

Señores:

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

En su Despacho

Ref.: Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Luis Fernando Consuegra de la Ossa**
Demandado : **Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla**
Radicado : **08-001-33-33-006-2021-00095-00**

Quien suscribe, **JOSÉ ENRIQUE TORRES MURIEL**, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi condición de apoderado sustituto del **DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA (en adelante el "Distrito de Barranquilla")**, tal como consta en poder especial y sustitución de poder que se anexan con este escrito, atentamente y dentro del término legal¹ para ello, por este escrito me permito descorrer el traslado de la demanda de la referencia y, en consecuencia la **CONTESTO**, en los siguientes términos:

A LOS HECHOS:

AL PRIMERO: No es cierto como está expresado. Si bien el actor, fue vinculado como empleado público perteneciente a la planta de personal de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, esto es, en condición de provisionalidad, conviene precisar que los extremos de dicha relación no corresponden a los especificados en este hecho de la demanda, siendo los correctos los que a continuación me permito detallar, tal y como constan en la certificación laboral que para tales efectos se aporta como prueba con esta contestación:

- 1.1.** En primer lugar, la primera vinculación del accionante, tuvo lugar en el cargo de **PROFESIONAL UNIVERSITARIO**, Código y grado 340 - 02, adscrito a la Secretaría Administrativa, empleo que ocupó desde el 11 de mayo de 2004 hasta el 29 de diciembre de 2005.
- 1.2.** Posteriormente, el accionante ocupó el cargo de **PROFESIONAL UNIVERSITARIO**, Código y grado 219 - 01, adscrito a la Secretaría de

¹ Sobre el particular, téngase en cuenta lo dispuesto en la Ley 2080 de 2021, que dispone:

"Artículo 199. Notificación personal del auto admisorio y del mandamiento ejecutivo a entidades públicas, al Ministerio Público, a personas privadas que ejerzan funciones públicas y a los particulares. El traslado o los términos que conceda el auto notificado solo se empezarán a contabilizar a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente". (Subrayado fuera de texto).

Gestión del Talento Humano, empleo que ocupó desde el 30 de diciembre de 2005 hasta el 24 de enero de 2008.

- 1.3. Luego, el accionante pasó a ocupar el cargo de **PROFESIONAL UNIVERSITARIO**, Código y grado 219 - 01, adscrito a la Oficina De Peticiones, Quejas y Reclamos, desde el 25 de enero de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2008.
- 1.4. Posteriormente, ocupó el empleo de **PROFESIONAL UNIVERSITARIO**, Código y grado 219 - 02, adscrito a la Oficina De Control Interno De Gestión, desde el 01 de diciembre de 2008 hasta el 5 de noviembre de 2020, cargo este último sobre el cual se declaró insubsistente su nombramiento provisional mediante la Resolución No. 3551 del 14 de septiembre de 2020.
- 1.5. Por último, el accionante fue reintegrado por fallo de tutela No. 08-001-31-05-005-2020-00202-01² al cargo de **PROFESIONAL UNIVERSITARIO**, Código y grado 219 - 04, el cual ejerció en las Alcaldías Locales³, desde el 22 de febrero de 2021 hasta el 10 de agosto de 2021.

AI SEGUNDO: No nos consta por ser un hecho de terceros ajenos a mi representada y a los sucesos debatidos en esta litis. Sobre el particular, cabe señalar que, si bien el accionante aporta con su demanda una serie de documentos, dentro de los cuales se encuentra parte de su historia clínica de vida, en estos no aportó ninguna constancia médica o evidencia de que, en efecto, demuestre que haya padecido la patología que menciona, siendo que esta solo aparece referenciada dentro de los antecedentes clínicos que en distintas ocasiones se registra para su caso y que corresponde a una referencia particular advertida al médico que desarrolla cada atención.

En cualquier caso, es propicio indicar que la situación médica del actor, por lo menos en lo que respecta a su vínculo como ex empleado público de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, no fue un impedimento determinante para el ejercicio de su labor, situación que igualmente, no fue el motivo de la terminación de su vínculo legal.

Todo ello, en la medida que su desvinculación como trabajador de mi representada, tuvo lugar como consecuencia la provisión definitiva del empleo que este ocupaba, el cual fue ofertado dentro de la Convocatoria Pública No. 758 - Territorial Norte de octubre de 2018, la cual fue desarrollada por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el marco del acuerdo No. 20181000006346 del

² Ver folios 46 - 90 de los anexos administrativos aportados.

³ Ver folios 97- 99 ibidem.

mismo año para la provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa pertenecientes a la planta de personal de la Alcaldía Distrital de Barranquilla.

Lo anterior, como concurso que en todo caso respetó los derechos del accionante y que, como tal, constituye una causa objetiva y válida para determinar su retiro de la planta de personal de mi mandante, como más adelante, dentro de los argumentos de derecho de esta contestación, se detallará.

AL TERCERO: No me consta por ser un hecho de terceros, sobre el cual, no tuvo ninguna participación ni injerencia mi representada. En todo caso, de conformidad con los documentos aportados con la demanda, cabe indicar el señor Consuegra ingresó a la Clínica la Asunción para ser intervenido quirúrgicamente por un reemplazo de válvula aortica el 5 de junio de 2006, situación sobre la que se especifica en su misma historia clínica que no se generó complicaciones para su egreso y sobre la que no se evidencia referencia alguna a la orden de medicamentos aludida por el accionante.

Así las cosas, sobre este particular conviene atendernos a lo que se pruebe dentro del proceso, no obstante, reiteramos lo señalado en la respuesta dada al hecho anterior, en la medida que, la referencia clínica indicada por el accionante en nada resulta de utilidad mencionarla en el curso de la presente acción, como quiera que su condición médica, en lo que respecta a su vínculo como ex empleado público de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, no fue un impedimento determinante para el ejercicio de su labor ni fue la causa de la terminación de su vínculo legal.

Para tales efectos, me remito a lo contestado en el hecho número 2 de la presente demanda.

AL CUARTO: No me consta por ser un hecho de terceros, ajeno al conocimiento e intermediación de mi representada. Sobre el particular, se aclara que más allá de que este punto resulta ser un aspecto de la esfera íntima y personal del accionante, lo cierto es que en los documentos aportados con la demanda, no se logra entrever historia clínica posterior a la cirugía realizada en 2006 que dé cuenta de lo descrito este hecho, siendo que, el anexo número (4) traído a colación, lo que evidencia es una cita de seguimiento de la condición médica de estenosis aortica, la cual fue desarrollada en el año 2011, esto es, 5 años después de haberse realizado la intervención quirúrgica aludida en el hecho anterior.

En todo caso, reiteramos que la condición médica del accionante no fue lo que determinó la terminación de su vínculo de trabajo con la Alcaldía Distrital de Barranquilla, situación que es la que conviene estudiar dentro de la presente acción y que finalmente se determinó como consecuencia de la provisión definitiva de su cargo, en desarrollo del concurso de méritos efectuado mediante la

Convocatoria Pública No. 758 – Territorial Norte de octubre de 2018, ejecutada por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

AL QUINTO: No me consta por ser un hecho de terceros, ajeno al conocimiento e intermediación de mi representada. No obstante, de conformidad con los exámenes médicos que obran en los anexos aportados por el demandante, se puede colegir que lo dicho por el accionante en este hecho es correcto.

