

FUERO SINDICAL CIRCUNSTANCIAL - De servidores judiciales en provisionalidad / CARRERA JUDICIAL - Ante registro de elegibles el fuero sindical de servidor judicial en provisionalidad es inexistente / FUERO SINDICAL DE SERVIDOR JUDICIAL EN PROVISIONALIDAD - Inexistencia ante registro de elegibles / DECLARACION DE INSUBSISTENCIA DE SERVIDOR JUDICIAL EN PROVISIONALIDAD AFORADO - No materializa despido ni requiere previa calificación judicial de una justa causa

Solicita el actor que se ordene al Juez Noveno Penal Municipal de Cali dé aplicación a la Resolución 1215 de 5 de septiembre de 2001 mediante la cual el Consejo Seccional de la Judicatura formuló lista de elegibles para proveer el cargo de Escribiente Grado 006, en propiedad, de ese despacho judicial. El juez demandado, en respuesta a la solicitud del demandante, señaló que se inhibía de realizar cualquier nombramiento dado que la persona que actualmente ocupa el cargo de Escribiente Grado 06 del Despacho se encuentra amparado por fuero sindical circunstancial. La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1996, artículos 132,156,165,166 y167) regula las formas de provisión de cargos en la Rama Judicial. La razón aducida por el funcionario demandado carece de fundamento si se tiene en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura mediante Circular 16 de 06 de febrero de 2001 dirigida a los Directores Seccionales de Administración Judicial, señaló que el fuero sindical de servidores judiciales en provisionalidad, ante un registro de elegibles vigente es inexistente, pese a que el fuero sindical es una garantía de la cual gozan algunos trabajadores para no ser despedidos, trasladados, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin justa causa previamente calificada por un juez laboral (artículo 45, Código Sustantivo del Trabajo) y que «El reemplazo de un servidor judicial nombrado en provisionalidad, por quien resultó elegible dentro del respectivo concurso de méritos, no materializa la figura del despido, y, por ende, no requiere de la previa calificación judicial de una justa causa, por demás, inexistente. Ello es así, pues dicho servidor apenas se desempeña en el cargo "hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto", según reza el numeral 2º del artículo 132 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, es decir, hasta que se provea el cargo por virtud de un concurso de méritos». El Juez, tal como lo anotó el Tribunal, debió dar cumplimiento a la Resolución enviada por el Consejo Seccional de la Judicatura y proveer el cargo de Escribiente Grado 06 del Despacho, en forma definitiva por haberse agotado el sistema legalmente previsto para hacer la designación.

FUERO SINDICAL DE SERVIDOR JUDICIAL EN PROVISIONALIDAD - Inexistencia ante provisión en propiedad por lista de elegibles: no hay despido por decisión unilateral del nominador sino cumplimiento de un mandato constitucional y legal / CARRERA JUDICIAL - Prevalencia del nombramiento en propiedad hace inexistente el fuero sindical de empleado judicial en provisionalidad

La Corte Constitucional en sentencia T-11064/01 M.P. Clara Inés Vargas, ha dicho: «Para la Sala no llama a duda que si un empleado o funcionario de la Rama Judicial que ejerce el cargo en provisionalidad, participa como fundador de un sindicato o desempeña uno de los cargos directivos dentro de la organización sindical, lo protege el fuero sindical que de tales hechos se derivan, para no ser despedido, trasladado o desmejorado en sus condiciones de trabajo, pues sólo así se le garantiza, como lo ha precisado la Corte, que pueda cumplir sus gestiones, realizar libremente sus tareas en beneficio de los trabajadores, sin temor a represalias patronales, neutralizando de ese modo que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, el empleador pueda perturbar indebidamente la acción legítima que la Carta reconoce a los sindicatos. En otras palabras, la provisionalidad no impide inexorablemente

