



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, mayo veintiocho (28) de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **Carlos Eduardo Ussa Pérez**

Demandado: Contraloría General de Boyacá

Expediente: 15001 3333 010 **2016 0100 02**

Decide la Sala el recurso de apelación (f. 261-267) interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida el **09 de agosto de 2019** (f. 250-259 vto.), mediante la cual el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, negó a las pretensiones de la demanda instaurada por Carlos Eduardo Ussa Pérez contra la Contraloría General de Boyacá.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda. (f. 2-12). Carlos Eduardo Ussa Pérez, a través de apoderado, presentó demanda en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se declarara la nulidad de la Resolución N° **00116 de 17 de febrero de 2016**, por medio de la cual, se dio por terminado un nombramiento en provisionalidad y se hizo un nombramiento y de la Resolución N° **164 de 10 de marzo de 2016** por medio de la cual fue desatado un recurso de reposición y fue confirmada en su totalidad la Resolución N° 0116 de 2016.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Que se ordene a la Contraloría General de Boyacá, el reintegro en el cargo que desempeñaba o uno de iguales o mejores condiciones.
- Se condene a la entidad demandada al pago de los salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldos y demás emolumentos que dejó de percibir el demandante desde su desvinculación a la fecha que se produzca su reintegro.
- Que se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio desde la fecha de desvinculación hasta cuando se produzca el reintegro.
- El cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

Administrativo y el pago de intereses en las condiciones indicadas en el artículo 195 ibídem.

- *También pidió, los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor como lo ordena el artículo 187 del C.P.A.C.A.*

*Como fundamentos fácticos relevantes, señaló que el demandante fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 20 de la planta de personal de la Contraloría General de Boyacá mediante Resolución No. **0759 de 31 de diciembre 2015.***

*Que por medio de Resolución No. **116 de 17 de febrero de 2016** fue terminada la provisionalidad de la cual venía siendo titular, acto administrativo en el cual se efectuó nombramiento de la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez.*

*Propuesto el recurso de reposición contra la anterior resolución, por medio de Resolución No. **164 de 10 de marzo de 2016** la demandada decidió no reponer y confirmar en todas sus partes lo resuelto en el acto impugnado.*

En el acápite de los hechos resaltó que la terminación del nombramiento en provisionalidad obedeció a que el cargo desempeñado por Clara Ofelia Rodríguez Martínez fue provisto en carrera de conformidad con concurso de mérito adelantado para ese fin, que la mencionada se encontraba a 20 meses de cumplir los requisitos de pensión, mientras el demandante había sido vinculado hacía un mes y 17 días a la Contraloría, por lo cual se nombró en provisionalidad en su reemplazo a la referida Rodríguez Martínez.

Situación que calificó de vulneradora de los derechos del demandante, pues desconoció los derechos que le asistían en calidad de empleado en provisionalidad a los que se ha referido la jurisprudencia constitucional en especial en sentencia SU-917 de 2010.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (f. 250-259 vto.)

*El Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja negó a las pretensiones de la demanda en sentencia de **09 de agosto de 2019.***

Trajo a colación el marco legal que gobierna la provisión de cargos en provisionalidad contenida en la Ley 909 de 2004, el Decreto Único del Sector Función Pública 1083 de 2015 y la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado referida a la motivación

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

de los actos administrativo de retiro del servicio de los empleados vinculados en provisionalidad.

Posteriormente se ocupó de estudiar lo relacionado con la protección constitucional de la que son beneficiarias las personas que se encuentran próximas a pensionarse, denominados por la jurisprudencia pre pensionados, que corresponden a aquel segmento de la población al que le falta menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y gozan por ello de estabilidad reforzada.

Al descender al caso concreto señaló que el retiro obedeció a justa causa al ponderar los derechos del demandante y los de la señora Clara Rodríguez Martínez, atendiendo a su antigüedad en la entidad, la experiencia en el servicio y la condición de estabilidad reforzada al faltar menos de tres años para cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

En esa medida el a quo dijo que “(...) es claro que la entidad demandada no actúo de manera caprichosa o arbitraria al emitir el acto de terminación del nombramiento, habida cuenta que al existir una tensión de derechos entre el señor Carlos Eduardo Ussa Pérez y la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez, dio prelación a quien se encontraba bajo una situación especial, (...) la funcionaria se encontraba cobijada por la garantía de estabilidad laboral atendiendo su calidad de prepensionada (...)” (f. 257).

En efecto la señora Rodríguez Martínez contaba a la fecha de los hechos con 56 años de edad, pues nació el 14 de octubre de 1960 conforme al Registro Civil de Nacimiento (f. 81-82 anexo 2) y que conforme a la respuesta dada a un derecho de petición elevado por ella ante la Administradora de Pensiones Colpensiones, había cotizado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones más de 1300 semanas (f. 262-264 anexo 2), es decir, ostentaba las condiciones para un trato preferencial de estabilidad laboral reforzada por estar a menos de 3 años de cumplir los requisitos para pensión.

El Juzgado agregó que, aunque el nombramiento del demandante se hubiera efectuado por seis (6) meses, conforme a lo señalado en el artículo 2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015 el nominador puede dar por terminado esos nombramientos previo al cumplimiento del término si existen razones que así lo ameriten; que conforme a la jurisprudencia en el presente asunto confluyen razones de interés general y del servicio que soportaron la decisión objeto de reproche, y que el mismo sule con suficiencia el requisito de “razón suficiente” introducido en la sentencia SU-917 de 2010, que para este Tribunal fue sustento en un caso de similares contornos, pues debe prevalecer los derechos del sujeto de especial protección constitucional

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

que justifica el trato diferencial, más aún si se tiene en cuenta que para la fecha de los hechos el demandante contaba con 24 años, es decir, le era más fácil su reinserción laboral que a la señora Rodríguez Martínez.

Por último, en aplicación del criterio objetivo condenó en costas a la parte vencida en juicio, esto es al demandante y fijó las agencias en derecho en esa instancia.

III. RECURSO DE APELACION.

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación (f. 261-269), con fundamento en los siguientes argumentos:

- 1. Que no debió tenerse a la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez como demandada, vinculada al proceso por decisión del Juzgado quien invocó la excepción de falta de legitimación por pasiva por cuanto no era nominadora.*
- 2. Tal situación procesal orientó erradamente la decisión hacia la tensión de derechos y no al ilegal actuar de la Contraloría General de Boyacá al desvincular al demandante del cargo que desempeñaba en provisionalidad.*
- 3. La demandada actuó de forma negligente, arbitraria e ilegal, en tanto, no debió ofertar el cargo ocupado por Clara Ofelia Rodríguez Martínez próxima a pensionarse y reintegrada por orden judicial.*
- 4. Debió reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la imposibilidad de convocar a concurso el cargo de la señora Rodríguez Martínez, hasta que fuera incluida en nómina de pensionados por parte de Colpensiones*
- 5. Pudo haber solicitado a Francisco Javier Niño Acevedo el aplazamiento de su nombramiento en periodo de prueba, hasta que se incluyera en nómina a la referida servidora.*
- 6. No abordó el caso de forma objetiva, pues el análisis se limitó a la tensión de derechos causado por el actuar caprichoso, arbitrario y negligente de la Contraloría General de Boyacá.*
- 7. Existían más empleos de Auxiliar Administrativo código 407 grado 20 dentro de la planta de personal de la Contraloría General de Boyacá, en esa medida la demandada debía haber dado cuenta de los motivos por los cuales escogió al demandante para desvincularlo y posesionar en su lugar a la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez, situación que no fue objeto de análisis en primera instancia.*
- 8. Los servidores públicos provisionales cuentan con una estabilidad laboral intermedia, en esa medida las Resoluciones demandadas debieron estar*

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

fundadas en alguna de las causales previstas en la sentencia SU-917 de 2010, a saber, (i) provisión definitiva del cargo por haberse realizado un concurso, (ii) sanción disciplinaria y (iii) calificación insatisfactoria, las cuales no concurrieron en el caso, en consecuencia, la decisión de desvinculación no consultó los criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

- 9. De acuerdo con la Circular No. 003 de 11 de junio de 2014, los servidores públicos vinculados en provisionalidad no deben ser removidos del cargo, sino cuando se provea el empleo por el sistema de concurso de acuerdo con lo señalado en el artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, el cargo ofertado en concurso fue el de la señora Rodríguez Martínez, en consecuencia, no debió desvincularse con el fin de garantizar los derechos de la mencionada servidora.*
- 10. La decisión de la Contraloría de desvinculación no estuvo fundada en los criterios de “razón suficiente” ni “justa causa”, el único sustento fue la condición de pre pensionada lo cual no debió afectar la vinculación en provisionalidad del actor.*
- 11. Los actos demandados como el fallo de primera instancia “(...) obviaron los preceptos constitucionales que sobre el particular se han visto para haber procedido a la desvinculación de mi mandante, pues como es evidente, nos se contempla la materialización de ninguna de las causales para la terminación de la provisionalidad de que el señor Ussa Pérez era titular.” (f. 267).*

IV. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

4.1. Admisión recurso apelación (f. 274 y vto.)

*En auto de **21 de noviembre de 2019**, se resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida el **09 de agosto de 2019**.*

4.2. Traslado alegatos de conclusión (f. 278 y vto.)

*En firme el auto que admitió el recurso de apelación, y sin solicitud alguna, mediante providencia del **11 de diciembre de 2019**, se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento. En la misma, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.*

4.2.1. Demandante: No se pronunció.

4.2.2. Demandada (f. 281-284).

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

La Contraloría General de Boyacá en términos generales reiteró lo dicho en la contestación de la demanda. Precisó que la señora Clara Ofelia fue reintegrada por orden judicial que protegió la condición de pre-pensionada.

