

399



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

Cartagena de Indias D.T y C, cinco (05) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2018-00025-00
Demandante	DELCY ALCAZAR LORDUY
Demandado	DISTRITO DE CARTAGENA – PERSONERÍA DISTRITAL
Tema	INSUBSISTENCIA Y REINTEGRO DE PROVISIONAL
Sentencia No	0134

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO dentro de la demanda presentada por DELCY ALCAZAR LORDUY, a través de apoderado judicial, contra el DISTRITO DE CARTAGENA (PERSONERÍA DISTRITAL DE CARTAGENA).

2. ANTECEDENTES

PRETENSIONES:

1. Que se declare la nulidad de la resolución No. 160 de 07 de junio de 2017, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento efectuado mediante resolución No. 062 de 2009 del 12 de marzo de 2009, a la señora DELCY DEL CARMEN ALCAZAR LORDUY.
2. Que a título de restablecimiento del derecho se condene al DISTRITO DE CARTAGENA y a la PERSONERIA DISTRITAL DE CARTAGENA, a reintegrar a la accionante al cargo de INSPECTOR CODIGO 416 GRADO 03 de la Personeria Distrital, en provisionalidad, o a otro de igual categoría y remuneración, sin solución de continuidad.
3. Que se condene al DISTRITO DE CARTAGENA y a la PERSONERIA DISTRITAL DE CARTAGENA, a pagar a la accionante los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de retiro hasta cuando sea reintegrada.
4. Que se condene al DISTRITO DE CARTAGENA y a la PERSONERIA DISTRITAL DE CARTAGENA, a pagar las costas y agencias en derecho a favor de la accionante.

HECHOS

Se tienen como hechos de la parte demandante los expuestos en el libelo demandatorio, los cuales se sintetizan así:

La accionante fue nombrada en provisionalidad para ocupar el cargo de INSPECTOR código 416 grupo 03 en la Personería Distrital de Cartagena. La propiedad de dicho cargo pertenece a EDENIA ALVAREZ TORRES.

Aduce la accionante que la señora EDENIA ALVAREZ TORRES, perdió la titularidad de dicho cargo por no haber desempeñado funciones por un término superior a 08 años. Por ello la demandante argumenta que tiene derecho a permanecer en ese empleo hasta que se haga la





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

respectiva provisión en propiedad.

Al momento en que la accionante se retiró del mentado cargo, se encontraba amparada por fuero sindical por ser Secretaria General de la Junta Directiva del sindicato ASOPERCOL.

La PERSONERIA DISTRITAL al decretar la insubsistencia de la accionante, omitió solicitar autorización al juez del trabajo, y finalmente, para proveer el cargo de INSPECTOR CODIGO 416 GRADO 03 de la Personería Distrital, no se ha convocado a concurso de méritos.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Considera el apoderado judicial de los accionantes que con la expedición del acto acusado los accionados han trasgredido las siguientes normas:

Con la expedición del decreto N°160 de fecha 07 de junio de 2017, infringieron los siguientes preceptos:

- 1- Constitucionales: Artículos 38, 39, 53 y 93.
- 2- CST: 405 a 413.
- 3- Legales y Normativos: Artículos 40 CCA.
- 4- Decreto 760 de 2005, art. 24
- 5- Convenios y tratados internacionales: 87 de 1848, 98 de 1948, 135 de 1971, 151 de 1978, 154 de 1981.

Como concepto de violación de las normas, en concreto, planteó lo siguiente:

Es falsa la motivación expuesta en el acto demandado, en razón a que para la administración es claro que la trabajadora tenía la calidad de aforada sindical y que además la presunta titular del cargo no lo había ejercido por un período superior a los 8 años, con lo cual no le asistía ninguno de los derechos de carrera administrativa, pues existía una vacante definitiva del cargo y era procedente convocar a concurso para su provisión. Es palmario que la finalidad del acto administrativo fue retirara a una persona constitucionalmente protegida, bajo el aparente retorno de la titular del cargo, lo cual nunca aconteció, pues la titular había perdido todos los derechos de carrera.