En todo caso, se resalta que la condición médica del actor en nada determinó la desvinculación del mismo como ex empleado de mi mandante, tal como fue indicado en la respuesta dada al hecho 2 de la presente acción, a cuyo tenor literal me remito.

AL SEXTO: No es cierto como está expresado. Sobre el particular, se indica que, lo traído a colación por el accionante, corresponde a un trámite interno de sondeo que, en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el virus del Covid.19, fue adelantado para determinar las medidas de bioseguridad de rigor, situación que, en lo relativo al vínculo de trabajo del accionante, no fue la que determinó su finalización como quiera que, como se planteó en las anteriores respuestas de esta contestación, su desvinculación tuvo lugar por la causal objetiva de provisión definitiva del empleo que ostentaba en condición de provisionalidad.

AL SÉPTIMO: No me consta por ser un hecho de terceros. Sobre el particular, se aclara que, si bien la Gerencia de Control interno de Gestión hace parte de la estructura de dependencias que componen la Alcaldía Distrital de Barranquilla, la información que internamente el líder de dicha dependencia gestione con sus colaboradores no necesariamente es de conocimiento general del resto de integrantes de la administración, situación por la que nos atenemos a lo que se pruebe sobre el particular en este proceso, aclarando en todo caso que, en cuanto a ello, con la demanda no se aportó ningún documento tendiente a demostrar lo aseverado en este hecho por el actor.

AL OCTAVO: No me consta por ser un hecho de terceros, ajeno al conocimiento e intermediación de mi representada. No obstante, de conformidad con los documentos obran en los anexos aportados por el demandante, se puede colegir que lo dicho por el accionante en este hecho es correcto.

En todo caso, se reitera nuevamente que la condición médica del actor en nada determinó la desvinculación del mismo como ex empleado de mi mandante, tal como fue indicado en la respuesta dada al hecho 2 de la presente acción, a cuyo tenor literal me remito.

AL NOVENO: No me consta por ser un hecho de terceros, ajeno al conocimiento e intermediación de mi representada. Al respecto cabe mencionar que dentro de los documentos aportados con la demanda, no se evidenciamos algún soporte que nos permita corroborar lo dicho en este punto, sin embargo, se evidencia la existencia de una autorización de consulta externa con especialista en cirugía cardiovascular adiaada el 10 de agosto de 2020.

AL DÉCIMO: Es cierto, de conformidad con las documentales que obran en los anexos aportados por el demandante, no obstante, debe precisarse que lo informado en este hecho en nada deslegitima el curso del concurso público de méritos adelantados por la CNSC, a través de la Convocatoria Pública No. 758 – Territorial Norte de octubre de 2018, producto del cual, fue expedida la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 7882 de 2020, la cual, fue la causa de que se expidiera la Resolución No. 3551 de 2020 acusada por el actor y que, de manera alguna, se encuentra viciada de nulidad como se explicará en los argumentos de fondo de esta acción.

AL UNDECIMO: Es cierto. En todo caso, conviene precisar que, en cumplimiento de lo señalado en los artículos 2.2.6.1 y 2.2.6.3 del Decreto 1083 de 2015, fue la Comisión Nacional del Servicio Civil quien, mediante Acuerdo No. 2018000006346 del 16 de octubre de 2018, dio apertura a concurso abierto de méritos para la provisión de los 484 empleos reportados en vacancia definitiva de la planta de personal de mi representada, incluyendo dentro de aquellos, el cargo de Profesional Universitario, Código y Grado 219 – 02 ocupado por el accionante.

Ahora bien, ya en lo que tiene que ver con la condición de alegado por el actor, cabe señalar que esa condición por sí mismo no imposibilitaba la oferta del empleo por aquel ostentado dentro del ya mencionado Proceso de Selección No. 758 de 2018.

AL DUODECIMO: No es cierto como esta expresado. Si bien puede que el actor aduzca la calidad de padre cabeza de familia en cuanto a la condición familiar que alega el demandante como justificación para reconocerle especial protección frente a la desvinculación de la planta de personal de mi representada, se tiene que tal circunstancia requiere la confluencia de varios elementos, a saber: (i) que la mujer u hombre tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas que no puedan laborar; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer/hombre en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del otro progenitor de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia; elementos estos que no se hacen presentes y por tanto, al no demostrarse, están lejos de otorgar la protección pretendida.

AL DÉCIMO TERCERO: No me consta por ser un hecho de terceros ajenos a mi representada. Sobre el particular, cabe indicar que, pese a lo que aquí plantea el accionante no tiene incidencia dentro de la presente litis, esto es, la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, conviene precisar que este hecho no es oponible a mi mandante ni tenía la virtualidad de poder afectar o incidir en su estado de desvinculación.

AL DÉCIMO CUARTO: Es cierto como se expresa pues mi representada se apegó a lo estipulado por el Decreto 648 de 2017 en cuanto al reconocimiento de permisos remunerados que efectivamente el artículo 2.2.5.10.17, mediante el cual dispone:

“El empleado puede solicitar por escrito permiso remunerado hasta por tres (3) días hábiles, cuando medie justa causa. Corresponde al nominador o su delegado la facultad, de autorizar o negar los permisos”

AL DÉCIMO QUINTO: No me consta por ser un hecho de terceros ajeno al conocimiento de mi mandante, no obstante, en lo que respecta al reporte, se confirma que es cierto de conformidad con los documentos aportados con la demanda.

AL DÉCIMO SEXTO: No me consta por ser un hecho de terceros ajeno al conocimiento de mi mandante, no obstante, en lo que respecta al reporte, se confirma que es cierto de conformidad con los documentos aportados con la demanda.

AL DÉCIMO SÉPTIMO: Es cierto como esta expresado. Si bien puede que el actor haya presentado declaración ante la secretaria distrital de gestión humana aduciendo una condición de salud, este aporta constancia de radicación de la entidad de fecha 8 de octubre de 2020, esto es, con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en provisionalidad.

AL DÉCIMO OCTAVO: No es preciso lo alegado por la contraparte. Si bien con el resultado positivo para Covid – 19, el trabajador tendría derecho a una incapacidad reconocida por mi representada, estos sucesos fueron posteriores a la notificación de la declaratoria de insubsistencia del cargo en cual se encontraba el accionante.

AL DÉCIMO NOVENO: No me consta por ser un hecho de terceros ajeno al conocimiento de mi mandante, sin embargo, se evidencia que es cierto, de conformidad con los documentos aportados con la demanda. En todo caso, con respecto a este punto nos referimos a lo desarrollado en los hechos décimo séptimo y décimo octavo.