2.3. Ministerio Público: No rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida el **09 de agosto de 2019** (f. 250-259 vto.), mediante la cual el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Tunja, negó a las pretensiones de la demanda instaurada por Carlos Eduardo Ussa Pérez.

5.1. De la competencia:

El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

“Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia **deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.**

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.”
Negrilla fuera de texto

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 9 de febrero de 2012¹, unificó su jurisprudencia en lo concerniente a la competencia del juez *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, al respecto dijo:

“Tal como en diversas oportunidades lo ha puntualizado la Jurisprudencia (sic) de la Sección Tercera del Consejo de Estado, conviene precisar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una

¹ Número interno 21060

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones o apreciaciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C.

“(…).

“Así pues, por regla general, a la luz de las disposiciones legales vigentes y según la interpretación que a las mismas les ha atribuido la Jurisprudencia (sic) nacional, se tiene entonces que el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos por la ley, **tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también debe justificar las razones de su inconformidad,** a las cuales deberá ceñirse el juez.

“No sobra mencionar que otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez ad quem, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatar la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la non reformatio in pejus, por virtud de la cual no resulta válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

“(…).

“De esta manera resulta claro que el límite material para la competencia del juez superior **lo constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen,** lo cual se complementa de manera diáfana y directa con la garantía de la non reformatio in pejus, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación”. –Negrilla fuera de texto–.

En sentencia proferida por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 5 de abril de 2017, en el proceso con número interno 43592 y ponencia del Consejero Doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera, se indicó:

“...resulta claro que, para el juez de segunda instancia, su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas **que se formulen en contra de la decisión adoptada** en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos (diversos a los planteados por el recurrente) se excluyen del debate en la instancia superior, teniendo en cuenta que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio “dispositivo de las partes”².

Así, entonces, conforme al artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, “la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”. Lo anterior limita al ad quem a pronunciarse sólo sobre

² Dicho principio ha sido definido por la doctrina como “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin” (LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio: “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General”, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pág. 106).

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

los aspectos que perjudicaron al apelante; por tanto, **le corresponde al recurrente confrontar, con sus propias razones, los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión**, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida los asuntos que se plantean en la apelación respectiva.”³ (Resaltado fuera de texto).

Criterio que también fue expuesto por la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 23 de febrero de 2017:

“De acuerdo con el artículo 320 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida «...únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.». **En consecuencia, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo.** Al respecto sostuvo esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 2007⁴:

«Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto, **la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia.** En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente.» Negrilla fuera de texto.

Bajo los anteriores parámetros será estudiado el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

5.2. Argumentos introducidos al proceso al formular el recurso de apelación:

Al revisar las razones de inconformidad de la parte demandante frente a la sentencia de primera instancia, las cuales fueron sintetizadas en los siete puntos descritos en el acápite III, encuentra esta Sala que existen argumentos de apelación que trascienden su campo de competencia.

En efecto, se traen a colación argumentos que no fueron incluidos en la demanda como son: (i) que la demandada no debió ofertar en concurso (OPEC) el cargo que ocupaba la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez en provisionalidad, atendiendo las condiciones de estabilidad laboral reforzada que ostentaba por su condición de pre pensionada; y, (ii) La existencia de más cargos del mismo código y grado que

³ Si bien los anteriores argumentos fueron esbozados en vigencia del Código de Procedimiento Civil, en la actualidad tienen plena vigencia, dado que el Código General del Proceso no introdujo cambios sustanciales en ese aspecto.

⁴ Consejo de Estado, sección Segunda, Subsección A, radicado interno No. 9708-2005, actor: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. doctor: Jaime Moreno García.

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

ocupaba el demandante en la entidad, de los cuales pudo disponer para garantizar la estabilidad de la persona próxima a pensión y la falta de criterios objetivos para disponer del cargo del demandante para que fuera ocupado por el sujeto de especial protección.

*La demanda es la oportunidad que tiene el extremo activo para **exponer los hechos** que considera pertinentes para sacar adelante su pretensión, no así el recurso de apelación pues de atenderse a ellos, se vulneraría el derecho de defensa de la parte contraria.*

*La causa petendi o causa de pedir es el conjunto de **hechos esenciales** para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, tal como aparecen formulados en la demanda. De allí emana el deber de congruencia de la sentencia, es decir, la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir], lo cual implica que se **respete el componente fáctico** argumentado al juez para su decisión. La causa de pedir hace referencia al principio que origina el pretendido derecho o «el motivo o fundamento del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso»⁵*

*A su turno, el recurso de apelación tiene como objeto la revisión de la sentencia de primera instancia para que sea revocada o modificada; sin embargo, no es oportunidad **para invocar aspectos ajenos al debate iniciado con la demanda** y analizado en la sentencia, comoquiera que la impetración de nuevos elementos fácticos diferentes a los establecidos en el libelo introductorio, quebranta el deber de lealtad de las partes y desnaturaliza el objeto mismo de la alzada.*

*Cuando se examina la causa petendi, no se encuentra que en **ninguno de los hechos** se haya señalado que se invoquen las irregularidades que ahora invoca la parte actora; tampoco que se hubieran desconocido las reglas del proceso sancionatorio ni, mucho menos, se debatieron las pruebas practicadas en desarrollo del mismo.*

Como esto es así, la Sala no puede, se insiste, variar los hechos que fueron el marco de la demanda, pues de aceptarse, se vulneraría el derecho de defensa de la parte demandada, quien no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre ellos.

⁵ (CSJ SC 139, 24 Jul. 2001; CSJ SC, 5 Jul. 2005, rad. 1999-01493; CSJ SC, 18 Dic. 2009, rad. 2005-00058-01).

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

En efecto, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 8 de febrero de 2018⁶, al analizar los argumentos del recurso de apelación, sostuvo:

“Como se ve, en la demanda se alegó como proferidos sin competencia los Decretos 2276 de 2001, 013 y 1844 de 2002, mientras que en el recurso de apelación se plantea como nuevo cargo la falta de competencia en la expedición del Decreto 1679 de 2001 fundamentada en el artículo 83 del Código de Régimen Político y Municipal, por lo que al ser un cargo nuevo planteado en la apelación, no puede ser objeto de estudio.

Este cargo también es un cargo nuevo planteado en el recurso de apelación, que no fue incorporado en la demanda y por tanto tampoco puede ser objeto de estudio en esta instancia, por cuanto de hacerse se vulneraría el debido proceso y el derecho de defensa de la parte demandada.” -Negrilla fuera de texto-

Y en sentencia proferida el 3 de noviembre de 2016 por la Sección Primera de esa Corporación, en el proceso con radicación 13001-23-31-000-2001-02023-01 y ponencia del Consejero Doctor Roberto Augusto Serrato Valdés (E), se indicó:

“No obstante, es menester destacar que en los procesos ordinarios el recurso de apelación tiene límites, pues debe guardar correspondencia con el petitum de la demanda, los fundamentos fácticos y jurídicos que la sustentan, los argumentos de oposición a la misma y las consideraciones que sirven de sustento al a quo para fundamentar su sentencia. No de otra forma se respetan los derechos al debido proceso, a la igualdad procesal y la garantía de la doble instancia.

Justamente, acerca de los límites del juez en segunda instancia, esta Corporación, en sentencia de 5 de julio de 2007 (M.P. Jaime Moreno García.) precisó que: “... en el recurso de apelación... la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia.”⁷.

Igualmente, esta Sección, en sentencia de 28 de febrero de 2008 (M.P. Martha Sofía Sanz Tobón) dijo “al tenor de lo dispuesto por el artículo 357 del C.P.C. la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y que el marco que limita al fallador en la segunda instancia es la sentencia y el recurso”⁸.

Asimismo, en sentencia de 20 de mayo de 2010 (M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila) también se manifestó: “...los motivos de inconformidad planteados mediante el recurso de apelación deben guardar correspondencia con el fallo recurrido, esto es, con las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia que determinaron una decisión total o parcialmente adversa a los intereses de quien apela”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta – Descongestión, sentencia proferida con ponencia del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 15001-23-31-000-2002-03011-01.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 5 de julio de 2007, Rad.: 97082005, Actora: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. Jaime Moreno García.