al funcionario o empleado así vinculado, que pueda ejercer el derecho a la libertad de asociación sindical, y naturalmente ese derecho lleva implícita la prerrogativa o garantía del fuero sindical cuando se den los supuestos de hecho que establece la ley para tal efecto. Empero, en el caso bajo examen, lo que ocurre es que el señor ..., no estaría siendo víctima de "despido" alguno como represalia del empleador por sus actividades sindicales, ni con ello se pretende perturbar o quebrantar el derecho a la libertad de asociación sindical, ni a él ni a la organización sindical en la que intervino como cofundador o en la que desempeña un cargo directivo amparado por el fuero sindical. No. La razón de la desvinculación del señor ... del cargo que ocupa en provisionalidad, se daría en virtud de la culminación de un proceso previsto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia para la provisión en propiedad de un cargo de carrera, situación que bien lejos está de los propósitos inicialmente enunciados. De manera que, cuando el nominador recibe la lista de elegibles, la cual, como quedó visto, por expreso mandato de la ley debe aquel solicitar inmediatamente se produzca la vacancia definitiva o dentro de los tres días siguientes, y el cargo sea de carrera, no tiene camino jurídico distinto al de utilizar esa lista para efectuar el nombramiento del caso dentro del término dispuesto para ello, por lo que, simultáneamente, si así lo considera, debe expedir el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del nombramiento que en forma provisional se hubiere hecho para proveer el cargo, cuya motivación no podrá ser otra diferente a la de que la insubsistencia obedece a que se debe proveer el cargo de carrera en propiedad por haberse agotado el sistema legalmente previsto para hacer la designación. Inclusive, en la práctica, lo que ordinariamente sucede es que una vez el nominador recibe la lista, procede a nombrar a una persona de la lista de elegibles, y con ese hecho el empleado que desempeñaba el cargo de manera provisional cesa en el ejercicio de sus funciones, esto es, que tácitamente se declara la insubsistencia del nombramiento provisional. Analizada de esa manera la situación, para la Corte resulta inadmisibile la posición adoptada por el Juez ...en su condición de accionado, quien la apoyó en un criterio jurídico bastante deleznable como fue el del Juzgado Laboral que conoció del proceso especial de fuero sindical iniciado contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Es inconsistente tal criterio porque la declaratoria de insubsistencia en un evento como el que se examina no se funda, en manera alguna, en una "decisión unilateral del empleador" sino en un virtud de mandato de orden legal con innegable arraigo constitucional (artículo 125 de la Constitución Política), y tampoco puede equipararse a un "despido" exclusivamente por el efecto que produce la insubsistencia, que no es otro que la cesación de la relación laboral que con carácter provisional se había consolidado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dos (2002)

Radicación número: 76001-23-31-000-2002-0475-01(ACU)

Actor: ALEXANDER SUÁREZ PENAGOS

Demandado: JUEZ NOVENO PENAL MUNICIPAL DE CALI

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA (ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO)

Se resuelve la apelación interpuesta por el Juez Noveno Penal Municipal de Cali contra la sentencia de 10 de mayo de 2002, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

ALEXANDER SUÁREZ PENAGOS ejercitó Acción de Cumplimiento contra el Juez Noveno Penal Municipal de Cali, en los siguientes términos:

1.1. Hechos

El Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo 1060 de 1994, convocó a concurso para proveer cargos de carrera judicial en los juzgados y tribunales de todo el país. Se inscribió para el cargo de Citador Grado 3 de los Juzgados Penales del Circuito, para el cual clasificó; estas pruebas fueron homologadas para el cargo de Escribiente Grado 06 de Juzgado Municipal o Territorial.

Como los concursantes podían escoger los juzgados de su conveniencia, optó por los Juzgados 7º y 20 Penales del Circuito de Cali para el cargo de Citador Grado 3, y Juzgados 9º y 20 Penales Municipales para el de Escribiente, puesto que laboraba en el Juzgado 9º como Escribiente Nominado en provisionalidad.

Mediante la Resolución 1215 de 5 de septiembre de 2001 el Consejo Seccional de la Judicatura integró la lista de elegibles a efectos de que el Juez Noveno Penal Municipal de Cali proveyera el cargo de Escribiente Grado 06 que se encontraba vacante y en la que ocupó el segundo puesto.

El Juez Noveno Penal Municipal aplicó la excepción de inconstitucionalidad de este concurso y envió copia de la decisión a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura. Ante esta determinación, no insistió en su nombramiento como Escribiente y optó por aceptar el nombramiento en el cargo de Citador Grado 3, en propiedad, que le hizo el Juez Veinte Penal del Circuito de Cali y del cual tomó posesión el 16 de octubre de 2001.