AL VIGÉSIMO: Es cierto. De conformidad con los documentos que reposan en la hoja de vida del demandante resaltando que el acto administrativo acusado por la parte actora por medio del cual se hace un nombramiento en período de prueba y se declara insubsistente un nombramiento provisional, se encuentra expedido conforme a derecho, en observancia del artículo 125 constitucional, de las disposiciones legales contenidas en la Ley 909 de 2004, el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables. Por lo tanto, dicho acto no es pasible de ser anulado por el operador judicial que conoce del proceso, cuando en su expedición no se materializó ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 137 del CPACA.

AL VIGÉSIMO PRIMERO: No me consta por ser un hecho de terceros. No obstante, es cierto según las ordenes medicas aportadas por el demandante, son embargo, es menester aclarar que estas órdenes fueron expedidas una semana después de la notificación del acto administrativo que declara la insubsistencia del cargo que ostentaba el causante.

AL VIGÉSIMO SEGUNDO: Es cierto como esta expresado. Si bien puede que el actor haya presentado declaración ante la secretaria distrital de gestión humana aduciendo una condición de salud, este aporta constancia de radicación de la entidad de fecha 8 de octubre de 2020.

Con el resultado positivo para Covid – 19 y la orden de hospitalización del 13 de octubre del 2020 al trabajador tendría derecho a una incapacidad reconocida por mi representada, sin embargo, estos sucesos fueron posteriores a la notificación adiada el 6 de octubre del 2020 sobre la declaratoria de insubsistencia del cargo en cual se encontraba el accionante.

AL VIGÉSIMO TERCERO: No se trata de un hecho sino de una afirmación subjetiva carente de sustento efectuada por el extremo activo de la litis. Al respecto, se pone de presente que la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito, razón por la cual mi representada, en conjunto con la Comisión Nacional del Servicio Civil, desarrolló proceso de selección mediante concurso abierto de méritos para los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal, a través de la convocatoria Territorial Norte 758 concurso que fue realizado con pleno apego a la ley, sin que se haya determinado lo contrario. De esta manera, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado y es admisible cuando la motivación se derive de la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo. Bien sea cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él o 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que el cargo que ocupaba el demandante era en provisionalidad y que la declaratoria de insubsistencia de este, se efectuó mediante acto motivado para dar paso al nombramiento de quien obtuvo el legítimo derecho de carrera administrativa; actuar que se encuentra plenamente ajustado a derecho.

AL VIGÉSIMO CUARTO: No es cierto como está expresado en la demanda. Al demandante no se le desconoció el derecho a la salud que le asiste a toda persona ni mucho menos su mínimo vital, pues mi representada al momento de la declaratoria de insubsistencia le canceló los salarios por el tiempo laborado, las prestaciones sociales y posteriormente se realizó su reintegro mediante resolución 0571 del 2021 notificada el 17 de febrero del 2021 ordenada en el fallo de tutela proferido por la Sala Tercera de Decisión Laboral con radicado 2020-000202 el cual se hará efectivo hasta cuando sea ocupado el último cargo a proveer.

AL VIGÉSIMO QUINTO: No se trata de un hecho sino de una afirmación subjetiva carente de sustento efectuada por el extremo activo de la litis. Al respecto, se pone de presente que la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito y no se tiene en cuenta otro tipo de causales, razón por la cual mi representada, en conjunto con la Comisión Nacional del Servicio Civil, desarrolló proceso de selección mediante concurso abierto de méritos para los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal, a través de la convocatoria Territorial Norte 758 concurso que fue realizado con pleno apego a la ley, sin que se haya determinado lo contrario.

AL VIGÉSIMO SEXTO: No es cierto como esta expresado. Lo cierto es que la declaratoria de insubsistencia del cargo que ocupaba el accionante profesional universitario, Código y grado 219 - 02, fue realizada mediante resolución 3551 de 14 de septiembre del 2020 y notificada por correo electrónico el 6 de octubre del 2020, un mes antes de la incapacidad alegada por el señor Luis consuegra quien fue programado para cirugía el 21 de octubre de 2020 y la cual fue notificada a mi representada el 13 de octubre de la misma anualidad⁴.

AL VIGÉSIMO SEPTIMO: No es cierto como está expresado. Sobre el particular se indica que lo que señala en este caso el accionante es su sueldo, pero no es como tal el valor de sus liquidaciones definitivas, las cuales se tramitaron por la dependencia encargada.

⁴ Folio 139 de los anexos de la demanda.

AL VIGÉSIMO OCTAVO: No se aporta documentos atinentes a demostrar lo aseverado por la parte actora, así las cosas, nos remitimos a lo demostrado frente al plenario.

PRONUNCIAMIENTO EXPRESO A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, puesto que carecen de todo fundamento fáctico, legal y jurídico, afirmaciones que se sustentan en que:

- 1.** El acto administrativo acusado por la parte actora, esto es, la Resolución No. 3551 del 14 de septiembre de 2020, por medio del cual se hace un nombramiento en período de prueba y se declara insubsistente un nombramiento provisional, se encuentra expedido conforme a derecho, en observancia del artículo 125 constitucional, de las disposiciones legales contenidas en la Ley 909 de 2004, el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables al proceso de provisión de los empleos pertenecientes al sistema general de carrera administrativa dentro del ordenamiento jurídico nacional. Por lo tanto, dicho acto no es pasible de ser anulado por el operador judicial que conoce del proceso, cuando en su expedición no se materializó ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 137 del CPACA.
- 2.** La Resolución No. 3551 de 2020, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento provisional del señor Luis Fernando Consuegra de la Ossa, esto es, como consecuencia del nombramiento realizado en período de prueba del señor Diego Armando Oviedo Ali para proveer el cargo de carrera administrativa ocupado previamente por aquel, no violó normativa alguna relacionada con la provisión de empleos dentro del ordenamiento nacional, pues el cargo previamente ocupado en condición de **provisionalidad** por el accionante, esto es, el de Profesional Universitario, Código y Grado 219 - 02 de la planta global de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, es un empleo sujeto a las normas que regulan la carrera, las cuales, han dejado claro que la condición de provisionalidad es una condición transitoria y excepcional.
- 3.** Teniendo en cuenta lo anterior y estando claro que el cargo que ocupaba el demandante era en provisionalidad; tenemos que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento procedía por acto motivado, resultando válido aducir, como causa de desvinculación, la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo de conformidad con lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política y en las disposiciones legales contenidas en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015.