⁸ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 28 de febrero de 2008, Rad.: 25000231500020060226201, Actor: Josue Martínez, M.P. Martha Sofía Sanz Tobón

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

Más recientemente, en sentencia de 26 de julio de 2012 (M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez) la Sección Cuarta de la Corporación expresó que el recurso de apelación “...pretende... provocar la revisión de la providencia que cuestiona por parte del superior funcional de quien la profirió, para que, según su ponderado análisis y juicio jurídico, la revoque, modifique o, si lo encuentra pertinente, la confirme. La especialidad y exclusividad de este objeto, unido al principio de congruencia de la sentencia, sugiere plena unidad temática y consecuente entre el petitum de la demanda, las razones fácticas y jurídicas que lo fundamentan, los argumentos de oposición a las mismas, la sentencia que examinó y proveyó sobre éstos y aquéllas, y los cuestionamientos de la apelación, conforme al parámetro fijado por el ya referido artículo 350.”.

La anterior argumentación guarda correspondencia con lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T - 516 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), frente a los límites de la competencia del juez de segunda instancia. En ella se lee:

“...la competencia del superior jerárquico... no debe ser entendida únicamente en términos de economía procesal, sino que se encuentra limitada por el respeto al derecho fundamental del debido proceso, por la garantía de la doble instancia, y el derecho a la igualdad procesal... en el trámite de la segunda instancia, un juez no tiene siempre plena competencia para pronunciarse sobre todos los asuntos que tengan alguna relación con la apelación, pues podría estar actuando por fuera del marco de su competencia, por ejemplo, **cuando profiere decisiones que resuelven de manera directa un asunto que no fue objeto de decisión por parte del a quo**”. (Se resalta)

En consecuencia, de conformidad con los argumentos expuestos, debe la Sala despachar desfavorablemente el presente cargo, pues advierte que la falta de aplicación del artículo 20 del Decreto 2295 de 1996, por indebida tasación del monto que debe pagarse por incumplir el régimen del tránsito aduanero, **no se adujo en el libelo de la demanda para controvertir la legalidad de los actos acusados, ni en las contestaciones de la misma, ni en la sentencia de primera instancia. Estudiar éste cargo implicaría, entonces, violentar el derecho al debido proceso, la garantía de la doble instancia y el derecho a la igualdad procesal de la parte demandada.**” -Negrilla fuera de texto y subrayas de original-

Tratándose de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho el artículo 162.4 establece que debe indicarse las normas violadas y **explicarse el concepto de su violación**, en consecuencia, además del **aspecto fáctico** al que ya se hizo alusión, se torna de vital relevancia en estos casos, que en la demanda además de incorporen los elementos sobre los cuales versa los motivos de nulidad de los actos administrativos impugnados, lo que constituye el espectro **jurídico** al que hace referencia la jurisprudencia en cita, entonces, en este clase de medio de control además debe incorporarse en el concepto de violación las razones por las cuales los actos demandados deben declararse nulos, sin que sea admisible que las mismas sean adicionadas en el recurso de apelación.

Conforme a lo anterior, revisado el acápite de la demanda denominado “HECHOS Y FUNDAMENTOS” (f. 2-7) no se encuentra que la parte demandante hubiera

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

introducido al debate lo relacionado con la inconveniencia o ilegalidad de ofertar del cargo de la señora Rodríguez Martínez y tampoco la existencia de más cargos en la entidad del mismo nivel, código y grado, respecto de los cuales pudo preferirse frente al cargo del demandante, así tampoco, en el acápite “CONCEPTO DE VIOLACIÓN” (f. 8-10), tampoco se expusieron motivos referentes a esos aspectos, como causas de anulación de los actos administrativos demandados.

Así las cosas, la Sala no estudiará los cargos de apelación desarrollados en los numerales 2 y 4 del recurso de apelación propuesto por la parte demandante, en tanto, dentro del marco fáctico y la proposición jurídica, contenida en la demanda, no existen elementos que permitan señalar que el demandante desde el inicio del trámite procesal, planteo las razones aducidas en los argumentos de apelación.

Lo anterior, en tanto que en el libelo introductorio se limitó a señalar las actuaciones posteriores al nombramiento del demandante, sin hacer alusión al proceso de Oferta Pública de Empleo de Carrera ni a la existencia de otros cargos que hubiera podido disponer la demandada en lugar del demandante para garantizar la estabilidad de una persona en condiciones de pre pensionada, entonces, atender, esos reparos conllevaría el desconocimiento de principios procesales y constitucionales a los que hizo referencia la jurisprudencia arriba mencionada, debiéndose entonces, excluir del análisis en esta instancia dichos argumentos de impugnación.

Adicionalmente, el punto 6 de la impugnación se fundamenta en el presunto desconocimiento de la Circular No. 003 de 11 de junio de 2014 y lo previsto en el artículo 2.2.5.3.2. del Decreto Único del Sector Función Pública 1083 de 2015, argumento que, si bien fue incorporado en el fundamento fáctico de la demanda, incumplió con la carga ordenada en el artículo 163.4 del CPACA es decir, no fue indicadas como normas violadas, ni se desarrolló frente a ellas concepto de violación (f. 8). En consecuencia, este argumento tampoco es viable de ser incorporado en la impugnación y, por ende, analizado en esta instancia, en consonancia con lo ut supra considerado.

5.3. De la vinculación de tercero con interés directo en la demanda.

El primer argumento del recurso de apelación, refiere a la inconformidad del demandante de haberse reconocido a la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez, como parte dentro del proceso.

*Al respecto observa la Sala que el a quo en auto admisorio de la demanda proferido el **18 de octubre de 2016** (f. 57-58) dispuso la vinculación de la mencionada en los*

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

términos del numeral 3º del artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, decisión que no fue impugnada por el demandante, sino que, por el contrario, cumplió lo ordenado en el artículo 10º enviando la comunicación de la existencia de la demanda como se observa a folio 62.

Clara Ofelia Rodríguez Martínez contestó la demanda - folios 69 a 80-, propuso la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva”⁹ (f. 75-76), que fue desestimada por el Juzgado en la Audiencia Inicial (f. 192 y cd. visto a f. 191 min. 5:28 a 7:32) al considerar interés en las resultas del proceso.

Si bien en el traslado de las excepciones, el demandante manifestó desacuerdo con la vinculación de la referida señora, la oportunidad para oponerse a ello era la notificación del auto que admitió la demanda el 18 de octubre de 2016, pero se guardó silencio y la decisión adquirió firmeza.

Conforme a lo anterior, al introducirse este argumento en el recurso de apelación se pretende revivir oportunidades procesales que fenecieron, sin que sea el recurso de apelación contra la sentencia el momento oportuno para plantear argumentos que pudieron exponerse en recurso contra el auto admisorio o contra la decisión de excepciones.

Adicionalmente, revisado el fallo de instancia la “tensión de derechos” no aparece desacertada ni ajena al caso, por el contrario, es, precisamente, parte de la razón suficiente invocada por la demandada. Sin duda, la citada tenía un claro interés en las resultas de este proceso, al punto que, de accederse a las pretensiones de la demanda, ella sería llamada a la desvinculación del empleo. No prospera el cargo.

Así las cosas, se continuará con el análisis de los demás puntos objeto de debate, a saber los argumentos 3, 5 y 7, el primero relativo a la falta de objetividad de la decisión contenida en los actos demandados, el segundo, al desconocimiento de los derechos de estabilidad intermedia de las personas vinculadas en provisionalidad contenidas en la sentencia SU-917 de 2010, y el último, la inexistencia de “razón suficiente” y “justa causa” para la desvinculación del actor del cargo que desempeñaba en provisionalidad.

⁹ *La vinculada propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por activa (f. 75-76) sin embargo, dentro del trámite se aclaró que se trató de un yerro en la denominación de la excepción, y que lo planteado se trata de la falta de vocación de la vinculada para integrar el extremo pasivo de la litis.*

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

Cargos que serán estudiados de manera conjunta dado que guardan relación entre sí, pues atacan la motivación de la demandada al retirar del servicio en provisionalidad al señor Carlos Eduardo Ussa Pérez.

5.4. De la estabilidad laboral – De la regla general respecto a la estabilidad del servidor público que desempeña un cargo en provisionalidad.

El artículo 125 de la Constitución Política, estableció que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso a los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Estipuló, además, que los empleos en las entidades estatales tienen este carácter, excepto los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

El objetivo de esta disposición, fue la creación de un mecanismo objetivo para acceder y permanecer en los cargos públicos, que fuera compatible con los principios constitucionales que inspiran la función administrativa, en especial la igualdad, moralidad, la eficacia y eficiencia en la prestación del servicio e imparcialidad (Art. 209 Constitución Política).