Sin embargo, el Juez Noveno Penal Municipal sin tener en cuenta la excepción de inconstitucionalidad declarada, decidió aplicar la lista de elegibles en el Juzgado e hizo nombramiento en propiedad, en el cargo de Oficial Mayor Nominado. Ante este hecho, solicitó nuevamente al Juez que lo nombrase en el cargo de Escribiente Grado 06, petición que le fue negada con el argumento de que la persona que actualmente lo desempeña (ERNESTO SALINAS USURRIAGA) goza de fuero sindical circunstancial.

El Consejo Seccional de la Judicatura le informó que dicho fuero no ampara a servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad.

El Juez Noveno Penal Municipal de Cali no ha cumplido con lo ordenado en la Resolución 1215 de 5 de septiembre de 2001.

1.2. Acto Administrativo Incumplido

Cita la Resolución 1215 de 5 de septiembre de 2001 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cali.

1.3. Autoridad Incumplida

Señala al Juez Noveno Penal Municipal de Cali.

1.4. Petición

Pide que se ordene al Juez Noveno Penal Municipal de Cali dar aplicación a la lista de elegibles de que trata la Resolución 1215 de 2001, mediante la cual se pretende proveer en propiedad el cargo de Escribiente Grado 06 de ese despacho.

II. ACTUACION

La demanda fue contestada en los siguientes términos:

2.1. El Juez Noveno Penal Municipal de Cali señaló que el Consejo Seccional de la Judicatura envió la Resolución 1215 de 2001 con los nombres de quienes aspiraban a desempeñar el cargo de Escribiente Grado 06 de ese Juzgado.

CARLOS ERNESTO SALINAS USURRIAGA, persona que sirve actualmente este cargo, en escrito dirigido al Juzgado manifestó que gozaba de fuero sindical circunstancial de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965. Por esta razón el Juzgado expidió la Resolución 004 de 24 de enero de 2002, donde dispuso que una vez levantado el fuero sindical del señor Salinas se daría cumplimiento a la lista de elegibles enviada por el Consejo Seccional de la Judicatura y ordenó oficiar a la Directora Seccional de la Rama Judicial para que procediera al levantamiento del fuero sindical del empleado.

No entiende –dice- cómo el demandante alega violación de su derecho al trabajo, a una vida digna y al debido proceso cuando él mismo afirma que se posesionó en propiedad como Citador Grado 3 del Juzgado Veinte Penal del Circuito de Cali y que solicitó licencia para servir el cargo de Escribiente Nominado en otro Juzgado.

2.2. CARLOS ERNESTO SALINAS USURRIAGA, Escribiente Grado 06 del Juzgado Noveno Penal Municipal de Cali, quien se notificó del auto admisorio, manifiesta que al demandante no se le han vulnerado los derechos alegados puesto que actualmente sirve el cargo de Escribiente Nominado en provisionalidad en el Juzgado Tercero Penal del Circuito.

Como lo informó el Juez Noveno Penal Municipal, goza de fuero sindical circunstancial y además, se encuentra vinculado a la Rama Judicial desde hace nueve años y también concursó en el año 1994 para desempeñar cargos de carrera en la Rama sin que haya logrado su nombramiento en propiedad en ningún despacho judicial por no aparecer su nombre entre los primeros de la lista. Por esta razón, solicitó reclasificación al Consejo Seccional de la Judicatura, teniendo en cuenta su experiencia, tiempo de servicio y capacitación para mejorar su puntaje.

Pide que se tenga en cuenta su condición actual, porque de concederse la acción de cumplimiento se vulnerarían sus derechos fundamentales al trabajo y a una vida digna.

III. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos:

Consta en autos que mediante Resolución 1215 de 5 de septiembre de 2001 la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca envió al Juez Noveno Penal Municipal la lista para proveer el cargo de Escribiente Grado 06 de ese Despacho, integrada por MARÍA ISABEL MARTÍNEZ MONTOYA y ALEXANDER SUÁREZ

PENAGOS.

El demandante solicitó al Juez Noveno diera cumplimiento a la resolución, pero éste mediante Resolución 004 de 24 de enero de 2002 se abstuvo de cumplir con la lista de elegibles hasta tanto se levante el fuero sindical a CARLOS ERNESTO SALINAS USURRIAGA, quien viene sirviendo el cargo de Escribiente Grado 06 en provisionalidad.