4. Por ende, teniendo en cuenta que se trata de un empleo provisto en provisionalidad que fue convocado a concurso y el empleado que lo ocupaba, o bien no participó en él o bien no ocupó un puesto que permitiera su nombramiento, se tiene entonces que mi representada estaba legitimada para declarar la insubsistencia de su cargo por medio de acto administrativo motivado, en cumplimiento, entre otros, de lo señalado en el Concepto Marco 09 de 2018 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública.
5. Por otro lado, al momento de estudiar la presente demanda, el Despacho debe tener en cuenta las diferencias que existen entre plantas de personal estructurales y globales, así como las diferencias e implicaciones de reubicaciones, traslados e incorporaciones, siendo que en el presente se evidencian movimientos de personal que, a fin de cuentas, conllevan a concluir que el último cargo ejercido por el demandante fue sometido a concurso sin que para dicho momento, el accionante demuestre que le asista derecho a vincularse a otro empleo dentro de la administración, ni que exista eventualmente cargo alguno que, bajo el mismo nivel del que este ostentaba, pudiera tenerse como alternativa para dar curso a otra determinación diferente sobre su desvinculación.
6. Prueba de lo anterior, es precisamente que, a pesar de la acción de tutela presentada por el accionante y por la cual fue expedido el fallo de tutela del 10 de diciembre de 2020 por parte de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, fue necesario expedir la Resolución No. 75 del 12 de enero de 2021, pro la cual, la Secretaria Distrital de Gestión, declara la imposibilidad jurídica de afectar una reubicación del accionante en un cargo equivalente al de Profesional universitario Código 210 Grado 02 humana, cosa distinta, es que, con posterioridad, este se haya podido “provisionalmente” vincular a un cargo superior por causa de los términos en que fue redactado el fallo de tutela previamente señalado, lo cual, en sí mismo, es un aspecto particular que no deslegitima la legalidad del acto acusado en esta acción.
7. En línea con lo manifestado con anterioridad, se indica que, en este caso, el acto acusado no violó ningún precedente jurisprudencial ni legal establecido con los procesos de provisión definitiva de los empleos públicos pertenecientes al sistema general de carrera administrativa, por cuanto, la administración actuó legalmente bajo un proceso objetivo de provisión a desvincular al accionante, respecto de quien tampoco es posible considerar vulneración de sus derechos particulares, atendiendo por ejemplo, los parámetros establecidos en la **Sentencia SU-446 de 2011**, expedida por la Corte Constitucional (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

8. Sin perjuicio de lo dicho, se aclara que mi representada reportó el cargo que ocupaba el accionante como servidor público de mi representada, dentro del concurso de méritos que fue convocado mediante Acuerdo No. 2018000006346 del 16 de octubre de 2018 proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, acatando para ello lo establecido en la Circular No. 004 del 12 de agosto de 2015 emitida por la misma CNSC, como estamento vigente para el momento de expedición del acuerdo de convocatoria y producto del cual, fue expedida la resolución objeto de demanda.
9. Respecto de las condiciones de "padre cabeza de familia" alegadas por el actor, cabe señalar que este no cumple con los requisitos para ser considerado como tal, atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales establecidos para ello. En todo caso, se aclara que, no obstante, la condición de salud y la que en este punto alega, ello en sí mismo no genera un derecho de estabilidad absoluto que permita en este caso tener como viciado de nulidad el acto acusado, por cuanto, en el ordenamiento jurídico nacional ha quedado clara la primacía del derecho al merito respecto de este tipo de asuntos.
10. Finalmente nos oponemos a una eventual condena por costas y agencias en derecho, en razón a que a la parte demandante no le asiste derecho a sus pretensiones y en el plenario del expediente no reposan documentos en los cuales se demuestre los gastos en que ha incurrido la parte actora o su apoderado judicial. En ese orden no se puede condenar a mi representada al pago de dichos emolumentos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

Por las anteriores razones, solicito de usted, con todo respeto, desestimar todas y cada una de las pretensiones planteadas en la demanda, absolver a mi representada de todo cargo hecho en ella y condenar a la parte actora en costas por su manifiesta temeridad.

CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS

1. LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE DESVINCULACIÓN DE EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD. DEBE PREVALECER LA PROVISIÓN DEFINITIVA DE CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

1.1. Sistema de carrera administrativa y naturaleza de los nombramientos en provisionalidad.

En primera medida, debemos referirnos al sistema de carrera administrativa, el cual, como lo dispuso el constituyente primario en nuestra Carta Política⁵, es el mecanismo por excelencia para el ingreso a cargos públicos en las diferentes entidades del Estado.

En este sentido, por regla general, quien pretenda desempeñar un cargo al servicio del Estado, deberá hacerse merecedor de ello a través del medio idóneo, cual es el concurso de méritos con la superación satisfactoria de todas y cada una de las etapas y pruebas establecidas y regladas para el acceso, ascenso, permanencia y retiro del servicio, que en virtud del artículo 30 del mismo compendio normativo, será adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC.

*"Uno de los cambios constitucionales de mayor trascendencia fue precisamente la institucionalización de la carrera administrativa, como regla general, para el acceso a los empleos del Estado y, por tanto, son el mérito y la capacidad de los aspirantes su único fundamento. Mediante un apropiado sistema de carrera, se garantiza el derecho de todos a formar parte de la administración pública en igualdad de condiciones y oportunidades, al igual que el derecho de quienes ingresen a ella a tener estabilidad en el empleo, siempre y cuando cumplan fielmente con los deberes del cargo, lográndose así la moralidad, eficacia, eficiencia, imparcialidad y transparencia en la prestación del servicio público."*⁶

Entretanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 909 de 2004 y en línea con lo anterior, los empleos de carrera administrativa deberán proveerse mediante el sistema del mérito, sin embargo, mientras estos empleos se proveen definitivamente a través de un proceso de selección, los mismos podrán ser provistos transitoriamente por medio de encargos o nombramientos en provisionalidad.

Al respecto, el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015 establece:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas.

[L]as vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

"Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el

⁵ Artículo 125 Superior.

⁶ Sentencia C-040 de 1995.

Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera. (...). (Subraya fuera del texto original)

Así las cosas y en aras de garantizar el efecto útil del concurso de méritos, quien haya aprobado el mismo adquiere el derecho subjetivo de ingreso al empleo público al cual se postula. Por este motivo, aquellos funcionarios que desempeñen cargos que normalmente se proveen mediante este mecanismo, esto es, cargos de carrera administrativa, sin haber participado y superado el concurso y, además se encuentren ejerciéndolos en provisionalidad, no pueden equipararse, en cuanto a su vinculación con el Estado y forma de retiro, a aquellos que en efecto hayan cumplido con los requisitos para ser nombrados en propiedad.

Ahora bien, ahondándonos en el tema de los funcionarios vinculados de forma provisional en un cargo de carrera administrativa, como lo sería la demandante, sentencias como la SU-917 de 2010 de la Corte Constitucional, han sido enfáticas en precisar que si bien no gozan de estabilidad laboral plena (*como la que le es propia de los empleados de carrera administrativa*), es posible afirmar que poseen una estabilidad laboral "relativa o intermedia" en virtud de la cual su desvinculación no puede deberse a motivos discrecionales o a subjetividades del nominador.

"[L]a única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.

"Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación⁵⁵, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación⁵⁶. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

"En la sentencia C-588 de 200957, se manifestó sobre este punto, así: '... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya

hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados.”⁷

En consecuencia, para la desvinculación de un funcionario en provisionalidad deberá emitirse un acto administrativo motivado en el cual la causa de retiro invoque argumentos razonables y suficientes tales como, para el caso objeto de la presente Litis, **la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.**

Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente:

“Por tanto, quien ocupe el primer lugar, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás, en orden descendente. Si se procede de otro modo, habría que preguntarse, como lo hace el demandante, ¿para qué el concurso de méritos y calidades, si el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias?. De este campo, es preciso desterrar la arbitrariedad y, justamente, para ese propósito se ha ideado el concurso. En él, por tanto, se ha de calificar no sólo la idoneidad profesional o técnica del aspirante, sino también su solvencia moral, su aptitud física y su sentido social, de acuerdo con la categoría del empleo y las necesidades del servicio. Hay que hacer de la carrera administrativa el instrumento eficaz para lograr una administración pública en la que se garantice la eficiente prestación del servicio público, la idoneidad y moralidad de sus funcionarios y la prevalencia del interés general sobre el particular.”⁸

Por lo tanto, siempre que un empleo público de carrera administrativa ocupado por un provisional sea sometido a concurso de méritos para ser provisto de forma definitiva, el provisional debe darle paso a quien demostró tener los méritos para ser nombrado en él, en atención al mejor derecho de quienes superaron el concurso, dado que esos resultados generan derechos en cabeza de aquellas personas que obtuvieron los más altos puntajes.

Vistas, así las cosas, los servidores vinculados en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa o transitoria, la cual depende de la provisión del empleo de carrera administrativa que se encuentra desempeñando. Bajo ese entendido, tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, su estabilidad laboral “se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o **para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos,** razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública”⁹.

⁷ Corte Constitucional Sentencia SU 446 de 2011.

⁸ Ibídem.

⁹ Sentencia T-096 de 2018.

En ese sentido, no sobra más que concluir que la Resolución No. 3551 de 2020, se encuentra expedida conforme a derecho, en observancia del artículo 125 Superior, de las disposiciones legales contenidas en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015 pues la desvinculación del hoy demandante se sustenta en el nombramiento de quien superó el concurso de méritos respectivo, en el cargo que era desempeñado en provisionalidad por el actor.

Se indica que el empleo para el cual concursó el señor Diego Armando Oviedo Ali, corresponde al de Profesional Universitario, código y grado 219 - 02, el cual es el empleo que ocupó en provisionalidad el demandante al momento de su desvinculación de conformidad con el recuento efectuado al contestar los hechos de la demanda.

Por lo anterior, si bien el accionante interpuso acción de tutela con radicado 2021-000202, la cual dio lugar al fallo de la Sala Tercera de Decisión Laboral de Tribunal Superior de Barranquilla, es claro que dicho fallo en nada deslegitima la legalidad del acto administrativo acusado en esta acción, el cual, se expidió partiendo del hecho que no resultaba posible vincular al accionante a un cargo de la misma jerarquía, como medida afirmativa de protección.

2. DE LAS PLANTAS DE PERSONAL Y DE LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS QUE SE PRESENTAN EN SU INTERIOR.

Una planta de personal puede darse bajo dos modalidades: la planta de personal estructural y la planta de personal global, pudiendo presentarse plantas mixtas, como la del Distrito de Barranquilla, en donde unos cargos están en planta rígida, (normalmente pertenecientes al despacho del Alcalde) y otros en planta global.

En concepto 17501 de 2019 del Departamento Administrativo de la Función Pública se ha definido la planta de personal estructural como la relación detallada de los empleos requeridos para el cumplimiento de las funciones de una entidad, la cual *"es de estructura rígida, cada empleo debe estar distribuido en las unidades o dependencias que hacen parte de la entidad u organismo público, cualquier modificación en su configuración o en la redistribución de los empleos implica un nuevo trámite de aprobación ante las entidades que hacen gobierno para el efecto, por esta razón no es común su utilización"*.

Por otro lado, en el mismo concepto referenciado, se define a la planta personal global como *"aquella que tiene como requisitos indispensables: el estudio previo de necesidades y la configuración de su organización. Es decir, que debe existir una relación detallada de los empleos requeridos para el cumplimiento de las funciones de la entidad, sin identificar su ubicación en las unidades o dependencias que hacen parte de la organización interna de la institución. En esta planta, sólo deben estar especificados para una dependencia en particular, los empleos que implican confianza y tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo y que estén al servicio directo e inmediato y adscritos a estos Despachos (Gobernador, Alcalde Distrital, Municipal o*

Local, Contralor o Personero, Presidente, Director o Gerente de Establecimiento Público, entre otros), con el fin de guardar concordancia con las normas de carrera administrativa. Los demás empleos, de los distintos niveles, pasarán a conformar la "Planta de Personal Global" la cual estará compuesta por un determinado número de cargos, identificados y ordenados de acuerdo con el sistema de clasificación, nomenclatura y remuneración que le corresponda a la entidad. Con este modelo, el Jefe o Director General de la entidad territorial correspondiente, distribuirá los empleos y ubicará el personal, de acuerdo con los perfiles requeridos para el ejercicio de las funciones, la organización interna, las necesidades del servicio y los planes, programas y proyectos trazados por la entidad."

Sobre el particular, es necesario tener en cuenta que, a diferencia de la planta de personal estructural, la planta de personal global consiste en la relación detallada de los empleos requeridos para el cumplimiento de las funciones de una entidad, sin identificar su ubicación en las unidades o dependencias que hacen parte de la organización interna de la institución.

Por lo tanto, si se trata de una entidad que cuenta con planta global, debe tenerse en cuenta que esta permite que en forma general se determinen los empleos que se requieren en la respectiva entidad, sin que sean designados a una dependencia en particular, lo que permite que sean movidos de una dependencia a otra de acuerdo con las necesidades de la entidad, logrando así una administración más ágil y dinámica con una mejor utilización del recurso humano; es decir, cuando se cuenta con una planta global resulta viable que se reubique a los funcionarios que sea necesario, teniendo en cuenta que no se pueden desconocer las funciones propias de los empleos.

Así mismo entratándose de plantas rígidas, nos encontramos más frente a la figura del traslado, pues los cargos están identificados con dependencias específicas, siendo que al interior de plantas mixtas podemos encontrarnos ante traslados o reubicaciones dependiendo de los movimientos que se requiera realizar con el personal.

En relación con esto último, ha dicho la misma entidad enunciada que la diferencia entre reubicación y traslado de funcionarios radica en que *"La reubicación se presenta cuando la planta de personal es global. En este caso se pueden hacer los movimientos de personal que el representante legal considere necesarios para el buen funcionamiento de la institución."*

Por otra parte, el traslado es aplicable cuando la planta de personal es estructural, lo cual implica modificar el acto administrativo por el cual se establece la planta y el correspondiente manual de funciones y competencias laborales para trasladar el empleo de una dependencia a otra.

La figura del traslado se encuentra regulada en los artículos 29 y siguientes del Decreto 1950 de 1973, por lo que estas disposiciones aplican a todos los empleados públicos en entidades con plantas estructurales, es decir, en las que se establecen formalmente los

*cargos para cada una de las dependencias presentes en la organización interna de la institución*¹⁰

De acuerdo con lo cual, tenemos que el traslado es una forma de provisión de los empleos públicos, que se configura cuando se provee a un empleado en servicio activo un cargo en vacancia definitiva, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares; así mismo, debe obedecer a necesidades del servicio o por solicitud del empleado, en este último evento, siempre que el movimiento no cause perjuicios al servicio ni afecte la función pública¹¹.

También, indica el Decreto 1083 de 2015 que hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos con funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño.

Ahora bien, sobre el caso particular, conviene indicar que el último cargo desempeñado por el actor fue el de Profesional Universitario 219-02, cargo que fue sometido a concurso, siendo que, al llegar el titular, no correspondía más sino desvincular al actor motivadamente, tal como en efecto se hizo. Por esta y por las demás razones aducidas en curso del presente no tienen asidero los argumentos planteados por el actor en la demanda, siendo procedente denegar lo pretendido.

2. INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ALEGADOS POR EL ACTOR.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que hasta el momento se ha garantizado el goce y ejercicio de los derechos fundamentales del accionante, pues como se ha reiterado, se dio cumplimiento a la orden judicial que ordeno su reintegro, en los siguientes términos:

"REVOCAR el numeral Primero del fallo impugnado por el accionante, proferido por el Juzgado quinto laboral del circuito de barranquilla de fecha 4 de noviembre de 2020 en la acción de tutela interpuesta por LUIS FERNANDO CONSUEGRA DE LA OSSA contra la ALCALDÍA DE BARRANQUILLA (DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA) y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, y en su lugar se entrara a proteger los derechos fundamentales del actor a la vida, la salud y al trabajo; y como consecuencia:

PRIMERO: SE ORDENA a la ALCALDÍA DE BARRANQUILLA (DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA) a que en el termino de (48)

¹⁰ Ver más en: https://www.funcionpublica.gov.co/preguntas-frecuentes/-asset_publisher/sqxafjubsrEu/content/planta-de-personal

¹¹ Concepto 55721 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

*cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, MANTENER provisionalmente en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO al señor LUIS FERNANDO CONSUEGRA DE LA OSSA, **hasta cuando sea ocupado el último cargo por proveer...**" (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

Es por ello, que carece de todo sustento lo pretendido en este caso, sobre todo, cuando no es posible acceder a una nueva reubicación en tanto, se agotaron todas las vacantes del concurso a las que el actor podría aspirar, sin que este demostrara, en cumplimiento del artículo 167 del Código General del Proceso, que dentro de la planta de personal de mi mandante existiese otro cargo igual rango en el cual se pudiera reubicar, teniendo en cuenta su perfil, condiciones, profesión, etc.

Así las cosas, siendo que ya el accionante fue objeto de una reintegro provisional, el cual tuvo lugar solo por los precisos términos en que fue efectuado el fallo de segunda instancia proferido dentro de la acción de tutela ya mencionada en esta contestación, carere de todo sentido que se pueda por ello sustentar la ilegalidad reclamada en su demanda, sobre todo cuando no podemos desconocer que siempre que un empleo público de carrera administrativa ocupado por un provisional sea sometido a concurso de méritos para ser provisto de forma definitiva, el provisional debe darle paso a quien demostró tener los méritos para ser nombrado en él, en atención al mejor derecho de quienes superaron el concurso, dado que esos resultados generan derechos en cabeza de aquellas personas que obtuvieron los más altos puntajes.

Y es que, más allá de lo alegado por el accionante, no se puede olvidar que el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante Concepto 17731 de 2021, indicó:

"Ahora bien, se tiene que de acuerdo al artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores en condiciones especiales, es decir madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo.

*Lo anterior, en consonancia con la sentencia T-595 de 2016 de la Corte Constitucional, en la que analizó la estabilidad laboral reforzada en caso de que la desvinculación sea consecuencia de la aplicación de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, en la cual señaló que: '(...) **En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (...) con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera. (...) Ello, naturalmente,***

sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos. (Negrita y subrayado fuera de texto)

En ese sentido, y atendiendo puntualmente a su consulta se concluye que no es procedente la reubicación de los empleados que se encuentran nombrados en provisionalidad en una condición especial por ser diagnosticados con una enfermedad o discapacidad, por cuanto la naturaleza de su empleo genera una estabilidad relativa que debe ceder ante los derechos de mérito de quién superó un proceso de selección y se encuentra en lista de elegibles.

No obstante, la Entidad, en cumplimiento de la jurisprudencia en cita, deberá proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar los derechos de las personas en situación especial de indefensión para lo que deberá, en la medida de sus posibilidades, aplicar las acciones afirmativas necesarias que garanticen el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.”

Como corolario, en virtud de lo establecido en las acotaciones anteriores y, especialmente, en consideración a lo indicado en la norma anteriormente citada, es claro que dentro del presente caso no existe la supuesta vulneración a los derechos fundamentales reclamados por el actor, en tanto el Distrito ha cumplido con el debido procedimiento pertinente para ello, haciendo improcedente lo reclamado dentro de esta acción.

3. LA DESVINCULACIÓN DE EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD OBDEDECE A UN MANDATO LEGAL.

Al respecto, es importante anotar que todas las autoridades, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que, como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional¹².

En efecto, mi representada en acatamiento del artículo 125 Superior, y de las disposiciones legales contenidas en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015 y el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil dispuesto en el Decreto 760 de 2005, expide la Resolución N° 2944 de 2021, cumpliendo con su deber legal de las normas que tienden a hacer efectivos los principios que orientan la función pública mediante el adecuado funcionamiento de la carrera administrativa.

Por lo tanto, es menester concluir que, lo debatido en la presente demanda, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de

¹² Sentencia C-539/11

retiro del empleo dentro del marco de procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y frente a las cuales no se admiten consideraciones diferentes a las ya indicadas en la ley.

Adicionalmente no sobra indicar que cuando concurren circunstancias de especial protección en empleados en provisionalidad y el cargo por estos ocupados sea provistos por concurso, la entidad debe, **dentro de sus posibilidades**, realizar acciones afirmativas que, se insiste, solo serán posibles si existe margen de maniobra¹³ y si en efecto se concluyen causales de especial protección.

En todo caso, se reitera que considerando que en el caso particular se alegan condiciones de protección especial frente a la desvinculación provisional derivada como consecuencia de la provisión de un cargo de carrera administrativa mediante concurso de méritos, resulta pertinente citar lo dispuesto por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en Concepto Marco 09 de 2018:

*"La estabilidad relativa que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como embarazadas, **padres o madres** cabeza de familia, **limitados físicos**, psíquicos o sensoriales y prepensionados, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos." (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

3.1. EN RAZÓN DE LO PLANTEADO, ES IMPORTANTE ANOTAR QUE LAS CONDICIONES ESPECIALES ALEGADAS POR EL ACTOR, NO SON PER SE, ELEMENTOS QUE DERRUYAN LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ACUSADO, EL CUAL CUMPLIÓ CON LA NORMATIVA LEGAL APLICABLE AL ASUNTO.

Sobre el particular, conviene indicar que, si bien en este caso el accionante alega que el acto administrativo demandado es nulo por causa de que este determinó su retiro a pesar de su condición de salud y de sus estados asociados supuestos de padre cabeza de familia y/o embarazo, lo cierto es que dichas condiciones en si no fueron desconocidas por mi mandante, quien en todo caso respeto la línea jurisprudencial establecida para ello.

Sobre el particular, cabe traer a colación lo señalado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante Concepto 17731 de 2021, en el que se indicó:

"Ahora bien, se tiene que de acuerdo al artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores en condiciones especiales, es decir madres, padres cabeza de familia y

¹³ Sentencia T-096/18

en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo.

*Lo anterior, en consonancia con la sentencia T-595 de 2016 de la Corte Constitucional, en la que analizó la estabilidad laboral reforzada en caso de que la desvinculación sea consecuencia de la aplicación de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, en la cual señaló que: '(...) **En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (...) con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera. (...) Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos.**' (Negrita y subrayado fuera de texto)*

*En ese sentido, y atendiendo puntualmente a su consulta se concluye **que no es procedente la reubicación de los empleados que se encuentran nombrados en provisionalidad en una condición especial por ser diagnosticados con una enfermedad o discapacidad, por cuanto la naturaleza de su empleo genera una estabilidad relativa que debe ceder ante los derechos de mérito de quién superó un proceso de selección y se encuentra en lista de elegibles.***

No obstante, la Entidad, en cumplimiento de la jurisprudencia en cita, deberá proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar los derechos de las personas en situación especial de indefensión para lo que deberá, en la medida de sus posibilidades, aplicar las acciones afirmativas necesarias que garanticen el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales."

Como corolario, en virtud de lo establecido en las acotaciones anteriores y, especialmente, en consideración a lo indicado en la norma anteriormente citada, es claro que dentro del presente caso no existe la supuesta vulneración a los derechos fundamentales reclamados por el actor, en tanto el mi representada cumplió con el debido procedimiento asociado a su caso, al establecer su desvinculación cuando ya, prácticamente era nulo su margen de maniobra en cuanto una posible nueva vinculación del actor.

Y es que, en aras de garantizar el efecto útil del concurso de méritos, resaltamos que quien haya aprobado el mismo adquiere el derecho subjetivo de ingreso al empleo público al cual se postula. Por este motivo, aquellos funcionarios que desempeñen cargos que normalmente se proveen mediante este mecanismo, esto es, cargos de carrera administrativa, sin haber participado y superado el concurso y, además se encuentren ejerciéndolos en provisionalidad, no pueden equipararse, en cuanto a su vinculación con el Estado y forma de retiro, a aquellos

que en efecto hayan cumplido con los requisitos para ser nombrados en propiedad.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido en la **Sentencia SU-917 de 2010**, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, que:

“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 adoptadas.

(...)

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

(...)

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.”

Así mismo, el órgano de cierre en materia constitucional ha sostenido en la **Sentencia SU-446 de 2011**, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, que:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación⁸, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación⁹. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

*“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí** tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: **i)** las madres y padres cabeza de familia; **ii)** las personas que*

estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** las personas en situación de discapacidad.

*"En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del Artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando" (negritas originales).*

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condiciones especiales, deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos:

(i) La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y

(ii) La motivación del acto administrativo de desvinculación.

Para la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. "La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010"

Conforme a lo anterior, es claro que mi mandante, si bien no podía desconocer los derechos del funcionario que se encuentra en provisionalidad con condiciones de especial protección, lo cierto es que ello en este caso no se dio, pues operó la causa objetiva de provisión definitiva sin que hubiera mayor margen de maniobra en cabeza de mi representada, teniendo en cuenta la condición médica del actor.

Ahora bien, como quiera que el demandante también traer a colación el tema de su supuesta condición de padre cabeza de hogar y embarazo, sin perjuicio de que

el resultado aplicable a este punto es el mismo para una o otra condición, lo cierto es que este no probó cumplir con los requisitos para ser tenido como padre cabeza de hogar, por las siguientes razones:

- En primer lugar, porque la condición de madre o padre cabeza de hogar alegada por el accionante, no se encuentra demostrada con los documentos que aportó con la demanda ni en sede administrativa, en tanto lo cierto es que, más allá de que el funcionario tenga hijos, cuenta con una esposa sobre la cual no recae ninguna limitación para tenerla como coadyuvante en el ejercicio del hogar.

Al respecto, mediante sentencia de unificación 389 de 2005 (cuya vigencia recuerda la sentencia T. 400-14) la Corte Constitucional determinó una serie de presupuestos para que opere dicha protección, a saber:

"(...) No basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos, panorama tradicional del hombre que mantiene un hogar, es el proveedor de los bienes de consumo, y el pater familias. El hombre que reclame tal status, a la luz de los criterios sostenidos para las mujeres cabeza de familia, debe demostrar ante las autoridades competentes, algunas de las situaciones que se enuncian, las cuales obviamente no son todas ni las únicas, pues deberá siempre tenerse en cuenta la proyección de tal condición a los hijos como destinatarios principales de tal beneficio.

"(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.

"(ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

"(iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: "esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias

básicas de su caso y sin que, por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo (...)”(Negrilla fuera del texto original).

Ninguno de los presupuestos señalados por la jurisprudencia se configura en el presente caso, conforme se pasa a explicar:

a. Requisito de dependencia económica, moral, social y afectiva de forma exclusiva y permanente, de su núcleo familiar.

La parte actora invoca esta protección especial respecto de su núcleo familiar, que dice estar conformado por su esposa y sus hijas, no obstante, no relaciona, no precisa, ni siquiera prueba con respaldo sustancial que se encuentre a cargo de su familia.

Por el contrario, lo único que anexa para intentar sustentar la supuesta dependencia que se requiere, es una declaración juramentada y copia de su historia clínica, que no son suficientes para acreditar la presunta dependencia económica, moral, social y afectiva de forma permanente y exclusiva que, entre otros aspectos, se requiere para este tipo demostrar que le asiste tal protección.

Por el contrario, lo que sí demuestra la actora con las pruebas allegadas y con el relato de su escrito es que este convive con su pareja, quien también, tiene legalmente la obligación de apoyar y corresponder con la manutención y cuidado de este. De ahí que, tal como se enfatizará en este acápite, la condición de padre cabeza de familia requiere que se reúnan de forma rigurosa una totalidad de requisitos, lo que no sucede en el caso de la parte actora, en el que no tienen el cuidado y manutención **exclusiva y permanente** de su familia.

Recordemos, que, para que la especial protección por madre o padre cabeza de familia se cumpla, se requiere entre otros aspectos que se **demuestre el total y absoluto cuidado por parte de ese padre o madre, ya sea por la ausencia permanente o incapacidad física, sensorial o moral de la cónyuge o compañera permanente, lo que significa que debe existir una responsabilidad solitaria de la persona para sostener el hogar, lo cual, insistimos, NO ocurre en el presente caso** en que la misma parte actora afirma que convive con su esposa quien como se mencionó, también tiene la obligación y el deber legal de velar y apoyar en su cuidado y manutención, de tal suerte que **se descarta totalmente el hecho que el actor sea padre cabeza de familia por la dependencia exclusiva de sus demás familiares.**

Sumado a lo anterior, como ya hemos expresado, es la misma parte actora quien en el escrito de demanda señala que convive con su pareja, esto es, se encuentra presente en la vida de este, y en ese sentido, colabora con el apoyo, cuidado y su manutención, entendiéndose incluso que el apoyo doméstico, es también una forma de aporte económico en el hogar.