*La Ley 909 de 2004, al regular el ingreso a los empleos públicos, previó que los de carrera administrativa se proveen en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el **sistema de mérito** (Art. 23), y si sus titulares se encuentran en situaciones administrativas que impliquen la separación temporal del mismo, deben ser provistos de forma **provisional** solo por el tiempo que duren aquellas situaciones (Art. 25).*

*A su vez, el artículo 9º del Decreto 1227 de 2005 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998”, contempló que, en caso de vacancias temporales, los empleos de carrera podrán ser provistos mediante **nombramiento provisional** cuando no fuere posible por medio de encargo, y por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.*

*El nombramiento en provisionalidad resulta procedente, entonces, para desempeñar cargos de carrera, en los eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de méritos, por lo tanto, **su carácter es transitorio**.*

Se ha considerado que esta situación otorga fuero de estabilidad relativa, en la medida en que los servidores públicos en provisionalidad pueden ser retirados del servicio por disposición del nominador mediante resolución motivada y por razones

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

objetivas (Art. 10 Decreto 1227 de 2005), o hasta que se produzca el nombramiento por el concurso de méritos¹⁰.

Así las cosas, a la luz de los principios constitucionales y legales que inspiran la carrera administrativa, la estabilidad de un empleado que ejerce un cargo en provisionalidad, por regla general es relativa y en modo alguno puede compararse con las personas que han superado el concurso de méritos. De ahí que el derecho de quien ocupa un cargo en provisionalidad, ceda frente al que superó con éxito el concurso público de méritos por ostentar un mejor derecho.

5.5. Motivación de los actos administrativos de terminación de nombramientos en provisionalidad

En vigencia de la Ley 909 de 2004, la obligación de motivar los actos administrativos de retiro de un servidor público que desempeña un cargo en provisionalidad, además de ser la expresión de la estabilidad relativa, atiende el derecho al debido proceso (art. 29 CP), los principios democráticos (Art. 1º, 123 y 209 CP) así como la publicidad, de manera que quien resulte afectado por una decisión de esta magnitud, tenga los fundamentos para acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con base en las causales de nulidad que estime pertinentes, según la motivación del acto a atacar.

*Ahora bien, en concordancia con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005¹¹ la motivación del acto administrativo de retiro del servicio debe ser coherente con la función pública en el ámbito del Estado Social de Derecho, depende de las reglas generales establecidas por vía jurisprudencial y debe responder al **principio de razón suficiente**.*

En efecto, en la sentencia SU-917 del 16 de noviembre de 2010 la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, indicó que la desvinculación de una persona nombrada provisionalmente en un cargo de carrera procede por i) provisión definitiva del cargo por haberse realizado concurso de méritos; ii) la imposición de sanciones disciplinarias; iii) calificación no satisfactoria; u iv) otra razón específica atinente al servicio que se está prestando y que debería prestar el funcionario:

“Un aspecto de particular importancia en esta materia es el referente a cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce

¹⁰ SU-556 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹¹ **Artículo 10.** Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

un cargo en provisionalidad, tema del que también se ha ocupado la jurisprudencia constitucional.

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”¹². En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”¹³.

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”¹⁴.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa¹⁵ o derivados del incumplimiento de las funciones

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

¹⁵ CP., Artículo 209.- “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”¹⁶.

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional, o la simple “cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular”¹⁷, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario¹⁸. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias¹⁹. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen “explícitas” en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración²⁰, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación “implícita” de los actos administrativos.” (Resaltado fuera de texto original).

En ese punto, debe hacerse claridad, que la obligación de motivar de forma suficiente los actos administrativos de retiro del servicio de los empleados públicos en provisionalidad, en modo alguno equipara a los funcionarios provisionales con aquellos de carrera administrativa, pues tal interpretación no corresponde al espíritu de la Constitución Política de 1991 en materia de función pública.

En efecto, la Alta Corporación constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que esta obligación, es una manifestación y/o garantía de la estabilidad intermedia o relativa que tienen los nombramientos en provisionalidad. Por consiguiente, en

¹⁶ Tomás Ramón Fernández, “De la arbitrariedad de la administración”. Madrid, Civitas, p.1994, p.162

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009.

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras.

¹⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras.

²⁰ En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación”, al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, “Las razones del Derecho”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellan y Alfonso García Figueroa, “La Argumentación en el Derecho”. Lima, Palestra Editores, 2003, p.149; Mario Alberto Portela, “Argumentación y sentencia”. En: Revista DOXA 21, 1998.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

cualquier caso, es deber del nominador motivar el acto administrativo de retiro del funcionario en provisionalidad²¹.

Resulta diáfano que, con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, encontró sustento normativo el argumento según el cual, los actos administrativos de retiro de un funcionario que desempeñe un cargo público en provisionalidad deben ser motivados, por cuanto, reitera la Sala, el párrafo segundo del artículo 41 *ibidem* consagra que “**es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado” (Resaltado fuera de texto original)**

En virtud el principio de razón suficiente, en criterio de la Corte Constitucional, en ese acto administrativo “*deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado*”²².

En la misma línea de pensamiento, esa Corporación en sentencia T-507 de 2010 con ponencia del Magistrado Doctor Mauricio González Cuervo, expuso:

“Siendo esto así, “la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado **se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia**. Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener **las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario**. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad²³. En consecuencia, la discrecionalidad

²¹ En la sentencia SU-917 de 2010, expuso:

“(…) En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario **ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia**. En este sentido la Corte precisa que aun cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.
(…) Pero como no existe una ley que considere los cargos de provisionalidad asimilables a los cargos de libre nombramiento y remoción, no tiene cabida una interpretación analógica en esta dirección. Por lo tanto, **el nominador tampoco puede desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad con la misma discrecionalidad (relativa) con la que puede hacerlo para aquellos cargos, esto es, sin el deber de motivar sus actos**.” (Resaltado fuera de texto original)

²² Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescindiera de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que, de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

²³ Ver C-279/07.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

del nominador está circunscrita a “atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”²⁴.” (Resaltado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el acto administrativo que desvincula al empleado público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, no solo debe explicar de manera clara, detallada y precisa las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión, sino que también, se debe tener en cuenta que sólo es admisible la motivación que invoque argumentos 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 atinente al servicio que presta el empleado, así como motivos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo.

Resulta importante resaltar la naturaleza temporal de la vinculación al servicio público en provisionalidad, la Corte Constitucional en sentencia SU-054 de 2015, sobre este tópico manifestó:

“7.4.6.1.1. De este modo, se tiene, en primer lugar, que la misma figura de la provisionalidad, por definición legal, inhibe que a la persona nombrada en un cargo de carrera se le cree una expectativa legítima de permanencia indefinida en el mismo. Para confirmar lo anterior, basta hacer un recuento de los desarrollos legislativos acerca del tema. Así las cosas, desde la Constitución de 1991, las normas que han regulado la provisionalidad, como mecanismo de acceso al servicio público, han recalcado el carácter transitorio de la figura.

(...)

7.4.6.1.5. Las normas que se han transcrito²⁵, tenían la vocación de brindar una garantía al principio del concurso de méritos como medio de acceso a la carrera administrativa, limitando claramente las expectativas de los nombramientos en provisionalidad, para que fueran, tal como su nombre lo indica, temporales, para luego proveer el cargo con las condiciones previstas en la ley.” -Resalta la Sala-

En esa misma providencia que recoge los aspectos señalados sobre la motivación de los actos administrativos de desvinculación o terminación de los nombramientos en provisional contenida en la sentencia SU-917 de 2010, sobre el contenido que deben contener dichas determinaciones, el Alto Tribunal señaló:

“7.4.6.1.6. Bajo esas condiciones, quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y

²⁴ Ídem

²⁵ Artículo 1º del Decreto 1222 de 1993, artículos 8º a 10º de la Ley 443 de 1998 y los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

temporal de permanencia en el cargo, por cuanto las autoridades administrativas responsables deberán proveerlo por medio del sistema de carrera, nombrando en propiedad a quien haya superado todas las etapas del concurso que, en todo caso, habrá de convocarse para el efecto. De lo anterior resulta claro que, quien es nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos, y la provisión conforme al mismo habrá de hacerse en el breve término que prevé la ley. Así, esa persona puede esperar mantenerse en el cargo hasta tanto el mismo sea provisto, en el término legal, por quien haya ganado el concurso y que si su desvinculación se produce con anterioridad, ello ocurra conforme a una razón objetiva, debidamente expresada en el acto administrativo de desvinculación.” -Negrilla por fuera del original-.

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de razón suficiente, en sentencia T-1316 de 2005, sostuvo, lo siguiente:

“Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescindiera de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que, de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa” -Negrilla fuera del texto-.

Sobre el desarrollo de este principio, resulta valioso lo considerado por esa Corporación en sentencia SU-556 de 2014, en los siguientes términos:

“De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe “atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo”²⁶.²⁷ En concordancia con lo anterior, el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas.