El demandante, según consta en el expediente, desempeña el cargo de Escribiente Nominado en provisionalidad en el Juzgado Tercero Penal del Circuito, por habersele concedido licencia por la titular del Juzgado Veinte Penal del Circuito, donde sirve el cargo de Citador Grado 03 en propiedad.

En el presente caso el actor pretende el cumplimiento del acto administrativo por medio del cual se formuló la lista de elegibles para el cargo de Escribiente Grado 06 del Juzgado Noveno Penal Municipal de Cali.

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 19906), en el Título 06, Capítulo III, señala los fundamentos, administración, campo de aplicación y requisitos especiales que se deben cumplir para el ejercicio de cargos de carrera en la Rama Judicial. Es así como sus artículos 161 a 167 establecen los requisitos generales y especiales que deben reunir quienes aspiren a desempeñar cargos de carrera en la Rama Judicial; las etapas que han de surtir, el concurso de méritos, el registro de elegibles y la lista de candidatos.

En este caso el concurso de méritos culminó con la expedición del acto administrativo cuyo cumplimiento se exige y no se demostró que éste haya sido anulado o suspendido por funcionario competente, gozando de presunción de legalidad y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento por el funcionario demandado.

Si bien el Juez Noveno Penal Municipal alega que quien se desempeña como Escribiente Grado 06 se encuentra amparado por fuero sindical circunstancial, este hecho no es razón para negar las peticiones de la demanda porque pese a encontrarse el empleado aparentemente amparado por el fuero sindical alegado, el requisito de la previa autorización judicial no se hace necesario dado que el actor persigue el cumplimiento de la Resolución mediante la cual se conformó la Lista de Elegibles y no la desvinculación del empleado que viene desempeñando el cargo.

IV. LA IMPUGNACIÓN

El Juez Noveno Penal Municipal apeló la decisión del Tribunal con los siguientes argumentos:

La reestructuración de entidades administrativas producida por la reforma total o parcial de las plantas de personal no puede ser arbitraria puesto que se encuentra limitada por las normas constitucionales y legales y el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, entre los cuales se encuentra el derecho de asociación.

Mediante sentencia C-593 de 1993, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo que prohibía el fuero sindical para los empleados públicos. Por tal razón, se expidieron la Ley 362 de 1997 que estableció que la jurisdicción laboral conocerá de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores oficiales y empleados públicos, y el Decreto 1572 de 1998 cuyo artículo 47 determina que para el retiro del servicio de un empleado de carrera con fuero sindical, debe previamente obtenerse autorización judicial, sin establecer excepciones.

No puede procederse a cumplir el acto administrativo que menoscaba el derecho fundamental al debido proceso, ya que es necesario tramitar el levantamiento de fuero sindical de CARLOS ERNESTO SALINAS USURRIAGA cuya calidad de aforado está acreditada con la constancia expedida por el Sindicato de Empresa o Base de Trabajadores Públicos de la Rama Judicial del Valle del Cauca.

De otro lado, mediante Resolución 004 de 24 de enero de 2002 informó al demandante que una vez se levantara el fuero sindical se daría cumplimiento a la Resolución 1215 de 5 de septiembre de 2001 del Consejo Superior de la Judicatura.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 87 de la Constitución Política, desarrollado por la Ley 393 de 1997, señala que toda persona puede ejercer la acción de cumplimiento con el fin de exigir a las autoridades públicas y a los particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, el cumplimiento de la ley o de un acto administrativo, a fin de que el contenido de éste o aquella, tengan concreción en la realidad.

Para la procedencia de la acción, es requisito que la norma o el acto administrativo cuyo cumplimiento se persigue, contenga una obligación o deber claro, expreso y exigible respecto de la autoridad; que no se trate de un precepto contentivo de una facultad discrecional y que se haya constituido la renuencia de la autoridad con arreglo al artículo 8º de la ley 393 de 1997

Solicita el actor que se ordene al Juez Noveno Penal Municipal de Cali dé aplicación a la Resolución 1215 de 5 de septiembre de 2001 mediante la cual el Consejo Seccional de la Judicatura formuló lista de elegibles para proveer el cargo de Escribiente Grado 006, en propiedad, de ese despacho judicial.