- CONTESTACIÓN

PERSONERÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS: La entidad se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer de sustento fáctico y jurídico, de conformidad con lo expuesto en los hechos de la presente demanda. Manifiesta que no obedece a la verdad la manifestación de la parte demandante respecto a respecto de la pérdida de los derechos de carrera de la señora EDENIA ÁLVAREZ TORRES, por haber estado ella sin desempeñar las funciones del cargo por un término superior a los 8 años, lo anterior porque mediante resolución No. 060 del 12 de marzo de 2009, a la antes mencionada se le encargó el desempeño del cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 05 de la Personería Distrital, situación que se encuentra presupuestada en el numeral 3 del artículo 42 de la ley 909 de 2004, destacando que a través del mismo acto administrativo se nombró en provisionalidad a la hoy demandante; con lo





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

anterior queda claro que el nombramiento de la accionante siempre tuvo la vocación de temporalidad, pues el mismo estuvo supeditado al encargo de la titular del cargo; y en el presente asunto se cumplieron con todas las exigencias de ley para declarar la insubsistencia.

DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS: La entidad expone la *falta de legitimación en la causa por pasiva*, sustentándola en que la Personería Distrital tiene patrimonio y administración autónoma del mismo, pertenece como entidad estatal al Ministerio Público y no al ejecutivo, y fue la entidad nominadora que expidió los actos administrativos que son objeto de nulidad en este proceso.

EDENIA ÁLVAREZ TORRES: Esencialmente aduce que no le asiste a la demandante para solicitar el reintegro y carece de legitimación en el causa para ello, teniendo en cuenta que los derechos de carrera administrativa los otorga la ley a quienes han accedido al empleo público a través de un proceso de selección o concurso público de méritos y no pueden los particulares sino la autoridad competente declarar la pérdida de tales derechos, y en el presente caso están certificados los mismos a favor de la señora ÁLVAREZ TORRES.

- TRÁMITES PROCESALES

La demanda fue presentada en la fecha 13 de febrero de 2018, siendo admitida el 21 de marzo de dicha anualidad, y notificada al demandado por estado electrónico N° 035 de 2018.

Posteriormente fue notificada a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado Civil y al Ministerio Público el día 05 de abril de 2018 de conformidad con lo establecido en el artículo 199 del CPACA.

Se fija en lista las EXCEPCIONES propuestas en la contestación de las demandas por los términos de ley.

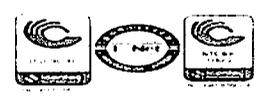
Se cita a las partes a audiencia inicial para el día 10 de octubre de 2018, conforme con el artículo 180 del CPACA, en la cual se conformó en debida el contradictorio, señalándose nueva fecha para dicha audiencia el 08 de abril de 2019, y para la fecha 30 de mayo hogaño se celebró audiencia de pruebas conforme a lo establecido en el artículo 181 del CPACA. Se cierra el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar dentro de los 10 días siguientes.

- ALEGACIONES

DEMANDANTE. Reitera lo expuesto en el libelo demandatorio, destacando que existe falsa motivación, pues el retiro de la señora DELCY ALCAZAR, se produjo muy a pesar de que el acto administrativo que los dispuso, fue dejado sin efectos o revocado desde el día de su pronunciamiento, tal como lo declaró bajo juramento la jefe administrativa y financiera y directora de talento humano de la Personería Distrital, en la audiencia celebrada el día 30 de mayo de 2019 dentro de este proceso; por lo que se pide se declare la nulidad pedida y se acceda a las pretensiones.

DEMANDADO.

PERSONERÍA DISTRITAL DE CARTAGENA. Itera lo expuesto en su contestación de demanda,





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

esencialmente que no existe falsa motivación, pues la Personería cumple a cabalidad con lo señalado con la jurisprudencia constitucional, en el sentido que los funcionarios nombrados en provisionalidad para ser declarados insubsistentes, se necesita demostrar la verdadera motivación del acto administrativo para así salvaguardar la estabilidad relativa, y en el presente asunto se justificó la insubsistencia debido a que finalizó el encargo de la señora EDENIA ÁLVAREZ, titular del cargo que ocupaba en provisionalidad la demandante actualizándose con ello los elementos de derecho y hecho, y no pueden existir dos personas ocupando el mismo cargo, debiendo primar los derechos del trabajador de carrera administrativa como así ocurrió.

