre dentro de los puestos que permitan su nombramiento en ese mismo cargo.

La señora ROCIO GARCIA MELENDEZ tampoco demostró cumplir con los requisitos jurisprudenciales exigidos para ser madre cabeza de familia, pues las pruebas aportadas al infolio no tienen la fuerza suasoria suficiente para demostrar los supuestos facticos requeridos para ser acreedora de la protección especial que se desprende de esta especial condición.

Por último, la resolución atacada por ilegalidad es un acto de ejecución, pues se limita meramente a cumplir una orden, y de conformidad con el artículo 75 del CPACA estos actos no son susceptibles de recurso, salvo en los casos en que norma expresa así lo indique.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

De la provisionalidad de la Ley 909 de 2004

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción.
- c) Empleos de periodo fijo
- d) Empleos temporales (art. 1 Ley 909/2004).

El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la misma normatividad (art. 2 *idem*).

De acuerdo con lo previsto en el artículo 5 *ibidem*¹, los empleos de los organismos y entidades regulados por la misma ley, son de CARRERA ADMINISTRATIVA, excepto:

¹ Conc. Art. 125 C.P.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

1.- Los de elección popular, los de periodo fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de los trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2.- Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, según lo previsto en la misma norma.

b) 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 funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (literal b) num. 2 art. 5 ídem).

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

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

Ahora bien, sobre la provisionalidad en el decreto 1227 de 2005, reglamentario de la ley 909 de 2004. *Vinculación a los empleos de carrera, provisión de empleos:*

Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados."

Los nombramientos provisionales sólo podrán ser declarados insubsistentes, antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado.

La Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional. En el



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

presente caso, se observa que en el nombramiento provisional del actor, no se especificó el término de duración del cargo para el cual fue nombrado, razón por la cual se entiende prorrogada en el término del tiempo.

Así también, conforme al artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 "Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado". Esta disposición modifica en forma sustancial el régimen que se venía aplicando, estableciendo una condición más favorable para los empleados provisionales, respecto de quienes el retiro discrecional cede para dar vía al retiro del servicio motivado en causas que lo justifiquen.

Con la expedición de la Ley 909 de 2004 y el Decreto reglamentario 1227 de 2005, como lo había expresado la Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, en concepto de 14 de julio de 2005, Radicación No. 1652², se está en presencia de dos derogatorias expresas:

- 1.- La de la Ley 443 de 1998 por el artículo 58 de la Ley 909 y,
- 2.- La del Decreto 1572 de 1998 por el artículo 112 del decreto 1227 de 2005.

Y, de una derogatoria tácita y parcial: La del artículo 107 del decreto reglamentario 1950 de 1973, como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 41³ de la ley 909 de 2004 y 10 del decreto reglamentario 1227 de 2005.

² En aquella oportunidad precisó esa Sala: "Los artículos 107 del decreto 1950 de 1973, reglamentario de los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 y 7º del decreto 1572 de 1998, reglamentario de la ley 443 del mismo año, que reconocían facultad discrecional a la administración para retirar del servicio a los empleados que desempeñaran un cargo de carrera en provisionalidad, fueron derogados implícitamente por los artículos 3º y 41 de la ley 909 de 2005 y el artículo 10º del decreto 1227 del mismo año que la reglamentó, conforme a los cuales tales nombramientos sólo podrán darse por terminados mediante resolución motivada."

³ "ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) <Literal INEXEQUIBLE>
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Este Despacho, acoge la tesis del Consejo de Estado⁴, que en aplicación del principio de igualdad (art. 13 C.P), aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento⁵, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad.

Con respecto a la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, tenemos que la fecha de la desvinculación del actor ocurrió en vigencia de la Ley 909 de 2004, es así pues, que dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO⁶, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos⁷ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 50. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

PARÁGRAFO 2o Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado."

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

⁵ Esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.

⁶ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

⁷ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.

Por su parte el decreto 760 de 2005, mediante el cual se establece el procedimiento a seguir para retirar del servicio a empleados aforados, en su artículo 24, establece:

"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 periodo 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 ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito". (Subrayas y negrillas del despacho)

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional, quien en sentencia C-1119 de 2005, manifestó lo siguiente:

*"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 periodo 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. 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*



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos". (Subrayas y negrillas del Despacho)

Quiere decir lo anterior que no importa si el empleado goza de fuero sindical, pues en tratándose de proveer las vacantes ofertadas por aquellos concursantes que aprobaron el concurso de méritos y que se encuentran en lista de elegibles en firme, enviada por la comisión nacional de servicio civil; no es requisito *sine qua non* obtener autorización judicial para proceder a la desvinculación de aquel empleado aforado.