²⁶ Sentencia T-1310 de 2005 MP: Álvaro Tafur Galvis: “En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.” A su vez la sentencia T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández dijo: “La Corte ha precisado que un empleado o funcionario de carrera sólo puede ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley. Así, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario de un cargo de carrera administrativa o judicial debe ser motivado.” Ver, entre otras, sentencias; T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-1206 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentería; y T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

²⁷ C-279 de 2007.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

(...)

Dicha regulación ha llevado al Consejo de Estado a reconocer el deber de motivar el acto de retiro de los funcionarios en cargos de carrera ocupados en provisionalidad, en los siguientes términos:

*“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2° del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, **dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO**, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2°, art. 41 Ley 909 de 2004).*

*Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3° y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, **el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado**, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998”.*²⁸ -Negrilla fuera del texto-

Visto el marco jurisprudencial precedente, que refiere a los aspectos destacados en el recurso de apelación, que ataca la motivación del acto al indicar que no se fundó en razones objetivas, no atendió las reglas jurisprudenciales para desvinculación y no se fundó en una justa causa y razón suficiente, veamos entonces, el contenido del acto demandado.

5.6. Caso concreto:

En la Resolución N° 0116 de 17 de febrero de 2016 proferida por la Contraloría General de Boyacá por medio de la cual fue terminado el nombramiento en provisional del demandado, se lee:

“CONSIDERANDO:

²⁸ Sentencia del 23 de septiembre de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

Que la Ordenanza 038 del 14 de diciembre de 2007 determinó la planta de personal de la Contraloría General de Boyacá, vigente a la fecha dentro de la cual se estableció el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 20.

Que mediante Resolución No. 0759 del 31 de diciembre de 2015, la Contraloría General de Boyacá, efectuó nombramiento en provisionalidad al señor CARLOS EDUARDO USSA PÉREZ, para desempeñar el cargo de carrera administrativa denominado Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 20.

Que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, entre las cuales se pueden citar la sentencia T-007 de 2008, ha señalado: **“La Corte reconoce para los funcionarios que ocupen cargos de carrera administrativa en provisionalidad un fuero de estabilidad como el que corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo, esta Corporación estima que para los primeros existe “un cierto grado de protección, que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupa, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atenientes al servicio, o por designación por concurso por quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de empleos de carrera (artículo 125 Constitución Política de Colombia)”.** Subraya fuera de texto.

Que mediante radicado de salida No. 3233 del 2 de febrero de 2016 la Comisión Nacional del Servicio Civil, confirmó y adoptó la lista de elegibles en estricto orden de mérito deberá producirse el nombramiento en periodo de prueba autorizado, para el cargo de carrera administrativa denominado Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 20, identificado con OPEC No. 202948, al Aspirante FRANCISCO JAVIER NIÑO ACEVEDO, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.171.611, quien ocupó la posición número dos dentro de este proceso de selección.

Que de igual forma y teniendo en cuenta que en la actividad, el empleo de carrera administrativa denominado Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 20 precedente fue asignado, en nombramiento con carácter de provisionalidad a la señora CLARA OFELIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 40.0114.986, mediante Resolución No. 004 de 15 de enero de 2013.

Que atendiendo la Historia Laboral de la señora CLARA OFELIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, se verifica que lleva 8 años, 1 mes y 27 días vinculada a la Contraloría General de Boyacá., mientras que el señor CARLOS EDUARDO USSA PÉREZ lleva un mes 17 días, por lo tanto, se observa que, en criterio de responsabilidad y servicio laboral en los tiempos, la funcionaria CLARA OFELIA RODRÍGUEZ, lleva más tiempo de vinculación en la entidad que el señor USSA PÉREZ.

Que bajo criterios de proporcionalidad, la señora CLARA OFELIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, lleva un total acumulado de tiempo de servicios de veintitrés (23) años, diez (10) meses y seis (6) días; y para octubre de 2017 cumple la edad de pensión, mientras que el señor USSA PÉREZ, tiene un (1) mes y diecisiete (17) días de vinculación con la Contraloría General de Boyacá, sin que acredite más tiempo y edad.

Que existe el antecedente laboral de la señora CLARA OFELIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, donde tiempo atrás se le terminó un nombramiento provisional y el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo, Sala de Descongestión mediante sentencia de fecha 29 de mayo de 2012, falló en segunda instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho radicada bajo el No. 155511313004200800051-00, ordenó reintegrar en calidad de provisional a la señora CLARA OFELIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ al cargo que venía

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

desempeñando al momento de su retiro esto es en el cargo denominado Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 20; aspecto este que no se puede volver a repetir.

Que bajo la óptica legal y jurisprudencial la señora CLARA OFELIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ en criterios de objetividad de derechos tiene prelación ya que para el año 2017 materializa su derecho a pensión, mientras que el señor USSA PÉREZ no lo acredita.

*En criterios de **ponderación** de derechos la señora CLARA OFELIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ cuenta con más años de experiencia y edad en esta entidad y concretamente para el desempeño de las funciones del cargo Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 20, mientras que el señor USSA PÉREZ escasamente con un tiempo de servicio inferior al señalado.*

Que como quiera que de la Historia Laboral se desprende que la señora CLARA OFELIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ está a escasos veinte (20) meses de materialización de sus derechos pensionales, por cumplimiento de los requisitos legales, amerita una especial protección constitucional, al derecho a la igualdad y al mínimo vital, entre otros, por lo que la Contraloría General de Boyacá debe garantizar estos derechos en la provisionalidad existente y de mayor identidad para ella que para el señor USSA PÉREZ, siendo garantista de los derechos fundamentales.

Que en consonancia con la norma de normas (artículo 4º C.N.) estas situaciones son de connotación especial por lo que (de ser posible ser nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía (Código 407 Grado 20) de los que se venía ocupando, aspecto este susceptible de aplicarse al asunto sub-lite, por ser una situación sui generis, siendo esto de manera fáctica y jurídica relevante en la condición de la señora CLARA OFELIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ frente al señor CARLOS EDUARDO USSA PÉREZ.

Que como corolario de lo anterior la autoridad administrativa esta obligada a proferir una solución razonable y teniendo esta alternativa para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones debe optar por aquella que mayor materialice los derechos, valore y principios constitucionales y que en menor grado afecte los derechos fundamentales de quienes ostentan esta protección constitucional.

Que la Honorable Asamblea Departamental mediante ordenanza 038 de 24 de diciembre de 2007 determinó la planta de personal de la Contraloría General de Boyacá, vigente a la fecha sin que haya ampliado su número y estructura, y como se advirtió sin que pueda repetirse como en antaño ocurrió.

Que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que: “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente en mínimo vital y la igualdad de oportunidades, de allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

Que atendiendo lo anterior se hace necesario terminar el nombramiento que desempeña como provisional en el cargo de carrera administrativa denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 407 GRADO 20 al señor CARLOS EDUARDO USSA PÉREZ, identificado con la cédula de ciudadanía 1.049.635.135.” (f. 16-18 y 130-132) -Subraya y negrilla del original-.

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

Contra la anterior decisión fue formulado el recurso de reposición (f. 19-25 y 136-142), con fundamento en los criterios señalados por la Sentencia SU-917 de 2010, desatado por la Resolución No. 0164 de 10 de marzo de 2016 (f. 26-30 y 143-152).

El procedimiento administrativo consideró que la terminación del nombramiento de Carlos Eduardo Ussa Pérez, se fundó en criterios objetivos, siguiendo los parámetros de la Corte Constitucional, es decir, a una razón suficiente fundada en criterios de ponderación como la edad, el tiempo de servicio, la orden judicial de reintegro y la calidad de pre-pensionada.

Entonces, confrontadas tales razones con las expuestas en la demanda, surge la estabilidad laboral desde dos puntos de vista: i) la condición de empleado en provisionalidad y ii) la calidad de persona próxima a pensión.

De los actos demandados, se extraen varias motivaciones para fundar la “solución razonable” a que refiere el acto administrativo primigenio, a saber: (i) nombramiento en carrera de una persona que superó las etapas del concurso de mérito respectivo, en un cargo idéntico al del accionante, en el cual se había nombrado en provisionalidad a la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez; (ii) antigüedad en la entidad tanto de la señora Rodríguez Martínez como del demandante; (iii) Tiempo de servicio y edad de los dos funcionarios para acceder a la pensión; (iv) existencia de una sentencia que ordenó el reintegro de la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez, y (v) Condición de pre-pensionada de la señora Rodríguez Martínez.

5.6.1. De la estabilidad por la condición de prepensionado:

Para la Sala resulta fundamental ahondar en una de las motivaciones expuesta en el acto administrativo y que sirvieron de fundamento al fallo de primera instancia, y es la relativa a la condición de pre pensionada, 20 meses para adquirir el status de pensionada, en esa medida se ahondará en esa motivación, previo a estudiar los demás aspectos del acto administrativo, así:

Inicialmente, se tocó este tipo de estabilidad en el contexto de la reestructuración de las entidades públicas que enfrentaron procesos de liquidación, por lo cual se creó la figura del retén social consagrado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República", en los siguientes términos:

***“Artículo 12. Reglamentado por el art. 12, Decreto Nacional 190 de 2003
Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el***

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley”.