El juez demandado, en respuesta a la solicitud del demandante, señaló que se inhibía de realizar cualquier nombramiento dado que la persona que actualmente ocupa el cargo de Escribiente Grado 06 del Despacho se encuentra amparado por fuero sindical circunstancial.

Al efecto, se tiene:

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1996) regula las formas de provisión de cargos en la Rama Judicial en los siguientes términos:

«Artículo 132. FORMAS DE PROVISIÓN DE CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL. La provisión de cargos en la Rama Judicial se podrá hacer de las siguientes maneras:

1. En propiedad. Para los empleos de vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente.
2. En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes.

Cuando el cargo sea de carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos

para el desempeño del cargo".

Artículo 156. Fundamentos de la carrera judicial. La carrera judicial se basa en el carácter profesional de funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos al efecto y en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y promoción en el servicio.

Artículo 165. Registro de Elegibles. La Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura conformará con quienes hayan superado las etapas anteriores el correspondiente Registro de Elegibles para cargos de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial, teniendo en cuenta las diferentes categorías de empleos y los siguientes principios:...

Artículo 166. Lista de candidatos. La provisión de cargos se hará de listas superiores a cinco (5) candidatos con inscripción vigente en el registro de elegibles y que para cada caso envíen las Salas Administrativas del Consejo Superior o Seccionales de la Judicatura.

Artículo 167. Nombramiento. Cada vez que se presenta una vacante en el cargo de funcionario, la entidad nominadora comunicará...

Tratándose de vacantes de empleados, el nominador, a más tardar dentro de los tres días siguientes, solicitará a la Sala Administrativa, del Consejo Superior o Seccional que corresponda, el envío de la lista de elegibles que se integrará con quienes ocupen los primeros cinco lugares en el correspondiente registro de elegibles, previa verificación de su disponibilidad. La Sala remitirá la lista dentro de los tres (3) días siguientes y el nombramiento se hará a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes».

La razón aducida por el funcionario demandado carece de fundamento si se tiene en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura mediante Circular 16 de 06 de febrero de 2001 dirigida a los Directores Seccionales de Administración Judicial, señaló que el fuero sindical de servidores judiciales en provisionalidad, ante un registro de elegibles vigente es inexistente, pese a que el fuero sindical es una garantía de la cual gozan algunos trabajadores para no ser despedidos, trasladados, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin justa causa previamente calificada por un juez laboral (artículo 45, Código Sustantivo del Trabajo) y que «El reemplazo de un servidor judicial nombrado en provisionalidad, por quien resultó elegible dentro del respectivo concurso de méritos, **no materializa la figura del despido, y, por ende, no requiere de la previa calificación judicial de una justa causa, por demás, inexistente**. Ello es así, pues dicho servidor apenas se desempeña en el cargo "**hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto**", según reza el numeral 2º del artículo 132 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, es decir, hasta que se provea el cargo por virtud de un concurso de méritos».

En el presente caso, la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca, expidió la Resolución 1215 de 5 de septiembre de 2001, mediante la cual formuló ante el Juzgado Noveno Penal Municipal de Cali la lista de elegibles para proveer en propiedad el cargo de Escribiente Grado 06.

El Juez, tal como lo anotó el Tribunal, debió dar cumplimiento a la Resolución enviada por el Consejo Seccional de la Judicatura y proveer el cargo de Escribiente Grado 06 del Despacho, en forma definitiva por haberse agotado el sistema legalmente previsto para hacer la designación.

La Corte Constitucional ha dicho:

«Para la Sala no llama a duda que si un empleado o funcionario de la Rama Judicial que ejerce el cargo en provisionalidad, participa como fundador de un sindicato o desempeña uno de los cargos directivos dentro de la organización sindical, lo protege el fuero sindical que de tales hechos se derivan, para no ser despedido, trasladado o desmejorado en sus condiciones de trabajo, pues sólo así se le garantiza, como lo ha precisado la Corte, que pueda cumplir sus gestiones, realizar libremente sus tareas en beneficio de los trabajadores, sin temor a represalias patronales, neutralizando de ese modo que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, el empleador pueda perturbar indebidamente la acción legítima que la Carta reconoce a los sindicatos. En otras palabras, la provisionalidad no impide inexorablemente al funcionario o empleado así vinculado, que pueda ejercer el derecho a la libertad de asociación sindical, y naturalmente ese derecho lleva implícita la prerrogativa o garantía del fuero sindical cuando se den los supuestos de hecho que establece la ley para tal efecto.

