



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
TRASLADO DE RECURSO DE APELACION DE AUTO
Art. 244 CPACA NUMERAL 2.

SGC

Cartagena de Indias D. T y C., jueves 31 de Marzo de 2016

M.PONENTE: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
RADICACION: 13001-33-33-011-2015-00363-01
MEDIO DE CONTROL N. Y R. DEL DERECHO
DEMANDANTE: ELIDA MERCEDES ANGULO LORA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN JACINTO, BOLÍVAR

Del anterior recursos de apelación presentado por el, apoderado de la PARTE ACTORA, el 15 de Febrero de 2016, contra el Auto Interlocutorio 330/2015 del 10 de diciembre, mediante el cual se rechaza la demanda, se corre traslado por el término legal de tres (3) días hábiles, de conformidad con lo establecido en el artículo 244 del CPACA, hoy treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016), a las 8:00 de la mañana.

EMPIEZA EL TRASLADO: JUEVES TREINTE Y UNO (31) DE MARZO DE 2016, A LAS 8:00 AM

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

VENCE TRASLADO: LUNES CUATRO (4) DE ABRIL DE 2016, A LAS 5:00 PM

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

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

7

Señores
MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
Cartagena de Indias D T y C
E S D

M.P. JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
REF: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
DTE: ELIDA MERCEDES ANGULO LIDUEÑA
DDO: MUNICIPIO DE SAN JACINTO BOLIVAR
Radicación: 13001-23-33-000-2015-00363-00

JOSÉ MARÍA TÁMARA MADARRIAGA, abogado inscrito, identificado con Cédula de Ciudadanía número **73.106.497** expedida en Cartagena, Bolívar y portador de la Tarjeta Profesional número **73120** expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado judicial especial de la señora **ELIDA MERCEDES ANGULO LIDUEÑA**, quien es la demandante dentro del proceso de la referencia, por medio del presente me dirijo a esa honorable corporación judicial, estando dentro del término legal, con el fin de interponer **RECURSO DE APELACION** contra el auto de fecha 10 de Diciembre de 2015, proferido dentro del mencionado proceso, por medio del cual se rechazó la demanda citada, con el fin de que la dicha providencia sea **REVOCADA** por el correspondiente **Ad quem**.

Con base en los principios de economía y celeridad procesal, desde ya me permito presentar sustentación y fundamentación del recurso de alzada que estoy interponiendo, lo cual hago de la siguiente forma:

SUSTENTO Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Deberá el correspondiente superior revocar la providencia recurrida por las siguientes razones:

La fundamentación del auto objeto de ésta apelación gira en torno a que los cargos de libre nombramiento y remoción y de provisionalidad en empleos públicos de carrera administrativa son equiparables en cuanto a su naturaleza jurídica y por consiguiente los actos administrativos proferidos tanto para vincular al administrado, como para desvincularlos de la función administrativa poseen las mismas características, entre ellas, la excepcionalidad a la motivación fáctica y jurídica de los mismos, por ésta razón tales actos administrativos no son recurribles en sede administrativa y ligado a esto, quedan ejecutoriados después

7

de la debida notificación de los mismos, en este orden de ideas, la corporación estima por darles la misma naturaleza, que el término de caducidad para solicitar la nulidad y el restablecimiento del derecho de los mismos empieza a correr en el mismo momento, por ello, se ha debido presentar la demanda hasta el 19 de Julio del 2004, además, el ad quo concatenando sus motivos, consideró como inválido el recurso de reposición en sede administrativa incoado por la demandada, para controvertir la decisión que la retiró del cargo que ostentaba.

Tales consideraciones erigidas en jurisprudencia del Consejo de Estado desconocen íntegramente el principio de legalidad, de publicidad de las actuaciones administrativas, del debido proceso, así como socavan la cláusula general de Estado de Derecho y el principio democrático, por tal razón, el juez constitucional se ha envuelto en la penosa pero obligatoria tarea de anular providencias proferidas por tribunal supremo de la jurisdicción contenciosa administrativa, es decir, el Consejo de Estado, tanto así que la Corte Constitucional ha unificado su jurisprudencia para sentar una doctrina sólida respecto a este tema y de forma inmutable en el tiempo para así amparar efectivamente derechos fundamentales infringidos por distintas providencias de diferentes operadores judiciales de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En la sentencia SU – 054 del 2015, la Corte Constitucional detalló sobre “el inexcusable deber de motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera”

En primera medida, expuso que el artículo 125 de la Constitución consagra lo atinente al ingreso y retiro de servidores públicos en los empleos del Estado¹, “(...) De un lado, reconoce que por regla general los empleos en las entidades públicas son de carrera y que su vinculación se hará, también por regla general, mediante concurso, con el propósito de estimular el mérito y las calidades de los aspirantes como forma de acceso a la función pública. De otro lado, el mismo artículo señala que 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” (...). Ulteriormente, la corte asevera aspectos relativos a la motivación de los actos de retiro de los servidores públicos y al concepto la provisionalidad como “una forma 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”². Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir

¹ “Artículo 125. 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 (...)”.

² Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo "no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo"³ (...). Asimismo, "en cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas⁴.

- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

- En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

- En tercer lugar, 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, 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. Aquí es importante precisar que "las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional"⁵, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que "sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores"⁶.

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es "reglada" y "deberá efectuarse mediante acto motivado", mientras que

³ Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

⁴ Cronológicamente se destacan 3 sentencias en el año 1998, 1 en el 2002, 3 en el 2003, 4 en el 2004, 24 en el 2005, 15 en el 2006, 13 en el 2007, 13 en el 2008 y 13 en el 2009.

Cfr., Sentencias SU-250/98, T-683/98, T-800/98, T-884/02, T-610/03, T-752/03, T-1011/03, T-597/04, T-951/04, T-1206/04, T-1240/04, T-031/05, T-054/05, T-123/05, T-132/05, T-161/05, T-222/05, T-267/05, T-374/05, T-392/05, T-454/05, T-648/05, T-660/05, T-696/05, T-752/05, T-904/05, T-1059/05, T-1117/05, T-1159/05, T-1162/05, T-1248/05, T-1258/05, T-1310/05, T-1316/05, T-1323/05, T-024/06, T-070/06, T-081/06, T-156/06, T-170/06, T-222/06, T-254/06, T-257/06, T-432/06, T-519/06, T-634/06, T-653/06, T-873/06, T-974/06, T-1023/06, T-064/07, T-132/07, T-245/07, T-384/07, T-410/07, T-451/07, T-464/07, T-729/07, T-793/07, T-838/07, T-857/07, T-887/07, T-1092/07, T-007/08, T-010/08, T-157/08, T-270/08, T-308/08, T-341/08, T-356/08, T-437/08, T-580/08, T-891/08, T-1022/08, T-1112/08, T-1256/08, T-011/09, T-023/09, T-048/09, T-087/09, T-104/09, T-108/09, T-109/09, T-186/09, T-188/09, T-205/09, T-251/09, T-269/09, T-736/09.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-356 de 2008. Cfr., Sentencia C-371 de 1999.

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2006, Rad. 1652.

para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia "discrecional" mediante "acto no motivado"⁷. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos⁸.

- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aún cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

Desde la Sentencia C-514 de 1994, reiterada en varias oportunidades⁹, la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que los cargos de libre nombramiento y remoción constituyen una excepción para la provisión de empleos, de modo que "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".

Pero como no existe una ley que considere los cargos de provisionalidad asimilables a los cargos de libre nombramiento y remoción, no tiene cabida una interpretación analógica en esta dirección. Por lo tanto, el nominador tampoco puede desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad con la misma discrecionalidad (relativa) con la que puede hacerlo para aquéllos cargos, esto es, sin el deber de motivar sus actos.

La regla sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación fue sentada desde las primeras decisiones¹⁰ y se ha mantenido inalterada en los más recientes

⁷ "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: (...) 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". Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

⁸ Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-392 de 2001 y T-752 de 2003, entre muchas otras.

¹⁰ En la Sentencia T-800 de 1998 la Corte sostuvo por vez primera que "el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello". Tesis reiterada en las numerosas sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional en la materia.

11

fallos sobre el particular¹¹, aún cuando se han presentado algunos matices en cuanto a las medidas puntuales de protección constitucional¹².

En este sentido la Corte considera, de un lado, que quien ejerce un cargo en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado vinculado en carrera, ni pretender que le sean aplicables los derechos que de ella emanan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios (realizar con éxito el concurso de méritos, superar el periodo de prueba, etc.). De otro lado, estima que tampoco pueden asimilarse a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública mientras se surten los procedimientos ordinarios para proveerla con absoluto rigor. Esta postura ha sido abordada en algunas de las sentencias recientes. Por ejemplo, en la sentencia T-007 de 2008 dijo al respecto:

"La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso (T-1011/03). Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe "un cierto grado de protección" (T-1316/05), que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P.)¹³."

En este orden de ideas, si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no poseen la estabilidad laboral que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, dicho desconocimiento no es absoluto, pues ostentan cierto grado de estabilidad laboral, precisó la corte constitucional en la sentencia T - 289 de 2011, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria o ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado, por ello no es

¹¹ Corte Constitucional, Sentencias T-251 de 2009 y T-736 de 2009.

¹² Es así como en algunas ocasiones la Corte ha sostenido que "la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad" (Sentencia T-800 de 1998, reiterada, por ejemplo, en las sentencias T-884 de 2001, T-392 de 2005, T-257 de 2006, T-104 de 2009 y T-108 de 2009). En otros eventos ha considerado que "un nombramiento en provisionalidad, así sea por un período largo de tiempo no genera expectativas de estabilidad laboral, pues por su naturaleza se trata de nombramientos de estabilidad precaria" (Sentencias T-1241 de 2001, C-901 de 2008 y T-251 de 2009). También ha señalado que "aquel funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene un estabilidad laboral intermedia, pues si bien no goza de todas las prerrogativas del funcionario de carrera administrativa, en ningún caso puede recibir el tratamiento del funcionario que se nombra y remueve de manera libre" (Sentencias T-1316 de 2005, T-1011 de 2003, C-279 de 2007, T-007 de 2008, T-023 de 2009).