Con lo anterior, queda claramente confirmado, que el actor cuenta con el apoyo de su esposa, por tanto, mal podría alegar esta ser beneficiaria de un fuero de padre cabeza de familia.

No obstante, resaltamos que es criterio de la Corte Constitucional, que el solo hecho del desempleo de la pareja, no hace surgir per se, la especial protección por estas circunstancias. Lo anterior, conforme es criterio en la sentencia T 593 de 2006 de la Corte Constitucional, en que se señaló lo siguiente:

"Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia.

*"Además, no puede perderse de vista que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social. En esa medida, dado que existen otras formas de colaboración en el hogar, **la ausencia de un ingreso económico fijo para una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia.**" (Negrillas y subrayado por fuera de texto).*

Como corolario y sobre las declaraciones extra juicio que aportó la parte accionante y pretende valer, cabe acotar, que, si bien éstas podrían llegar a tener una validez indiciaria, necesita de un respaldo que pueda llevar al pleno convencimiento del despacho, lo que no sucede en el presente caso en que no hay ninguna otra prueba que demuestra una dependencia económica exclusiva.

4. LA PARTE ACTORA NO LOGRÓ DERRUIR LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD QUE LE ASISTE A TODO ACTO ADMINISTRATIVO

El Consejo de Estado en sentencia de la Sección Segunda, radicación No. 6264 de fecha 17 de febrero de 1994, refiriéndose a la presunción de legalidad de los actos administrativos ha dicho lo siguiente:

"(...) Como lo dicen la ley, la doctrina y la jurisprudencia, uno de los atributos del acto administrativo, entendido como emisión de la voluntad de un organismo o entidad pública con el propósito de que produzca efectos jurídicos, es la denominada "presunción de legalidad", que también recibe los nombres de "presunción de validez", "presunción de justicia" y "presunción de legitimidad". Se trata de una

prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esa clase, que significa que, al desarrollarse y al proyectarse la actividad de la Administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarca. Legalidad es sinónimo de perfección, de regularidad, se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material en pro de la ejecutoriedad y de la estabilidad de esa manifestación de voluntad (...)"

De conformidad con lo anterior, se observa que en la medida en que todo acto administrativo goza de una presunción de legalidad, corresponde a la parte demandante desvirtuar dicha presunción. No obstante, la parte actora no plantea ningún argumento valedero que desvirtúe dicha presunción, por lo que teniendo como base todos los argumentos hasta aquí esbozados, es menester señalar que la Resolución que declaró la insubsistencia de la actora, conserva a todas luces la presunción de legalidad que sobre esta recae como acto administrativo.

Como es bien sabido, la jurisdicción administrativa se ha definido por la jurisprudencia y la doctrina como una justicia rogada, de manera que la demandante debió exponer de manera clara y concreta las causales de nulidad, esto es el concepto de la violación, en las que supuestamente incurrió la administración en la expedición del acto administrativo, para así poder solicitar al juez administrativo que anule dicho acto. De no hacerlo, tal como efectivamente ocurre en el presente caso, no existe razón en la cual se pueda fundar una posible anulación de los actos administrativos objeto de análisis en el presente proceso, y el H. Juez de la República que conoce del presente debe dictar un fallo en ese sentido.

Como corolario, al no existir dentro del presente proceso la prueba incontrovertible, ni ninguna otra que sustente el reproche formulado por la parte demandante, en tanto estas fueron plenamente motivadas y encuentran sustento en la provisión de los empleos de carrera, no es posible conceder a las pretensiones del demandante.

EXCEPCIONES

Sin que ello constituya una aceptación de los hechos de la demanda, presento ante usted las siguientes excepciones:

EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN

Como quiera que por medio de la Resolución No. 3551 de 2020, se terminó un nombramiento provisional y se efectuó un nombramiento en periodo de prueba, es decir, por medio de este se terminó la provisionalidad del señor Diego Armando Oviedo Ali, para dar paso al nombramiento de quien obtuvo el legítimo derecho de carrera administrativa. Circunstancia esta que se encuentra conforme a los parámetros de ley.

Así mismo, partiendo de que no se le frustró el derecho a la salud al demandante, ni se le desvinculó antes de la fecha mencionada por el mismo para el cumplimiento de los presupuestos para obtener su derecho pensional.

EXCEPCIÓN DE COMPENSACIÓN

Para que en la eventualidad de que mi representada sea condenada a pagar cualquier suma de dinero en favor del demandante, estas sumas sean compensadas con aquellas que mi poderdante haya pagado al actor, en especial la liquidación final de sus prestaciones sociales.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Si en gracia a la discusión se dijera que al accionante le asiste derecho a las pretensiones de su demanda, también tenemos que decir que, cualquier eventual derecho laboral de la parte actora que se haya hecho exigible antes del término de prescripción señalado en la ley, deberá ser declarado.

EXCEPCION GENÉRICA O INNOMINADA

Para que en el eventual caso de encontrar alguna otra excepción como procedente, la misma sea declarada por este despacho.

PETICIÓN

Por todos los argumentos y excepciones señaladas en el presente escrito, ruego a usted, señor Juez, se sirva denegar las pretensiones de la demanda, absolviendo a mi representada de todo cargo.

MEDIOS DE PRUEBA

DOCUMENTALES

Presento ante usted los siguientes medios documentales de prueba:

1. Antecedentes administrativos del señor Luis Fernando Consuegra de la Ossa.
2. Certificación laboral.

ANEXOS

1. Los relacionados en el acápite de pruebas de este escrito.
2. Poder especial y de sustitución con el que actúo.
3. Decreto de Nombramiento, decreto de Delegación de funciones y acta de posesión del jefe de la Oficina Jurídica del Distrito de Barranquilla

4. Autorización para sustituir donde figura el suscrito.
5. CERL de la firma Chapman y asociados.

TESTIMONIALES

Solcito al despacho se sirva citar a **MALKA IRINA RODRIGUEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.732.906, como funcionaria de Talento Humano de la Alcaldía, a efectos de que exponga pormenores del proceso de selección No. 758 de 2018 – convocatoria territorial Norte llevado a cabo mediante concurso público de méritos del 10 de octubre de 2018, quien podrá ser localizada en las instalaciones de la Secretaría de Talento Humano de la Alcaldía de Barranquilla y cuya comparecencia será garantizada por quien suscribe.

NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Secretaría del Juzgado y en mis oficinas de la calle 77 B No. 57 – 103, edificio Green Towers, piso 21, en Barranquilla. Así mismo al correo electrónico: info@chapmanysociados.com.

Mi representada y su representante legal reciben notificaciones en la secretaría de su despacho o personalmente en la Calle 34 No. 43 – 31 de la ciudad de Barranquilla y/o al correo electrónico notijudiciales@barranquilla.gov.co.

Del(a) Señor(a) Juez, atentamente,



JOSÉ ENRIQUE TORRES MURIEL
C.C. 1.140.896.618 de Barranquilla
T.P. 364.515 del C. S. de la J.