De otro lado, cuando la lista de elegibles está conformada por un número de aspirantes inferior al número de vacantes ofertadas en el concurso de méritos, se debe tener en cuenta para proveer dichos cargos si los empleados en provisionalidad gozan de protección especial. Es así como el parágrafo 2 del decreto 1894 de 2012, establece que:

"Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. *Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
2. *Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
3. *Ostentar la condición de pre-pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
4. *Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical".*

Así mismo, para acreditar la condición de madre cabeza de familia es menester probar dentro del proceso que se cumplen las exigencias esbozadas por la jurisprudencia constitucional, las cuales a saber son: (i) *que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar;* (ii) *cuya responsabilidad sea de carácter permanente;* (iii) *responsabilidad derivada no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre;* o (iv) *cuya pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde, por algún motivo como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte;* y (v) *que no reciba ayuda alguna por parte de los demás miembros de la familia o, recibéndola, que exista una deficiencia sustancial entre lo requerido para satisfacer el mínimo vital de los sujetos a su cargo y lo recibido, siendo, en la práctica, el sustento del hogar una responsabilidad exclusiva de la madre.*

En cuanto a lo que implica la facultad nominadora, la contraloría emitió concepto Jurídico 50194 Septiembre 25 de 2006, en el cual aclaró que:

"Para el cumplimiento de sus objetivos el Estado requiere la presencia y actividad de personas que realizan esas funciones dentro de un marco de organización administrativa. Esas personas, según el querer constituyente, deben tener unos atributos de mérito y calidad que el propio ordenamiento



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

jurídico contempla. Para decidir y vincular al servicio público a las personas que cumplen los requisitos el Estado ha dotado de una especial confianza y capacidad jurídica a personas que tienen la facultad de nominar (elegir el nomen) a quienes van a engrosar las filas del servicio en el Estado. "La facultad nominadora es entonces entendida como la competencia que se le asigna al jefe o representante legal de una entidad para producir las decisiones de vinculación o retiro de empleados, trabajadores o funcionarios públicos"

Bajo este entendido, se concluye que la facultad nominadora es un concepto amplio y que no debe interpretarse en el sentido estricto de la acepción "nominar", pues dicha facultad otorga funciones tanto para vincular al servicio como para retirar del mismo.

CASO CONCRETO

A la luz de la Ley 909 de 2004, la motivación del acto es requisito de su esencia, en tratándose de actos que dispongan el retiro del servicio de los empleos de carrera, incluidos aquellos ocupados por empleados nombrados en provisionalidad aún antes de entrar en vigencia dicha normatividad, y son motivados, ellos deben corresponder a la realidad de los hechos y a lo consagrado en dicha norma.

De lo anterior se desprende, que cuando se decidió el retiro señalando que daba por terminado el nombramiento en el cargo de la señora ROCIO GARCIA MELENDEZ que estaba nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, lo que se hizo fue declarar la insubsistencia de su nombramiento (Folio 26-28), pues sabido es que el acto de insubsistencia se presume proferido por fines de servicio, mientras no se demuestre lo contrario. Es así pues que en el presente caso, se debía motivar el acto demandado, de conformidad con el Decreto 1227 de 2005 Reglamentario de la Ley 909 de 2004, de tal manera que la motivación del acto, constituye pues una garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso, que en el presente caso han sido violentados; y en lo que se fundamenta el acto.

Señala el acto demandado que: *"agotadas las etapas del proceso de selección y con base en los resultados suministrados por la universidad de Medellín, quien en cumplimiento del contrato de prestación de servicios No. 054 suscrito con la CNSC construyó, aplicó, calificó y dio respuesta a las reclamaciones presentadas contra los resultados publicados de las pruebas descritas en la convocatoria No. 288 de 2013, es pertinente conformar y adoptar la lista de elegibles para el empleo denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 05 de la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, ofertado a través de la convocatoria No. 288 de 2013, bajo el No. 203429.*

Que la comisión nacional del servicio civil envió la resolución No. 1577 del 14 de abril de 2015 por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer nueve vacantes del empleo de carrera administrativa denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 05 de la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, ofertado a través de la convocatoria No. 288 de 2013, bajo el No. 203429.