¹³ En la sentencia T-054 de 2005, la Corte negó la pretensión de una accionante que fue desvinculada de un cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, porque aunque alegaba ser madre cabeza de familia, la ESAP no podía, "so pretexto de otorgarle la protección especial consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, mantenerla en un cargo para el cual no había concursado y del cual era titular otra persona que se encontraba en carrera administrativa y que ya había sido reasumido por aquella por disposición del nominador". (Subraya fuera del original).

predicable que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa se reduzca a la de un empleado que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción por el hecho de que se encuentre en provisionalidad.

Estas precisiones hechas por la Corte Constitucional posibilitan inferir que a raíz del deber de motivación de los actos de retiro de una persona que ocupaba un cargo de carrera administrativa mediante provisionalidad, estos mismos son susceptibles de recursos en sede administrativa, como el recurso de reposición interpuesto por la demandada que jamás fue resuelto, y que en virtud de la renuencia a la resolución de dicho recurso se generó el silencio administrativo adjetivo consagrado en el artículo 86 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por tanto, no existe tiempo de caducidad para acudir a ésta jurisdicción por medio de la nulidad y restablecimiento del derecho para ese acto administrativo ficto o presunto, tal como expone el literal d – numeral 1 del artículo 164 del código antes mencionado.

La sentencia del Consejo de Estado – Radicado No. 76001-23-31-000-2004-01137 del 29 de Abril del 2010 que es la que irradia la motivación del auto controvertido pregona aspectos considerablemente grotescos pues se dice que dicha corporación se ufana por analizar de forma legal el caso y no constitucional o "iusfundamental", como sí lo aborda la Corte Constitucional, esta afirmación quiebra totalmente la propia tesis que el Consejo de Estado, desconociendo atrozmente la jerarquización normativa al restarle prevalencia a las interpretaciones que la Corte Constitucional, como guardián de la supremacía de la Norma Superior, llenando el contenido vacío del articulado de la misma que conlleva a la concisa conclusión de que la Constitución Política es lo que la Corte Constitucional diga que es, así pues, el Consejo de Estado dice en otros términos que aplica las leyes, al menos, en este caso, sin tener en cuenta la Constitución Política de Colombia y la interpretación o enfoque que su guardiana, la Corte Constitucional, haga de ella, dicho de otra manera, cuando la jurisdicción contenciosa administrativa se aparta de lo sentado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, está dándole cabida a la procedencia de la acción de tutela contra dichas providencias, toda vez que, no solo la jurisdicción contenciosa administrativa, sino todos los jueces de Colombia, tienen el deber de aplicar y acatar armoniosamente el precedente constitucional que constituye fuente formal de Derecho, debido a que los mismos contienen *funciones de carácter fundamental en los ordenamientos jurídicos, toda vez que: "se dirigen a suplir elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico; impiden una caprichosa variación de los criterios de interpretación que ponga en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, debido a que las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de las autoridades judiciales, con lo cual, ellas difícilmente pueden programar de manera autónoma sus actividades y aseguran la vigencia del principio de igualdad, debido a que no es justo que casos iguales sean resueltos de forma distinta por un mismo juez".*

No es prudente que la jurisdicción contenciosa administrativa desestime por soberbia a la jurisdicción constitucional en muchos temas, como éste que nos ocupa, no se trata de que la Corte Constitucional eclipse arbitrariamente la doctrina del Consejo de Estado, toda vez que las tesis fraguadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia no se fundan en el capricho, ni en la osadía, sino, por el contrario, en que dichas tesis ayuden a materializar la efectiva protección de los derechos constitucionales de los administrados.

SOLICITUD

Con fundamento en lo anterior reiteramos al *ad quem*, nuestra solicitud de **REVOCAR** el auto recurrido y como consecuencia de ello admitir la demanda.

COMPETENCIA

El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación por encontrarse la primera instancia en el Tribunal Administrativo de Bolívar

NOTIFICACIONES

El suscrito en la Secretaría del Tribunal Administrativo.

Mi poderdante en la indicada en la demanda inicial

La demandada en la dirección indicada en la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Atentamente,


JOSE MARIA TAMARA MADARRIAGA
C.O. 73.106.497 de Cartagena – Bolívar
T.P. No. 73120 T.P.95407 del Consejo Superior de la Judicatura

7

SECRETARIA TRIBUNAL ADM
TIPO: RECURSO DE APELACION
REMITENTE: JOSE MARIA TAMARA MADARRIAGA
DESTINATARIO: JORGE ELICER FANDINO GALLO
CONSECUTIVO: 20160125748
No. FOLIOS: 7 — No. CUADERNOS: 0
RECIBIDO POR: SECRETARIA TRIBUNAL ADM
FECHA Y HORA: 15/01/2016 11:20:32 AM

FIRMA: 