DISTRITO DE CARTAGENA. Retoma lo expuesto en su contestación, manifestando que respecto a ella existe falta de legitimación en la causa por pasiva.

EDENIA ÁLVAREZ TORRES. Insiste en lo dicho al contestar la demanda, básicamente que los derechos de carrera administrativa los otorga la ley a quienes han accedido al empleo público a través de un proceso de selección o concurso público de méritos y no pueden los particulares sino la autoridad competente declarar la pérdida de tales derechos, estando esos derechos en cabeza de EDENIA ÁLVAREZ TORRES.

Sin alegatos de conclusión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público: no rindió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal sin que, en la hora actual, se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

3. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

Los problemas jurídicos a dilucidar en este asunto son:

- 1- Determinar si se configuró la causal de falsa motivación en la expedición de la resolución No. 160 de 07 de junio de 2017, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad efectuado a la señora DELCY DEL CARMEN ALCAZAR LORDUY.
- 2- Determinar si la accionante tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada por encontrarse amparada por fuero sindical.
- 3- En caso de comprobar la configuración de la causal de nulidad por falsa motivación y que la accionante goza de fuero sindical, se determinara si tiene derecho al reintegro, pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir.

TESIS DEL DESPACHO

En conclusión, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley (909 de 2004), de manera que

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 31-07-2017

Página 4 de 19





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad, constatándose en el asunto bajo estudio que no se materializó causal legal que posibilitara declarar en vacancia definitiva el cargo que en carrera administrativa ostenta la señora EDENIA ÁLVAREZ TORRES mientras esta se encontraba encargada en otro cargo al interior de la Personería Distrital de Cartagena, y a la par que al nombrarse en provisionalidad a DELCY ALCÁZAR LORDUY se dejó claro que el mismo era temporal y se supeditaba al ejercicio del encargo realizado a favor de ÁLVAREZ TORRES, el cual culminó mediante Resolución No. 159 de fecha 07 de junio de 2017, motivo por el cual culminó la vinculación provisional de la hoy demandante, verificándose que no existe vulneración a la normativa que regula la vinculación y retiro de los servidores públicos, por el contrario se respetó el principio según el cual en derecho las cosas se deshacen como se hacen.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Teniendo en cuenta la situación fáctica y las pretensiones de la demanda que nos ocupa, se trae a colación la siguiente normativa.

El artículo 125 constitucional establece:

“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 de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

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.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”

Por su parte en lo referente a la provisionalidad, la ley especial establece lo siguiente:

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 período 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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

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.- Los de elección popular, los de período 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 *idem*).

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 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.

¹ Conc. Art. 125 C.P.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

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;
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5º. 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.”





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

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 parágrafo 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 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 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”. (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

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.



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00**

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 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 período 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 aquélla 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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

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 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”

Sobre la naturaleza jurídica de los funcionarios en calidad de provisionales, y el contenido de la motivación del acto administrativo mediante el cual se desvincula a empleados en cargos provisionales, la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia T-147/13, acotó lo siguiente:

“NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FUNCIONARIOS EN CALIDAD DE PROVISIONALES

4.3.1. *La Constitución Política establece en su artículo 125 que los empleos en las entidades públicas son de carrera y que su vinculación se realizará mediante concurso, con el propósito de incentivar el mérito para acceder a la función pública. El mismo artículo precisa que el retiro se efectuará “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.*

4.3.2. *Como el procedimiento para proveer un cargo de carrera en forma definitiva no es expedito “el Legislador ha autorizado que como medida transitoria y excepcional se dé una vinculación por encargo o en provisionalidad⁸, cuando la primera no pueda verificarse.”⁹*

4.3.3. *La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”¹⁰. Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad¹¹.*

4.3.4. *La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción.*

⁸ Ver, entre otros, Decreto-Ley 2400 de 1968, Artículo 5; Ley 61 de 1987, Artículo 4; Ley 27 de 1992, Artículo 10; Ley 443 de 1998, Artículo 8; y la Ley 909 de 2004.

⁹ Cfr. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰ Cfr. Sentencia T-1206 del 06 de diciembre de 2004, MP. Jaime Araújo Rentería.

¹¹ Ibidem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

4.3.4.1. Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera¹². Sobre este punto, la Corte señaló en la Sentencia T-251 de 2009, que:

“La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado”¹³.

Posteriormente, en la **Sentencia SU-917 de 2010¹⁴**, se reiteró que para respetar y garantizar: **(i)** la cláusula de Estado de Derecho, en virtud de la cual los poderes públicos se sujetan al principio de legalidad y se proscriben la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados; **(ii)** el derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, ya que la motivación de los actos administrativos posibilita el ejercicio del derecho de contradicción y defensa; y **(iii)** el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública, en la medida en que conforme a éstos a la administración le corresponde dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido¹⁵; **es necesario que el retiro de los servidores vinculados en calidad de provisionales sea motivado.**

4.3.4.2. En lo concerniente a los cargos de libre nombramiento y remoción debe recordarse que son una excepción dentro de la provisión de empleos, pues “no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades”¹⁶.

Ahora bien, no existe una ley mediante la cual se asimilen los cargos provisionales a los cargos de libre nombramiento y remoción, y en consecuencia los nominadores no pueden desvincular a quienes se desempeñan en cargo provisionales con la misma

¹² Ibidem. SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio y T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹³ Cfr. Sentencia T-241 del 02 de abril de 2009. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁴ Ver, entre muchas otras, las Sentencias: SU-250 del 26 de mayo de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero. T-884 del 17 de octubre de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández. T-610 del 24 de julio de 2003. MP. Alfredo Beltrán Sierra. T-597 del 15 de junio de 2004. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. T-031 del 21 de enero de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño. T-024 del 26 de enero de 2006. MP. Alfredo Beltrán Sierra. T-064 del 01 de febrero 2007. MP. Rodrigo Escobar Gil. T-007 del 17 de enero de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. T-011 del 16 de enero de 2009. MP. Nilson Pinilla Pinilla. SU-917 del 11 de noviembre 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Cfr. Sentencia C-514 del 16 de noviembre de 1994. MP. José Gregorio Hernández Galindo.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

discrecionalidad que tienen frente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, es decir, sin asumir la obligación de motivar sus actos¹⁷.

4.3.5. En conclusión, los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción¹⁸; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación¹⁹.

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

CASO CONCRETO

Inicialmente, y siendo que en el asunto bajo estudio se demandó a la Personería Distrital de Cartagena y al Distrito de Cartagena de Indias, y que este último presentó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, traemos a colación el artículo 159 CPACA, que determina:

“Capacidad y representación. Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con la Rama Legislativa; y el Director Ejecutivo de Administración Judicial la representa en cuanto se relacione con la Rama Judicial, salvo si se trata de procesos en los que deba ser parte la Fiscalía General de la Nación.

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

¹⁷ Sentencia T-800 del 14 de diciembre de 1998. MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Ibidem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁸ Ibidem. Sentencias SU-250 del 26 de mayo de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero y SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁹ Ibidem. Sentencia SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Ibidem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

En materia contractual, la representación la ejercerá el servidor público de mayor jerarquía de las dependencias a que se refiere el literal b), del numeral 1 del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, o la ley que la modifique o sustituya. Cuando el contrato o acto haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de esta se ejercerá por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por lo que conforme la norma anterior, teniendo en cuenta que la demandante estaba vinculada a la Personería Distrital de Cartagena, y esta última entidad fue la que expidió los actos administrativos demandados, no se deben realizar grandes elucubraciones para concluir que efectivamente el estudio o discusión de fondo debe realizarse solo frente a esta entidad como parte pasiva.

Ya adentrándonos en el caso particular, encontramos que la inconformidad de la demandante se origina por la actuación administrativa a través de la cual se da por terminado su vínculo laboral con la personería, pues tenía derecho a permanecer en el cargo de Inspector código 416 grado 03 de dicha entidad en provisionalidad, hasta tanto se hiciera su provisión en propiedad, resaltando que estaba amparada con fuero sindical, sumado a que quien fungía como titular de dicho cargo, EDENIA ÁLVAREZ TORRES, perdió la titularidad del mismo porque no desempeñó sus funciones por un término superior a ocho (8) años.

Así pues, teniendo en cuenta lo que se pretende, encuentra el Despacho dentro de la presente actuación que los elementos probatorios relevantes, son los siguientes:

- Resolución No. 062 de fecha 12 de marzo de 2009 expedida por la Personería Distrital de Cartagena, por la cual se nombra a DELCY ALCÁZAR LORDUY en el cargo de Inspector código 416 grado 03, acta de posesión y certificados laborales (Fols. 23-25 y 48-50)
- Resolución No. 060 de fecha 12 de marzo de 2009 expedida por la Personería Distrital de Cartagena, en esta se encarga a la funcionaria EDENIA ÁLVAREZ TORRES al empleo de Auxiliar Administrativo código 407 grado 05 (Fols. 181-182)
- Resolución No. 122 de fecha 28 de febrero de 2012 expedida por la Personería Distrital de Cartagena, mediante la cual se ordena el traslado de funcionarios, entre ellos a EDENIA ÁLVAREZ TORRES y DELCY ALCÁZAR LORDUY (Fols. 26-27)
- Resolución No. 159 de fecha 07 de junio de 2017 expedida por la Personería Distrital de Cartagena, en esta se declara terminado el encargo efectuado mediante resolución No. 060 de 2009 a la señora EDENIA ÁLVAREZ TORRES, y se ordena su reincorporación al cargo del que es titular, Inspector código 416 grado 03 (Fols. 122-123)
- Resoluciones No. 160 de fecha 07 de junio de 2017 expedida por la Personería Distrital de Cartagena, a través de la cual se declara insubsistente a DELCY ALCÁZAR LORDUY, y No. 199 del 10 de agosto de 2017 por la cual se reconocen y pagan prestaciones sociales (Fols. 28-29)
- Reclamación administrativa, solicitando reintegro por parte de la demandante y respuestas a dicha solicitud (Fols. 30-33 y 51-59)





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

- Documentación que soporta la inscripción y vigencia de la organización sindical denominada ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES DE LAS PERSONERÍAS DE COLOMBIA "ASOPERCOL" (Fols. 34-47 y 614-630)
- Resolución No. 260 de fecha 23 de septiembre de 1997 expedida por la Personería Distrital de Cartagena, mediante la cual se conforma una lista de elegibles; Resolución No. 280 de fecha 03 de octubre de 1997 y acta de posesión, mediante la cual se nombra a EDENIA ÁLVAREZ TORRES al cargo de INSPECTOR DE BIENES III; y certificación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) de inscripción en carrera administrativa (Fols. 176-180 y 184)
- Certificado laboral expedido por Personería Distrital de Cartagena, de fecha 21 de noviembre de 2018, indicando que la señora EDENIA ÁLVAREZ TORRES funge en dicha entidad como Inspector código 416 grado 03, con nombramiento de carrera administrativa. (Fols. 183)
- Historia laboral de Edenia Álvarez Torres, certificación laboral; copia de oficio enviado a la CNSC por registro, modificaciones y reportes; manual de funciones, requisitos y competencias laborales (CD); planta de personal de empleados de la Personería Distrital de Cartagena (Fols. 205 - 612)
- 3 CD contentivos de Juicio oral y sentencia de primera instancia de proceso de reintegro por Fuero Sindical que se tramitó en el juzgado 3ro Laboral del Circuito de Cartagena (Fols. 194)

Igualmente se practicó interrogatorio a la señora DELCY ALCÁZAR LORDUY (Min 3:14 – 5:37), quien básicamente manifiesta que su nombramiento se hizo en provisionalidad y durante su estancia en el cargo de INSPECTOR CODIGO 416 GRADO 03 de la Personería Distrital nunca fue evaluada.

Así mismo, se recogió el testimonio de EDENIA ÁLVAREZ TORRES (Min 7:17 – 16:38), la que esencialmente reitera lo expuesto en su contestación de demanda, en lo que se refiere a su ingreso y forma de vinculación con la personería, esto es por concurso de méritos en el año 1997, para el cargo que actualmente ostenta, inspector código 416 grado 03, y que para el año 2009 fue encargada en el cargo de Auxiliar Administrativo código 407 grado 05 hasta el año 2017, que siempre ha sido evaluada de manera satisfactoria, nunca ha sido suspendida y que se le ha certificado estar inscrita en carrera por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC).

Igualmente se practicó el testimonio de IBIS LUZ MONTALVO OSPINO (Min 18:04 – 34:34), quien funge como directo de Recursos Humanos de la Personería Distrital de Cartagena desde el año 2016, esta manifiesta que para el año 2009 se dio un desplazamiento de cargos, pues a la señora ANSELMA PATRICIA ARANZA PERALTA, quien era titular del cargo de auxiliar administrativo, se le concedió comisión para ejercer el cargo de asesora de control interno, y se encargó a EDENIA ÁLVAREZ al cargo de auxiliar administrativo, y paralelamente se nombró en provisionalidad a DELCY ALCARZAR en el cargo de Inspector, del que era titular EDENIA; debido a que la comisión concedida a ANSELMA PATRICIA excedió los 6 años se dio por terminada la misma, y en consecuencia todas retornaron a los cargos de que eran titulares, esas fueron las motivaciones para terminar la comisión y el consecuente encargo, pues se dio como una escalera; en su deposición expresa que a los servidores de la Personería se evaluaban anualmente y a partir de este año semestral, que para el año 2018 se reportó movilidad de cargos a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), que nunca se reportó el cargo de EDENIA como vacante, y aporta certificado de la CNSC respecto a la inscripción de carrera de EDENIA ÁLVAREZ; cierra su testimonio indicando que el acto administrativo que dio por terminada la comisión de ANSELMA PATRICIA, así como el encargo de EDENIA fue revocado por el personero, y que a pesar de ello EDENIA quedó en su cargo y DELCY salió, y quedó vacante el cargo de ANSELMA PATRICIA, porque ella a los dos días renuncia a la carrera administrativa, y manifiesta que esta última perdió los derechos de carrera porque superó los 6 años que dice la ley.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

Seguidamente considera el Despacho generar claridad en lo tocante al fuero sindical y al cargo en que fue nombrada y ejercía la demandante DELCY ALCAZAR LORDUY. Respecto a lo primero, se destaca que este Despacho no se ha de pronunciar sobre dicha temática, pues existe decisión de fondo al respecto por parte del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, célula judicial que conforme nuestro ordenamiento tiene la competencia especial para decidir sobre dicho fuero; mientras que lo atinente al cargo al que fue designada la señora DELCY ALCAZAR, si bien en la parte resolutive de la Resolución No. 062 de 2009 (Fols. 23-24) se dijo: AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 05, de la parte motiva del dicho acto administrativo, el acta de posesión (Fol. 25), los certificados laborales (Fols. 48-50) y los testimonios recibidos, no existe duda alguna que a la misma se le nombró, posesionó y ejerció el cargo de **INSPECTOR código 416 grado 03**.

Del acervo probatorio, se ha de resaltar que en la Resolución No. 062 de fecha 12 de marzo de 2009 expedida por la Personería Distrital de Cartagena, por la cual se nombra a DELCY ALCÁZAR LORDUY en el cargo de Inspector código 416 grado 03, se soporta jurídica y fácticamente en que la titular del cargo **INSPECTOR código 416 grado 03**, EDENIA ÁLVAREZ TORRES, se le encarga en el empleo **AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 05**, e igualmente se indica que la designación en provisionalidad se supeditarán a la vigencia del encargo de la titular, vemos entonces que se sometió el extremo final del vínculo laboral a una condición, como lo es la existencia de encargo a favor de EDENIA ÁLVAREZ TORRES.

Concomitantemente se observa la existencia de la Resolución No. 060 de fecha 12 de marzo de 2012 expedida por la Personería Distrital de Cartagena, mediante la cual se encarga a la funcionaria EDENIA ÁLVAREZ TORRES al empleo de Auxiliar Administrativo código 407 grado 05, el cual ejerció hasta el día 07 de junio de 2017, en razón a que mediante Resolución No. 159 de fecha 07 de junio de 2017 se declara terminado el encargo efectuado mediante resolución No. 060 de 2009 a la señora EDENIA ÁLVAREZ TORRES, y se ordena su reincorporación al cargo del que es titular, Inspector código 416 grado 03, a partir del 08 de junio de ese año.

Vemos que en razón a los hechos antes descritos, aduce la parte demandante que la señora EDENIA ÁLVAREZ TORRES perdió los derechos de carrera administrativa, pues excedió el término que la ley confiere para los encargos, y que en consecuencia la provisión del cargo o empleo **INSPECTOR código 416 grado 03** debe hacerse en propiedad mediante concurso de méritos.

Conforme al contexto expuesto en líneas que preceden, trae a colación el Despacho el artículo 125 Constitucional que establece:

“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 de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

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.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.” (Negritas y subrayas fuera de texto)



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

Por su parte la ley 909 de 2004 y el decreto reglamentario 1227 de 2005, establecen los criterios respectivos a la designación de cargos en provisionalidad, exigiendo que para la separación del servidor vinculado mediante dicha modalidad debe obligatoriamente motivarse el acto administrativo respectivo.

Con respecto a la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, tenemos que dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, dichas causales las encostramos enlistadas de manera general en el artículo 41 de la ley 909, este establece:

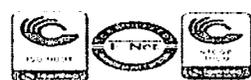
“El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- 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. Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada;
- d. Por renuncia regularmente aceptada;
- e. 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. Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- j. Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 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 1: Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre éste y la afectación del servicio; contra la cual procederá los recursos del Código Contencioso Administrativo. El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código único disciplinario.

PARÁGRAFO 2. 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.”

Por su parte el artículo 42 *ibid.*, que hace referencia a la pérdida de derechos de carrera, reza:





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente Ley.
2. De igual manera, se producirá el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva.
3. **Los derechos de carrera administrativa no se perderán cuando el empleado tome posesión de un empleo para el cual haya sido designado en encargo.** (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Planteado lo anterior, en el asunto sub judice está probado que la señora EDENIA ÁLVAREZ TORRES, ingresó a la Personería Distrital de Cartagena para el año 1997, luego de haber superado concurso de méritos adelantado por dicha entidad, siendo nombrada en periodo de prueba mediante Resolución No. 280 del 03 de octubre de 1997 en el cargo denominado Inspector de Bienes II, tomando posesión del mismo el 09 del mismo mes y año (Fols. 221 – 223 y 225), cargo que en razón a las reestructuraciones de planta de la Personería se identifica actualmente como **INSPECTOR código 416 grado 03**; así mismo, se constata que para el año 2009 a dicha funcionaria se le encargó mediante Resolución al empleo **AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 05**, y en su reemplazo se nombró en provisionalidad a la señora DELCY ALCÁZAR LORDUY, igualmente se comprueba que mediante Resolución No. 159 de fecha 07 de junio de 2017 se declara terminado el encargo efectuado mediante resolución No. 060 de 2009 a la señora EDENIA ÁLVAREZ TORRES, y se ordena su reincorporación al cargo del que es titular, Inspector código 416 grado 03, a partir del 08 de junio de ese año, situación que efectivamente se materializó, y que conforme los testimonios de EDENIA ÁLVAREZ TORRES (Min 7:17 – 16:38) y IBIS LUZ MONTALVO OSPINO (Min 18:04 – 34:34) se mantiene en la actualidad.