Que en virtud de dichos mandatos normativos y no existiendo en cabeza de los actuales nombramientos en provisionalidad ninguna de las causales



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

establecidas en el parágrafo 2 del decreto 1894 de 2012, definidas por la CNSC mediante oficio 3773 de 18 de febrero de 2015 es procedente declarar la insubsistencia de los mismos" (subrayas y negrillas del Despacho)

El Despacho observa que el acto administrativo que retiró del servicio ROCIO GARCIA MELENDEZ sí está motivado, pues explicó que el retiro obedece a que se estaba cumplimiento la orden impartida por la Comisión Nacional De Servicio Civil mediante resolución 1577 de 14 de abril de 2014, y que además, la demandante no encuadraba en ninguna de las causales establecidas en la ley para brindarle protección especial, es decir, no reunía la calidad de empleada aforada ni madre cabeza de familia. Conviene precisar que para los casos en que el retiro del servicio ocurre por esta causal no se requiere de otra motivación, pues la ley no exige que el acto deba contener otros elementos o fundamentos, tales como la identificación de la persona que ocupara el cargo en carrera en ocasión al concurso de mérito. Esa razón es el motivo suficiente del acto administrativo de retiro que desvinculó a la demandante de la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA.

De otro lado, el acto administrativo de desvinculación fue proferido por el señor MIGUEL TORRES MARRUGO, Director Administrativo y Financiero de la Contraloría Distrital De Cartagena, en virtud de las competencias delegadas mediante resolución No. 113 de 04 de junio de 2012. Dentro de las funciones delegadas se encuentra la Nominadora, la cual es una facultad amplia que implica tanto la potestad de vincular al servicio, como la de retirar del mismo, conforme lo explicó la Contraloría General De La Nación a través de concepto Jurídico 50194 Septiembre 25 de 2006.

Otro punto a dilucidar es que, si bien la señora ROCIO GARCIA MELENDEZ aduce estar amparada por fuero sindical y ser madre cabeza de hogar, también lo es que el decreto 760 de 2005 en su artículo 24 señala una excepción a la regla que requiere autorización judicial previa para proceder a la desvinculación de aquel empleado; es así como la norma en cita establece que no se necesita autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical cuando el empleo ocupado en provisionalidad sea convocado a concurso y el empleado no se encuentre dentro de los puestos que permitan su nombramiento en ese mismo cargo. Quiere decir lo anterior que en el caso de marras no aplica la protección pretendida por el accionante.

En cuanto a ser madre cabeza de familia, la señora ROCIO GARCIA MELENDEZ no demostró cumplir con los requisitos jurisprudenciales exigidos para ello. En ese sentido, esta judicatura observa que la demandante allegó al expediente declaración extra juicio de fecha 07 de octubre de 2008 y constancia medica de fecha 14 de febrero de 2014, con la finalidad de acreditar su condición de madre cabeza de familia; dichos elementos de prueba, a consideración de este despacho, no tienen la fuerza suasoria suficiente para demostrar los supuestos facticos requeridos para ser acreedora de la protección especial que se desprende de la condición de ser madre cabeza de familia.

Los actos administrativos demandados tampoco pueden ser acusados por expedición irregular, toda vez que la resolución No. 117 de 13 de mayo de 2015 "por la cual se declaran insubsistentes unos nombramientos en provisionalidad", está ejecutando el artículo séptimo de la resolución No. 1577 de 14 de abril de 2015 de la Comisión



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Nacional De Servicio Civil, por la cual se adopta la lista de elegibles para proveer nueve vacantes del empleo de carrera denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 05 de la Contraloría Distrital de Cartagena". En otras palabras, la resolución atacada por ilegalidad es un acto de ejecución, pues se limita meramente a cumplir una orden, y de conformidad con el artículo 75 del CPACA estos actos no son susceptibles de recurso, salvo en los casos en que norma expresa así lo indique.

En hilo de lo expuesto este estrado judicial concluye que no se configura ninguno de los cargos de nulidad expuestos por la parte demandante sobre los actos administrativos acusados, puesto que se encuentra probada la excepción de mérito denominada "falta de existencia del derecho pretendido".

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

".....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la parte demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada "falta de existencia del derecho pretendido", de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

SEGUNDO: En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones esbozadas en las consideraciones de este proveído.

TERCERO: NO CONDENAR en costas.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena