

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

TRASLADO DE EXCEPCIONES

PROCESO	CLASE DE ESCRITO	COMIENZA A CORRER EL TRASLADO	TERMINA EL TERMINO DE TRASLADO
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO RAD:13001-33-33-012-2012-00035-00 HORACIO DEL RIO CABARCAS contra DEPARTAMENTO DE BOLIVAR	TRASLADO DE EXCEPCIONES	MIERCOLES DIEZ (10) DE ABRIL DE 2013 A LAS 8:00 A.M.	VIERNES DOCE (12) DE ABRIL DE 2013 A LAS 5:00 P.M.

De conformidad con lo estipulado en el parágrafo 2º del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, se corre traslado a la parte contraria de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda por el apoderado de la parte demandada, por el término de tres (3) días, en un lugar visible de la oficina de apoyo de los Juzgados Administrativos de Cartagena, y en la página web de la rama judicial: www.ramajudicial.gov.co, hoy nueve (09) de abril de dos mil trece (2013) siendo las 8:00 de la mañana.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
SECRETARIA

Se desfija esta lista siendo las 5:00 de la tarde del día nueve (09) de abril de dos mil trece (2013).

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
SECRETARIA

Cartagena, diciembre 2012

Señor:

JUEZ DOCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
E. S. D.

Referencia: Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de HORACIO DEL RIO CABARCAS contra LA GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR.

Radicado: 13001-33-33-012-2012-00035-00.

Asunto: Contestación de demanda.

MARÍA PATRICIA PORRAS MENDOZA, mayor de edad y vecina de Cartagena, identificada con cédula de ciudadanía N° 64.561.657 expedida en Sincelejo, portadora de la Tarjeta Profesional de abogado N° 65.454 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderada especial del **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**, entidad territorial de creación constitucional, representada legalmente por **YOLANDA ISABEL VEGA SALTAREN**, mayor de edad, con vecindad y residencia en Cartagena, de conformidad con la delegación, decreto de nombramiento, acta de posesión y poder que se adjuntan, entidad demandante dentro del proceso de la referencia, respetuosamente y en la oportunidad procesal concedida, procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA E INTERPONER EXCEPCIONES DE MERITO**, todo lo cual realizo y sustento de la siguiente manera:

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS "HECHOS"

En cuanto al hecho 1: No me consta, me atengo a lo que resulte probado en el desarrollo del proceso.

En cuanto a los hechos 2, 3, 4, 5, 6 y 7: En forma general manifiesto que estos hechos son ciertos, sin que ello implique un allanamiento a la misma, dado que los mismos no contienen imputaciones de actuaciones u omisiones imputables a mi defendida que expliquen —y mucho menos que sustenten— los motivos de los cargos de nulidad desarrollados en el libelo.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS "DISPOSICIONES QUEBRANTADAS"; "CONCEPTOS DE LA VIOLACIÓN" Y "PETICIONES"

Me opongo a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos jurídicos o fácticos para lograr una sentencia favorable. Por las mismas causas me opongo a la indicación de las normas violadas y el concepto de la violación. En consecuencia, la presente demanda deberá ser denegada,

2

declarándose su improcedencia por las razones que a continuación se exponen en las excepciones que se formulan.

La medida cautelar solicitada por la apoderada judicial del demandante no está llamada a prosperar, toda vez que dicha solicitud no reúne los requisitos mínimos establecidos en Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, Ley 1437 de 2011, como se explicó en el memorial por el cual se presentó la oposición a la medida cautelar.

EXCEPCIONES DE MERITO

1. INEXISTENCIA DE LA VIOLACION DE NORMA SUPERIOR - NO SE EVIDENCIA VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2, 4, 6, 13, 29, 53, 121 Y 125 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA LEY 909 DEL 2004 EN SUS ARTÍCULOS 23 AL 26 Y 41 AL 46.