Empero, en el caso bajo examen, lo que ocurre es que el señor ..., no estaría siendo víctima de "despido" alguno como represalia del empleador por sus actividades sindicales, ni con ello se pretende perturbar o quebrantar el derecho a la libertad de asociación sindical, ni a él ni a la organización sindical en la que intervino como cofundador o en la que desempeña un cargo directivo amparado por el fuero sindical. No. La razón de la desvinculación del señor ... del cargo que ocupa en provisionalidad, se daría en virtud de la culminación de un proceso previsto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia para la provisión en propiedad de un cargo de carrera, situación que bien lejos está de los propósitos inicialmente enunciados.

En el caso que ocupa la atención de la Corte, la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Cauca, expidió el Acuerdo No. 085, de 12 de febrero de 2001, mediante el cual, en ejercicio de sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, especialmente las señaladas en los numerales 1 y 2 del artículo 256 de la Constitución Política, y 166 y 167 de la Ley 270 de 1996, formuló ante el Juzgado ... la lista de elegibles "para la provisión en propiedad del cargo de carrera de Escribiente, grado 7, el cual se encuentra vacante en forma definitiva". En el documento se precisó que mediante oficio 095, de 8 de febrero de 2001, el Juez ...solicitó el envío de lista de elegibles por encontrarse vacante el cargo en forma definitiva. Así, la lista fue encabezada por el señor

De manera que, cuando el nominador recibe la lista de elegibles, la cual, como quedó visto, por expreso mandato de la ley debe aquel solicitar inmediatamente se produzca la vacancia definitiva o dentro de los tres días siguientes, y el cargo sea de carrera, no tiene camino jurídico distinto al de utilizar esa lista para efectuar el nombramiento del caso dentro del término dispuesto para ello, por lo que, simultáneamente, si así lo considera, debe expedir el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del nombramiento que en forma provisional se hubiere hecho para proveer el cargo, cuya motivación no podrá ser otra diferente a la de que la insubsistencia obedece a que se debe proveer el cargo de carrera en propiedad por haberse agotado el sistema legalmente previsto para hacer la designación. Inclusive, en la práctica, lo que ordinariamente sucede es que una vez el nominador recibe la lista, procede a nombrar a una persona de la lista de elegibles, y con ese hecho el empleado que desempeñaba el cargo de manera provisional cesa en el ejercicio de sus funciones, esto es, que tácitamente se declara la insubsistencia del nombramiento provisional.

Analizada de esa manera la situación, para la Corte resulta inadmisibile la posición adoptada por el Juez ...en su condición de accionado, quien la apoyó en un criterio jurídico bastante deleznable como fue el del Juzgado Laboral que conoció del proceso especial de fuero sindical iniciado contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Es inconsistente tal criterio porque la declaratoria de insubsistencia en un evento como el que se examina no se funda, en manera alguna, en una "decisión unilateral del empleador" sino en un virtud de mandato de orden legal con innegable arraigo constitucional (artículo 125 de la Constitución Política), y tampoco puede equipararse a un "despido" exclusivamente por el efecto que produce la insubsistencia, que no es otro que la cesación de la relación laboral que con carácter provisional se había consolidado.

Guardadas las proporciones, estima la Sala que aceptar en un caso como el que es objeto de análisis, que el nominador tiene el deber de solicitar autorización al juez del trabajo para separar del cargo a un funcionario o empleado aforado, sería tanto como admitir que así debería procederse cuando un servidor público es objeto de una sanción disciplinaria de destitución, en firme, o de la pena de pérdida del empleo en materia penal, simple y llanamente porque se encuentra amparado por la garantía foral, pues es claro que tampoco en tales eventos la separación del cargo de ninguna manera se produce como retaliación del empleador por las actividades de carácter sindical del servidor o con el fin de violentar el derecho a la libertad de asociación sindical...».

Por las anteriores razones, se confirmará la sentencia apelada.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

CONFÍRMASE la sentencia apelada de 10 de mayo de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 30 de agosto de 2002.

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Presidente

OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO

MANUEL S. URUETA AYOLA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de marzo de 2018