Siendo diáfana la situación fáctica anterior, se ha de entrar a determinar si el transcurso del tiempo en el ejercicio del encargo por parte de EDENIA ÁLVAREZ TORRES conllevó a que esta perdiera sus derechos de carrera administrativa; y al respecto vemos que el numeral 3 del artículo 42 de la ley 909 de 2004 es claro al indicar que los mentados derechos no se pierden cuando el funcionario tome posesión de otro empleo al que haya sido encargado, sin establecer o imponer exigencias en cuanto al tiempo en que se presente dicha situación administrativa, pues finalmente no impone sanción alguna si se excede el término indicado en la norma; destacando en este aparte que no existe canon en nuestro ordenamiento que determine dicha sanción, pues debemos recordar que conforme al principio de legalidad para aplicar o imponer una sanción esta debe estar prevista en una norma con carácter de ley. Relieándose paralelamente que, respecto al cargo que ocupaba la demandante, desde un inicio se indicó que existía vacancia temporal y lo ejercería hasta cuando finalizara la situación administrativa que le dio origen, como lo era el encargo por parte de la titular.

A lo ya dicho se suma que, a EDENIA ÁLVAREZ TORRES, como funcionaria inscrita en carrera administrativa, conforme lo certifica la CNSC, desde su ingreso a la Personería Distrital ha sido evaluada de manera satisfactoria, y no se le ha impuesto sanción disciplinaria alguna; por lo que su cargo, **INSPECTOR código 416 grado 03**, nunca ha sido declarado como vacante definitivo por parte de la entidad, pues no se daban las circunstancias fácticas para ello.

Seguidamente se hace necesario referirse a lo manifestado por la testigo IBIS LUZ MONTALVO OSPINO (Min 18:04 – 34:34), en cuanto a que la Resolución mediante la cual se dio por terminada la comisión a la señora ANSELMA PATRICIA ARANZA PERALTA, quien era la titular del empleo al que fue encargada la señora EDENIA ÁLVAREZ, fue revocada posteriormente por el Personero; se destaca que existe contrariedad en su dicho, pues concomitantemente manifiesta que la señora ANSELMA PATRICIA renunció a los dos días de habersele revocado la comisión, no existiendo certeza en cuanto a si efectivamente se revocó el acto administrativo o existió renuncia por parte



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

de la funcionaria, mas en el expediente no existe el supuesto acto administrativo que revoca la terminación o revocatoria de la comisión, y finalmente en el mentado testimonio se manifiesta que lo cierto es que EDENIA desde el año 2017 volvió a ejercer su cargo de carrera administrativa, en el cual se mantiene actualmente.

En conclusión, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley (909 de 2004), de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad, constatándose en el asunto bajo estudio que no se materializó causal legal que posibilitara declarar en vacancia definitiva el cargo que en carrera administrativa ostenta la señora EDENIA ÁLVAREZ TORRES mientras esta se encontraba encargada en otro cargo al interior de la Personería Distrital de Cartagena, y a la par que al nombrarse en provisionalidad a DELCY ALCÁZAR LORDUY se dejó claro que el mismo era temporal y se supeditaba al ejercicio del encargo realizado a favor de ÁLVAREZ TORRES, el cual culminó mediante Resolución No. 159 de fecha 07 de junio de 2017, motivo por el cual culminó la vinculación provisional de la hoy demandante, verificándose que no existe vulneración a la normativa que regula la vinculación y retiro de los servidores públicos, por el contrario se respetó el principio según el cual en derecho las cosas se deshacen como se hacen.

En este caso la entidad demandada no causó violación legal alguna, y se motivó en debida forma el acto administrativo por el cual se declaró la insubsistencia de la señora DELCY ALCÁZAR LORDUY; por lo que no hay vocación de prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Conforme los fundamentos fácticos y jurídicos antes expuestos, concluye este Despacho judicial que la parte accionante no logró demostrar la supuesta ilegalidad que se expuso en la demanda, y así se declarará en la resolutive de esta providencia.

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 demandada, 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 demandante haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00025-00

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Distrito de Cartagena de Indias, conforme se expuso en los considerandos de esta sentencia.

SEGUNDO Negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: No condenar en costas.

CUARTO: Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