En ningún momento las actuaciones demandadas van en contravía de los fines esenciales del Estado. De hecho, fue tanto el interés del Gobernador de Bolívar en proteger al hoy demandante que a pesar de operar por ministerio de la ley el reintegro a su cargo de carrera administrativa, optó por expedir un acto administrativo que no dejara duda sobre tal aspecto y otro asignándole las funciones al demandante en la misma dependencia en la cual ejerció el cargo de libre nombramiento y remoción.

Distinto es que el funcionario se negó a recibir la comunicación y por ello se le comunicó nuevamente a través de correo certificado su obligación de reintegrarse a su cargo de carrera administrativa.

Por otra parte la actuaciones demandadas son legales y van en concordancia con la Constitución Política y la ley 909 del 2004, la cual regula el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública.

Dicha protección se vislumbra en el escrito de 12 de enero de 2012 dirigido al demandante, en el que se le explica que todavía se encontraba vinculado laboralmente con la Gobernación y que en aras de proteger sus derechos, se le mantendría en su plaza de carrera administrativa en el cargo de profesional especializado código 222 grado 22, lo que denota que las actuaciones del Gobernador de Bolívar violaron los artículos 2 y 4 de la Carta Magna.

Ahora bien, contrario a lo expresado por el demandante, el Gobernador de Bolívar sí tiene la potestad de expedir los actos demandados lo cual desvirtúa la supuesta extralimitación de funciones y torna improcedente el cargo de nulidad por esta causa, aspecto sobre el cual profundizaremos en la sustentación de la excepción de ausencia de soporte probatorio de la desviación del poder.

Por otra parte, cabe resaltar que la expedición de las actuaciones demandadas fueron expedidas de conformidad con el procedimiento establecido en los artículos 2 y 3 del decreto 01 de 1984 (vigente en ese momento) y se le comunicaron los mismos en la forma pertinente de acuerdo con la misma norma, por lo que en ningún momento se le violó el debido proceso al señor HUMBERTO DEL RIO CABARCAS (ver copias de las comunicaciones enviadas al demandado que con el presente escrito apporto).

En otro orden de ideas, tampoco se encuentra vulnerado el derecho a la igualdad del demandante toda vez que para inferir tal violación debe confrontarse su situación particular con la de otra u otras personas en las mismas circunstancias de hecho del actor que han recibido un trato diferente al concedido al demandante, requisito fundamental para poder realizar el test de proporcionalidad de la desigualdad y lograr determinar la existencia de la violación del derecho en estudio, por consiguiente, ante la observancia de la imposibilidad de realizar el test de igualdad, se entiende que dicho cargo tampoco puede prosperar.

Por último, frente a la presunta violación de normas de carrera administrativa tenemos que el artículo 125 de la Carta Magna 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".

Confrontada la norma con lo sucedido se concluye que no se desconoció por el Gobernador de Bolívar la norma en cita al expedir los decretos 01 del 02 de enero de 2012, 03 del 02 de enero de 2012 y 08 de 2012.

Nótese que siempre se protegió el derecho del actor sobre su cargo de carrera administrativa y su derecho sobre el cargo se mantuvo hasta el momento en que el mismo funcionario **renuncia en forma irrevocable** a su cargo (en varias oportunidades) a pesar de que la entidad demandada le explicó insistentemente que la declaratoria de insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción no afecta su cargo de carrera y debe proceder a admitirle la renuncia con lo que el derecho sobre el cargo fenece.

Ahora procederé a demostrar porque las actuaciones demandadas no violaron los artículos de la ley 909 de 2004 aducidos como violados. El estudio de lo anterior se abordará en dos bloques, el primero comprendido entre los artículos 23 al 26 y el segundo para los artículos 42 a 46 ibídem.

- **Bloque de artículos 23 a 26 de la ley 909 de 2004.**

De la lectura del artículo 23 ibídem, se observa claramente que no hay violación directa del mismo por cuanto el decreto No. 1027 2010 por medio del cual se nombró en el cargo de Asesor, Código 105, grado 07 al señor HUMBERTO DEL RIO CABARCAS, fue expedido de conformidad con el inciso segundo del citado inciso.