El Máximo Tribunal Constitucional se ha referido en múltiples oportunidades, al derecho a la estabilidad laboral reforzada con que cuentan las personas próximas a pensionarse, con el fin de garantizar los derechos al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital de los más vulnerables dentro de la administración, como lo son las personas que se encuentran próximas a cumplir los requisitos para acceder a una pensión legal.

Dicha estabilidad, no proviene de un mandato legal, sino que es de creación constitucional, tal como lo admitió la Alta Corporación, en la sentencia T-186 de 2013, al señalar:

“(…) Con todo, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública” (subrayado fuera de texto).

*Adicionalmente, la Corte ha sostenido que **no basta con ostentar la calidad de prepensionado para gozar de esta protección, pues además se requiere que la terminación del contrato de trabajo ponga en riesgo derechos fundamentales** tales como el mínimo vital, debido a la edad en que se encuentra quien es retirado de su puesto de trabajo, lo cual puede conllevar a que sea difícil conseguir un nuevo empleo y por ende satisfacer las necesidades básicas de un hogar.*

Así las cosas, se tiene que en los eventos de retiro de una persona a quien le falten tres años o menos para adquirir la condición de pensionado, se debe analizar cada caso concreto para establecer si están en riesgo sus derechos fundamentales. Así lo consideró la Corte en la sentencia T-357 de 2016, al explicar:

“(…) La condición de prepensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cobija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

En todo caso, a pesar de haberse superado el contexto de la renovación de la administración pública como requisito para ser considerado sujeto de especial protección constitucional en el caso de los prepensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de este o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primer” (Destaca la Sala).

Obsérvese entonces, que como lo estableció el Máximo Órgano Constitucional en la sentencia T-638 de 2016, la estabilidad laboral de los prepensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos **cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Con todo, no basta la mera condición de prepensionado, sino que se precisa verificar si hubo afectación de los derechos fundamentales.**

5.6.1.1. Cambio jurisprudencial

Ahora bien, de manera reciente la Sala Plena de la Corte Constitucional, en **Sentencia SU-003 de 2018²⁹, restringió el nivel de protección de las garantías fundamentales de los prepensionados al excluir de ese grupo poblacional a aquellas personas que cumplen el requisito de densidad en las cotizaciones.**

En dicho pronunciamiento, se propuso resolver, entre otros, la siguiente problemática: “(...) **unificar la jurisprudencia constitucional en cuanto alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable.** Para tales efectos, debe la Sala Plena determinar si cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria de dicha garantía de estabilidad laboral

²⁹ M.P. Carlos Bernal Pulido. AV. Alejandro Linares Cantillo.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

reforzada” - Destaca la Sala -. Planteando como respuesta a ese interrogante, “**con fines de unificación jurisprudencial,** (que) cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, **no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez**” - Negrilla fuera del texto original -.

Queda expuesto entonces que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional vigente, **el derecho a la estabilidad laboral reforzada del prepensionado, se garantiza exclusivamente a aquel trabajador que le faltare menos de tres años para cumplir el requisito de densidad en las cotizaciones.**

Tal criterio, se precisa, ha sido pacíficamente aceptado por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³⁰.

5.6.1.2. Carácter vinculante y fuente material de derecho de las sentencias de unificación – Efectos de las sentencias en el tiempo – cambio jurisprudencial.

En relación con el desarrollo del sistema de precedente, el legislador ha consagrado en las nuevas concepciones subjetivas y adjetivas, la importancia de la jurisprudencia como fuente material del derecho y la fuerza vinculante que debe tener cuando se trata de una sentencia de unificación, **pues en ella se interpreta el sentido práctico de la ley.** Al respecto la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad referente al artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, manifestó:

“El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional para las autoridades

11. El reconocimiento de la jurisprudencia **como fuente formal de derecho,** opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.³¹ **Esta interpretación, cuando es realizada por**

³⁰ Sobre el particular, **consúltese:** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto, i) 26 de septiembre de 2018, Exp. No. 11001-03-15-000-2018-00922-01(AC), ii) 30 de mayo de 2019, Exp. No. 11001-03-15-000-2018-01930-01(AC), iii) 20 de septiembre de 2018, Exp. No. 11001-03-15-000-2018-02044-00(AC) y, Sección Quinta, Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate, 15 de noviembre 2018, Exp. No. 11001-03-15-000-2018-02044-01(AC).

³¹ Esta conclusión es evidente, incluso desde el positivismo jurídico, que para el caso colombiano es recurrentemente asimilado, de manera errónea, al formalismo o a la exégesis. Así, en términos de Hans Kelsen, “... el tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho y contenido en la ley, en la

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.

(...)

11.2. Además, **este último argumento permite hacer compatible la actividad creadora de derecho por parte de los jueces con el principio democrático.** En efecto, en las sociedades contemporáneas, merced la complejidad de las relaciones entre sus agentes, es imposible que las asambleas representativas puedan configurar preceptos que solucionen, de manera específica, todos los casos posibles. Por ende, es inevitable (y como se verá más adelante incluso necesario y valioso) que los jueces conserven la competencia **para la definición concreta del derecho**, a partir de reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador.

(...)

En términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la ratio decidendi de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas. Esta disciplina jurisprudencial, a su vez, garantiza la vigencia de principios nodales para el Estado Constitucional, como la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante las autoridades. (...)³² -Negrilla fuera del texto-

Conforme a lo señalado y a la reconceptualización del principio de legalidad, no cabe duda, que tanto el legislador como la Corte Constitucional, equiparan a la **jurisprudencia de unificación a la ley**, es imperioso que la misma se aplique como **fuerza formal y material del derecho**, por lo cual a este tipo de providencias que cumplan con las características referidas, deberá dársele el trato similar a una ley, en este sentido es indispensable observar el fenómeno de la retrospectividad, al respecto se ha señalado:

“19.- La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado se han ocupado del asunto relativo a la aplicación de las normas jurídicas cuando han ocurrido tránsitos normativos de orden legal o constitucional. La jurisprudencia ha distinguido entre los fenómenos de aplicación inmediata de las disposiciones jurídicas, la irretroactividad, la ultractividad, y la retrospectividad de la ley entendida en sentido amplio.

La Corte Constitucional en sentencia T-389 de 2009³³ puntualizó que el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación

norma general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación de Derecho, en el sentido auténtico de la palabra. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos –condición y consecuencia- van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias judiciales es norma jurídica individual: individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general en lo individual; sólo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, sólo la errónea identificación del Derecho con ley pueden obscurecer una idea tan evidente. Vid. KELSEN, Hans. (2009) El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho. Editorial Reus. Zaragoza, pp. 69-70.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

³³ En esta sentencia la Corte Constitucional se pronunció sobre los efectos de sus fallos de constitucionalidad abstracta, y se refirió específicamente a los efectos en el tiempo de las normas jurídicas, toda vez que a partir de estos ha construido su jurisprudencia sobre los efectos en el tiempo

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

inmediata y hacia el futuro, “pero con retrospectividad, [...] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal...”. De este modo, “aquellos que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma”.

(...)

Finalmente, el fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad.

(...)

20.1.- La sección quinta del Consejo de Estado, distinguiendo entre los fenómenos de la irretroactividad y retrospectividad de la ley, ha precisado que la “ley tiene efectos de retroactividad cuando se aplica a situaciones jurídicas subjetivas consolidadas antes de su vigencia. Salvo casos excepcionales las leyes no pueden ser aplicadas en esta modalidad. Se dice que la ley tiene efectos retrospectivos cuando la aplicación toma en cuenta situaciones no consolidadas antes de su vigencia. Esta aplicación sí está permitida, aunque sea más gravosa para el administrador, salvo que la ley diga lo contrario”³⁴.

(...)

21.- De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aun no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados.” -Subraya y negrilla fuera del texto-³⁵.

En el mismo sentido se destaca lo sostenido por la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 25 de septiembre de 2018, al señalar los alcances de la concepción de fuente de derecho de la jurisprudencia, además de acotar los efectos de los cambios jurisprudenciales como expresión dinámica del ejercicio jurisdiccional, veamos:

“Naturaleza dinámica de la jurisprudencia de las Altas Cortes

de sus sentencias de constitucionalidad. Realizada la anterior precisión, la Sala se referirá a los apartes doctrinales en que la Corte se pronunció sobre los referidos efectos en el tiempo de las normas jurídicas.

³⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta. Providencia del 31 de octubre de 1995, expediente 1438.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-110 de 2011. Luis Ernesto Vargas Silva.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

(...)