Del artículo 24 ibídem, se observa que hace mención a los **encargos sobre empleos de carrera administrativa**, situación está que se encuentra fuera del contexto fáctico planteado en la demanda, toda vez que el encargo que venía realizando el señor HUMBERTO DEL RIO CABARCAS se daba sobre un empleo de libre nombramiento y remoción, por lo que la norma no tiene aplicación dentro del caso que nos ocupa.

Por otra parte si bien es cierto que el señor HUMBERTO DEL RIO CABARCAS estaba en comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción, esto no es óbice para afirmar que nos encontramos ante un violación directa del artículo 25 de la ley 909 de 2004.

Dentro del expediente está comprobado que se dio cumplimiento al inciso segundo¹ artículo en estudio, obsérvese que obra en el expediente copia del decreto 03 de 2012 expedido por el Gobernador de Bolívar donde se reintegra al demandante en el cargo de carrera que este venía desempeñando.

- **Bloque de artículos 41 a 46 de la ley 909 de 2004.**

En primer lugar, se evidencia que una de las causales legales para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción es la declaratoria de insubsistencia. Así lo establece el literal a del artículo 41 de la ley 909 de 2004.

"por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleados de libre nombramiento y remoción."

Por lo que podemos colegir que el acto administrativo es legal y la situación jurídica que nace de dicho acto debe mantenerse en firme a pesar de la interposición del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En segundo lugar, es menester insistir en que **el demandado jamás perdió sus derechos de carrera administrativa** y estos fueron respetados y protegidos por el Gobernador de Bolívar, como se prueba con el decreto 03 del 2012 expedido por el Gobernador de Bolívar, en el

¹ Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveyerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

cual reintegra en su cargo de carrera al señor HUMBERTO DEL RIO CABARCAS.

En tercer lugar, se evidencia que no se ha violado el artículo 43 ibidem, por cuanto **el Gobernador de Bolívar nunca declaró insubsistente en el nombramiento de carrera administrativa que ostentaba el señor HUMBERTO DEL RIO CABARCAS.** Al demandado se le declaró insubsistente del encargo que venía desempeñando en una plaza de libre nombramiento y remoción lo cual es una situación fáctica distinta a la contemplada en la norma citada en líneas anteriores.

En tercer puesto, cabe mencionar que la Gobernación de Bolívar no suprimió el cargo de profesional especializado código 222 grado 22, esta plaza sigue vigente dentro de la organización de la planta de personal interna de la entidad demandada, y el hecho de que el señor HUMBERTO DEL RIO haya renunciado a dicho cargo no lo hace acreedor de los derechos contemplados en el artículo 44 ibidem.

De igual forma la Gobernación De Bolívar no ha realizado ninguna reforma de planta de personal interna por lo que citar dicha norma como violada es incongruente con los hechos descritos por la apoderada del demandante.

1.1. LOS ACTOS DEMANDADOS FUERON EXPEDIDOS EN LEGAL FORMA.

A *contrario sensu* de lo expresado por la apoderada del demandante, el señor Gobernador de Bolívar si podía declarar insubsistente al señor HUMBERTO DEL RIO CABARCAS, en el cargo de Asesor, Código 105 grado 07, en virtud de la facultad nominadora discrecional que a este le asiste, **por ser dicho cargo de libre nombramiento y remoción.**

La expedición irregular del acto administrativo como concepto de violación, comprende la forma en que este se construye, es decir, que su contenido este presentado en la forma establecida y que el procedimiento para la expedición de dicho acto sea el adecuado².

Ahora bien sobre los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no es necesario que los mismos sean motivados, toda vez que por la misma naturaleza de los cargos de este tipo, se hace necesaria la existencia de confianza entre el

² La expedición irregular como vicio anulante de los actos administrativos se configura cuando la decisión de la administración viola las normas de orden adjetivo que establecen el procedimiento para su formación o la forma como éste debe presentarse. Cuando el acto es expedido con vicios en el trámite debe verificarse si éstos son de una suficiencia tal que afecten el sentido de la decisión. Si la irregularidad en el proceso logra afectar la decisión por cuanto es sustancial o trascendente, el acto será anulable por expedición irregular, caso contrario, es decir, cuando el defecto es formal e intrascendente, no hay lugar a decretar su anulación. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO, Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011), Radicación numero: 11001-03-28-000-2010-00007-00.

nominador y el empleado, así lo ha sentado el Honorable Consejo de Estado³:

"La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el demandante, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado"

Anterior posición que contrasta abruptamente con la de la apoderada de la parte demandante cuando afirma que este tipo de actos deben ser motivados. Por lo que mal haría el despacho en declarar la nulidad de los actos demandados por la causal de expedición irregular del acto.

2. AUSENCIA DE SOPORTE PROBATORIO DE DESVIACIÓN DE PODER.

Manifiesta la apoderada que la expedición del decreto 01 de del 02 de enero de 2012, no obedeció a la búsqueda del buen servicio, y que en remplazo de su poderdante se vinculó a otra persona menos capacitada que este.

Afirmación lanzada a la ligera por la parte actora, por cuanto esta carece de soporte probatorio alguno, nótese que dentro del expediente **no existe ninguna pieza documental demostrativa con la que pueda inferirse, siquiera sumariamente, tal hecho.**

Ahora bien, en un cargo de libre nombramiento y remoción se parte de la base de que existe una especial confianza con el empleado nombrado.

"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 siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(...) En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.⁴"

Así las cosas, en el evento de que el empleado nombrado en reemplazo del actor tuviera menor experiencia, esto no es cimiento para afirmar que se vería afectado el buen servicio, por cuanto de nada serviría al despacho del Gobernador contar con un asesor en el que no se tiene confianza, por lo que dable afirmar que el margen de confianza entre el asesor de despacho y el gobernante es proporcional al incremento del buen servicio.

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B", Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 17001-23-31-000-2003-01412-02(0734-10)

⁴ Artículo 5º ley 909 de 2004.

entidad, y por tanto, puede tener cierta influencia en la determinación que se produzca, es necesario que el nominador del Asesor tenga una gran confianza en el criterio del funcionario que realiza tal labor.

(...) Así pues, los cuestionamientos que sobre la labor de la actora hicieron los Comisionados, demuestran una desconfianza en su criterio profesional, que podía dar lugar a la insubsistencia

(...) no puede concluirse, como lo hizo el a-quo, que el objetivo que pretendió alcanzar el nominador con la expedición del acto no fue la satisfacción del interés público ni el progreso de la administración, **pues qué más inspirado en fines a los queridos por el constituyente y el legislador que retirar del servicio a una Asesora, cuyos criterios y conceptos no gozaban de credibilidad ni confianza por parte de sus superiores.** (Negritas y subrayas fuera del texto..)

Ahora bien, para que la desviación de poder proceda como causal de nulidad de los actos administrativos, es necesario probar por el actor, que la conducta del creador del acto fue malintencionada al momento de expedir el mismo. Presupuesto anterior que no se encuentra dentro del soporte probatorio aportado al proceso.

Es benéfico para el estudio traer la siguiente posición del Consejo de Estado que explica más a fondo la posición expuesta⁶ :

"La desviación de poder consiste en que determinada atribución de que está investida una autoridad se ejerce, no para obtener el fin que la ley persigue y quiere, sino otro distinto. Para que se configure la desviación de poder es necesario que quien alega aporte al proceso los elementos

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A" CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diez (2010), Radicación No. 25000-23-25-000-2006-03955-01

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A", MAGISTRADA PONENTE: DOCTORA CLARA FORERO DE CASTRO, Santa Fe de Bogotá veinte (20) de Marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

directos o indirectos que demuestren el interés particular y malintencionado que movió al funcionario al expedir el acto, pero en este caso el actor no solo no plantea cuales fueron los motivos torcidos, sino que tampoco allega prueba alguna que así lo permita deducir.”