*Para resolver el cargo se considera, en primer término, que **no es posible desconocer la potestad que les asiste a las Altas Cortes para efectuar cambios de jurisprudencia**, bajo la consideración de que toda variación jurisprudencial es susceptible de generar una violación al debido proceso por desconocimiento del precedente. Por el contrario, se estima que **los cambios en la jurisprudencia son efecto obligado de la dinámica propia de la interpretación judicial**, de los cambios en la conformación de las Cortes y de la **mutación de las realidades sociales a las que las decisiones de los jueces se deben adaptar**.*

*La función jurisdiccional le permite al juez de cierre, en ejercicio de su autonomía funcional, **efectuar cambios jurisprudenciales, mediante la exposición clara y razonada de los fundamentos jurídicos que justifican las variaciones jurisprudenciales, de modo que las nuevas decisiones se encuentren debidamente soportadas y puedan ser enunciados vinculantes a efectos de administrar correcta y oportunamente justicia**, es decir, el juez posee un rol principal dentro del sistema de fuentes³⁶, como lo es, el de ser interprete y creador de derecho³⁷.*

*En la actualidad, la función creadora e integradora de derecho por parte del juez ha alcanzado su mayor reconocimiento. Si bien el artículo 230 de la Constitución de 1991 prescribe que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al “imperio de la ley” —en cuanto fuente cardinal de derecho— y que la jurisprudencia es uno de los “criterios auxiliares del ejercicio de la actividad judicial”, la Corte Constitucional, en una primera fase reconoció **la fuerza normativa de la jurisprudencia**³⁸ y, en una segunda consolidó el*

³⁶ La teoría jurídica está comprendida por tres partes: teoría general del derecho, teoría general de las fuentes del derecho y análisis de conceptos: “la teoría general del derecho se ocupa principalmente de estudiar la naturaleza y definición del concepto de Derecho; la teoría general de las fuentes del derecho estudia los mecanismos a través de los cuales se crea el Derecho (...)”: CROSS Rupert, *El precedente inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 19.

³⁷ “Estudiar los cambios de jurisprudencia toca la esencia de la función del juez (...) La función de juez no es, ni ha sido, la de ser la boca de la ley, tal como lo afirmó MONTESQUIEU en un momento histórico en el que los jueces luchaban desembozadamente por el poder político y por miedo se creyó en la necesidad de limitar su labor. Es tan ilusorio prohibirle al juez interpretar la ley como negarle su labor de creación en el Derecho. La búsqueda de la completitud de las normas para afrontar previamente todos los problemas jurídicos que le pueden presentar al juez petrifica el derecho, lo hace complejo y extenso en demasía, sin poder, sin embargo, atar las manos interpretativas y creadoras del juez”: OSPINA GARZÓN, Andrés, “Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿veleidad o independencia del juez? en *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*, José Luis Benavides (compilador), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 22.

³⁸ La Corte Constitucional en sentencia C-131 de 1993, mediante la cual se declaró inexecutable la expresión “obligatorio” contenida en el artículo 23 parcial del Decreto 2067 de 1991, precisó que una sentencia de constitucionalidad es fuente obligatoria para un juez cuando adquiera la fuerza de cosa juzgada explícita (la parte resolutoria, por expresa disposición del artículo 243 C.P.) y cosa juzgada implícita (los conceptos de la parte motiva que guardan una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia). Posteriormente, la sentencia C-083/95 que declaró executable el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, según el cual “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”, La Corte fijó la siguiente regla: “La disposición destaca, nítidamente, la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo. Es un instrumento orientador, más no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica”. La Corte al explicar el alcance del artículo 230 C.P. precisó que en tanto que “criterio auxiliar de la actividad judicial” debe entenderse que el constituyente de 1991 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la Ley 69 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, crea, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles inferiores, sino también lo hacen otras corporaciones judiciales no existentes aún en el siglo XIX, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. En la sentencia C-037 de 1996 la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “sólo” y “el Congreso de la República” contenidas en el numeral 1° del artículo 48 del

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

criterio según el cual la jurisprudencia de las Altas Cortes dejó de ser la vox legis, tal como lo sostuvo Montesquieu, y el legislador la aceptó expresamente como fuente formal de derecho administrativo en Colombia³⁹.

Así las cosas, la jurisprudencia se convirtió en una fuente formal del derecho, que es reconocida como tal por el derecho mismo, y de la cual derivan su validez distintas reglas de rango jurisprudencial. En ese orden, la jurisprudencia entra a complementar el concierto de fuentes del derecho y, en consecuencia, se le reconoce fuerza vinculante que irradia sus efectos a todas las autoridades que tienen la obligación de observarla.

Por tanto, no es posible afirmar que el juez de cierre no pueda revisar su jurisprudencia, esto es, modificar su postura, porque sería tanto como pedirle que no ejerza adecuadamente sus funciones constitucional y legalmente asignadas y claudique en la “búsqueda de la completitud de las normas para afrontar (...) todos los problemas jurídicos que [se] le pueden presentar”⁴⁰.

proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia. La norma demandada disponía en cuanto al efecto de las sentencias de constitucionalidad: “1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general. (...)”. En esta sentencia resulta útil destacar que la Corte Constitucional rechaza que sólo sea el Congreso de la República el que interprete por vía de autoridad la Constitución, lo cual sólo es posible en lo atinente a la ley (artículo 150-1 de la Carta), pero no en lo referente a la Constitución. Más tarde, la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001 estudió la exequibilidad de una norma preconstitucional que consagraba la figura de la doctrina probable y autorizaba a la Corte Suprema de Justicia a cambiar su jurisprudencia en los casos en que considerara que sus decisiones anteriores incurrieron en error. El alto tribunal, luego de explicar la génesis y evolución de esta figura, concluyó que los jueces y tribunales están también vinculados a la jurisprudencia del órgano judicial de cierre correspondiente como lo es la jurisdicción contencioso administrativa, y para apartarse de ella, en virtud del principio de autonomía judicial, “están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”. Finalmente, estas ideas rectoras de la decisión constitucional fueron introducidas en el art. 7º del Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012-, así: “Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”. La Corte al estudiar la constitucionalidad de esta disposición en la sentencia C-621 de 2015 precisó que la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: “(i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial”.

³⁹ Ley 1437 de 2011, artículo 10: “Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. – disposición condicionalmente exequible- Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”. Este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-634-11 del 24 de agosto de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, “en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”.

Algunos doctrinantes mencionan que se trata de un derecho judicial: LÓPEZ MEDINA, Diego y GORDILLO, Roberto, “Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de la jurisprudencia”, Revista de Derecho Público, n.º 15, diciembre, 2002, p. 3.

⁴⁰ OSPINA GARZÓN, Andrés, “Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿veleidad o independencia del juez? en Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo, José Luis Benavides (compilador), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 22.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala es claro que un cambio jurisprudencial respecto del alcance de determinada norma o concepto jurídico no constituye per se una transgresión al debido principio ni al principio de confianza legítima.” (Resaltado fuera de texto)

Sobre los efectos y alcances de los cambios jurisprudenciales la Corte Constitucional en la Sentencia SU-406 de 2016, precisó lo siguiente:

“7.8.2. Cambio del precedente jurisprudencial y su aplicación en el tiempo. Las normas procesales

7.8.2.1. La vinculación al precedente judicial a la luz de los principios comentados, no significa, sin embargo, una inmutabilidad del derecho aplicable a partir de la interpretación fijada por la jurisprudencia. Ello equivaldría a reconocerle al Derecho una característica petrificante que le resulta ajena en cuanto a ciencia social. En sentido contrario, la aplicación judicial de la ley es el escenario ideal para que el ordenamiento jurídico pueda responder a los distintos cambios normativos y sociales.

En consecuencia, esta Corporación ha definido que, ante ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es posible que se modifiquen las reglas fijadas en los precedentes jurisprudenciales. Así las cosas, tales exigencias permiten, a su vez, reforzar los mismos principios de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, en la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en una materia discrecional.

(...)

7.8.2.3. A la luz de lo anterior, se observa que el cambio de una determinada posición jurisprudencial por el respectivo órgano de cierre, implica una modificación en la interpretación jurídica, es decir, del contenido normativo de determinada disposición y que, en atención al carácter vinculante general e inmediato del precedente, determina la aplicación judicial -en el orden horizontal y vertical- del derecho sustancial o procesal, según sea el caso.

(...)

7.8.2.4. Concretamente, y para los efectos del caso objeto de revisión, esta Sala observa que los cambios de precedente pueden dar lugar a afectaciones precisas de las reglas aplicables en procesos judiciales que estén en trámite, con lo cual los sujetos procesales y el mismo funcionario se encuentran frente a dos interpretaciones, en donde una ha sucedido a la otra. Incluso, el anterior escenario cobra mayor relevancia cuando el cambio de precedente afecta una actuación procesal que se inició al amparo del precedente anterior.