En concordancia con lo anterior, cabe anotar que los decretos demandados no obedecieron a circunstancias netamente políticas como lo afirma el apoderado judicial del señor HUMBERTO CABARCAS DEL RIO.

Obsérvese que **dentro del expediente no existe siquiera una pieza probatoria que pueda dar fe de lo expresado en el párrafo anterior**, no se cuenta con ninguna declaración que pueda inferir la mala intención del Gobernador de Bolívar al momento de expedir los actos demandados, por lo que mal haría el despacho en conceder las pretensiones de la demanda sin el adecuado soporte probatorio.

Así las cosas, en virtud de lo expuesto el cargo de nulidad por **desviación de poder no está llamado a prosperar.**

3. CUALQUIER OTRA QUE RESULTE PROBADA DENTRO DEL PROCESO – EXCEPCIÓN INNOMINADA O GENÉRICA

Solicito, igualmente, se declare cualquiera otra excepción que resulte probada durante el transcurso del presente proceso, en especial las de caducidad, prescripción, compensación, nulidad relativa y carencia de derecho para pedir.

PRUEBAS Y ANEXOS

1. **DOCUMENTALES QUE SE APORTAN:** (i) Copia de mi tarjeta profesional de abogado la cual se presume auténtica según el artículo 252 C.P.C. modificado por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, para cumplir la exigencia del artículo 22 del decreto 196 de 1971; (ii) Copia auténtica del expediente administrativo concerniente al señor HUMBERTO DEL RÍO CABARCAS dentro del cual militan con especial relevancia, Copia auténtica del decreto 02 del 02 de enero de 2012; Copia auténtica del decreto 0027 del 02 de enero de 2010 por medio del cual se nombró señor HUMBERTO DEL RIO CABARCAS en el cargo de Asesor, código 105 Grado 07; Copia auténtica del decreto 0026 de 2010; Copia auténtica de la segunda comunicación suscrita por el Jefe de Talento Humano de la Gobernación de Bolívar, en la que le informa al demandante que debe reintegrarse en el cargo de carrera administrativa que venía desempeñando; Copia auténtica del decreto 0026 de 2010; Copia auténtica de la primera comunicación, en la que se le informa al demandante que debe reintegrarse en el cargo de carrera

24

administrativa que venía desempeñando, con constancia de su negativa a recibirla; copia autentica del decreto 08 de 2012 expedido por el Gobernador de Bolívar; copia autentica de la carta de renuncia presentada por el demandante, copia autentica de los conceptos emitidos por el Comité De Conciliación del ente demandado.

EN CUANTO A LA ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTIA

Me opongo a la estimación razonada de la cuantía de este proceso por no estar debidamente soportada de acuerdo con el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, en concordancia con la ley 1395 de 2010, según el cual deberá estimarse en la demanda y explicar los fundamentos de la cuantificación aportando los soportes y pruebas que pretenda hacer valer en el proceso.

Adicionalmente, por considerar que mi mandante no ha expedido actos administrativo irregular que deba ser anulado por vía judicial, me opongo a la cuantía indicada en la demanda y solicito se tengan como pruebas y soportes de esta objeción, las pruebas que se recaudarán en el período probatorio.

PETICIÓN

Por todo lo anteriormente explicado, solicitamos se declaren probadas las excepciones propuestas y, en consecuencia, sean desestimadas las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y de derecho y se condene al actor a gastos y costas del proceso.

NOTIFICACIONES

La entidad demandada: Plaza de la Proclamación, Gobernación de Bolívar, Palacio de la Proclamación.

La apoderada: Barrio Centro, Calle San Juan de Dios N° 3-121, Cartagena, Colombia.

Con el respeto acostumbrado,

Maria Patricia
MARIA PATRICIA PORRAS MENDOZA

C.C. 64.561.657 Sincelejo

T.P. 65.454 C. S. de la J.



06 DIC 2012