7.8.2.5. En este contexto, puede resultar que los sujetos procesales actúen con la confianza legítima de que serán aplicadas ciertas reglas jurisprudenciales vigentes, que luego serían modificadas. Por lo tanto, la aplicación inmediata del nuevo precedente, sin consideración alguna a esta circunstancia, podría derivar en el desconocimiento de derechos fundamentales. Esto, en el supuesto de que en aplicación del cambio jurisprudencial, no se den consecuencias jurídicas a actuaciones iniciadas bajo el precedente anterior, o que, se atribuyan consecuencias jurídicas desfavorables en razón a reglas que en su momento no existían y por tanto no se pudieron evitar. -Negrilla de la Sala-

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

En ese mismo pronunciamiento, la Corte Constitucional siguiendo criterios desarrollados por el Consejo de Estado, precisó reglas sobre la aplicación del cambio jurisprudencial, de la siguiente manera:

“7.8.2.6. De manera que, así como el ordenamiento jurídico ha previsto ciertas reglas en los casos en que se producen cambios legislativos, resulta enteramente razonable que, igualmente, el juez de conocimiento considere las circunstancias de cada caso a efectos de cumplir con su deber de aplicar la jurisprudencia vigente para que no se afecten los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

En este orden de ideas, resulta admisible que, en aquellos casos en que los sujetos procesales actuaron al amparo del precedente vigente, y con la confianza legítima de que surtirían los efectos en él previsto, no se apliquen los cambios que deriven en una afectación de sus derechos fundamentales.

7.8.2.7. La conclusión presentada comparte, en cierto sentido, la posición sostenida por el Consejo de Estado -Sección Tercera-⁴¹ en relación con el derecho de acceso a la administración de justicia en los casos en que un órgano de cierre ha modificado el criterio sobre la acción idónea para reclamar un derecho. Al respecto, dicha Corporación definió que “es claro que luego de presentada la demanda no es razonable ni proporcionado que se sorprenda al demandante con un intempestivo cambio de criterio”.

7.8.2.8. En este sentido, el Consejo de Estado realizó un análisis de la aplicación de la jurisprudencia a la luz de la Constitución, no con la finalidad de que se desconozcan las reglas generales sobre la vigencia inmediata del precedente, sino para hacer evidente la necesidad de que, en el evento en que se cambie la jurisprudencia que define los mecanismos para reclamar judicialmente la protección de derechos, se haga una ponderación que tenga en cuenta una posible afectación al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

Lo anterior llevó al máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa a definir que “el acceso efectivo a la justicia no puede asegurarse sobre la base de criterios inciertos acerca de la manera como se pueden hacer valer las pretensiones. De ahí que si la jurisprudencia de un órgano de cierre, en un momento determinado señaló un derrotero y este es seguido por el usuario de la administración de justicia en materia de la acción pertinente para demandar, no puede luego sorprenderse a este último con abruptos cambios jurisprudenciales, que en últimas comprometan el núcleo esencial de su derecho fundamental de libre acceso a la jurisdicción.” (Resaltado fuera de texto)

En consecuencia, cuando se presenta un cambio de jurisprudencia, éste debe aplicarse de manera inmediata y hacia futuro y puede afectar situaciones aun no consolidadas o que se encuentran en curso, en virtud del efecto retrospectivo del precedente, salvo que en la misma providencia se haga expresa alusión a la aplicación retroactiva, determinación que debe quedar consignada en la parte resolutive de la sentencia, pues *mutatis mutandis*, al tener la jurisprudencia efectos material de Ley como fuente de derecho, debe observarse lo que ha sostenido la Corte Constitucional sobre los efectos *ex nunc* y *ex tunc* de las decisiones de control

⁴¹ Sentencia del 4 de mayo de 2011. Radicación número: 19001-23-31-000-1998-2300-01 (19.957).

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

abstracto de constitucionalidad, que fuera recientemente reiterado en sentencia SU-309 de 2019, en los siguientes términos:

“En suma, si la Corte Constitucional guarda silencio sobre los efectos que le imprime a una determinada decisión de control abstracto, se entenderá que se trata de efectos *ex nunc*, que aparejan una *aplicación general, inmediata, hacia futuro y con retrospectividad*, a menos, claro, que la propia Corte expresamente consigne que lo resuelto en la providencia tiene efectos *extunc*, es decir, que sus efectos se extienden hacia situaciones jurídicas que se materializaron en el pasado al amparo de la norma objeto de control.” - negrilla fuera del texto-

Ahora, en efecto existen varios casos en los cuales, se ha hecho uso explícito de esas reglas en la jurisprudencia del Consejo de Estado, a modo de ilustración se hará referencia a dos casos específicos, a saber:

a).- En sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, en el expediente con Radicación No. Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01, C.P. Doctor Cesar Palomino Cortés, Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, fueron fijados los efectos retrospectivos de la interpretación⁴² contenida en ese pronunciamiento sobre el alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el cual se cambió la postura jurisprudencial que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado.

b).- En materia de competencia de ejecutivos, en reciente auto de unificación del 28 de enero de 2020, proferido por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del proceso radicado 47001-23-33-000-2019-00075-01 (63931), C.P. Doctor Alberto Montaña Plata, oportunidad en la que se establece una nueva interpretación sobre la competencia por conexidad dentro del proceso ejecutivo,

⁴² Efectos de la presente decisión

(...)

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.

118. Como uno de los efectos de esta decisión comprende los procesos administrativos en curso, la Sala solicita de manera imperiosa a las entidades administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que, al momento de efectuar el reconocimiento de la pensión, expliquen precisa, completa y detalladamente cada uno de los factores y/o valores numéricos tenidos en cuenta en la liquidación, de forma que sea comprensible al usuario y garantice un debido proceso administrativo.- Subraya fuera del texto-

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

fueron dispuestos sus efectos atendiendo las anteriores reglas sobre aplicación en el tiempo del cambio jurisprudencial⁴³.

En el presente asunto, se presenta el cambio jurisprudencial a partir de la sentencia de unificación SU-003 de 2018 - estabilidad reforzada aplicable únicamente a quienes les falte menos de tres años en cotizaciones-, pronunciamiento que se produjo entre la expedición del acto y el trámite de la primera instancia, dicha sentencia de unificación tiene aplicación retrospectiva dado que en la parte resolutive nada se dijo sobre retroactividad de la nueva interpretación. Lo anterior, podría llevar a pensar que dicha jurisprudencia le sería aplicable al sub iudice.

Sin embargo, atendiendo que la decisión de aplicar la estabilidad, se materializó antes del pronunciamiento, por medio del acto administrativo demandado, no resulta admisible exigir que la Contraloría General de Boyacá no hubiera atendido la jurisprudencia que se encontraba vigente para ese momento y sería excesivo, por no decir imposible, pretender que no se hubiera atendido el criterio reiterado y pacífico hasta entonces -17 de febrero y 10 de marzo de 2016-, en relación con la estabilidad reforzada de la que eran beneficiarios quienes les faltara tres años de servicio o edad para adquirir el status de pensionado.

*En consecuencia, para la Sala el cambio jurisprudencial contenido en la sentencia SU-003 de 2018, no afecta la legalidad de lo considerado por la Contraloría General de Boyacá en las Resoluciones **00116 de 17 de febrero de 2016** y **164 de 10 de marzo de 2016**, en relación con la estabilidad reforzada de la que era titular en ese momento la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez y por lo tanto, dicho argumento se erige como una **razón suficiente** para las determinaciones adoptadas en los referidos actos administrativos.*

*Lo anterior, guarda plena relación con precedente anterior, de esta Corporación contenido en la sentencia de 24 de octubre de 2019 con ponencia de la suscrita Magistrada, dentro del medio de control de repetición radicado 15001-33-33-004 - **2017-00104-01**, trámite en el cual se reprochaba a la demandada que no hubiera aplicado la jurisprudencia sobre el deber de motivar los actos de desvinculación de*

⁴³ *En el auto de unificación referido se lee: "1. Conviene precisar que la unificación de la regla de competencia por conexidad deberá entenderse en el siguiente sentido: conocerá de la primera instancia del proceso ejecutivo el juez que conoció de la primera instancia del proceso declarativo, con independencia de si la condena fue proferida o la conciliación aprobada en grado de apelación. Por último, el anterior criterio de interpretación unificado se aplicará únicamente a los procesos ejecutivos iniciados con posterioridad a la firmeza de la presente providencia. De este modo, todos aquellos procesos ejecutivos en los que se pretenda el cumplimiento de una sentencia proferida o de una conciliación aprobada por esta jurisdicción, y cuya competencia se haya definido según su cuantía, continuarán su trámite hasta su finalización sin modificación de la competencia.*

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

un persona nombrada en provisionalidad, concluyéndose que ello no era exigible, en tanto, para la época en que se profirió el acto administrativo, aún la jurisprudencia no era pacífica y no podía reprocharse que no hubiera aplicado la nueva posición consignada en el cambio jurisprudencial⁴⁴.

*Conforme a lo anterior, la Contraloría no sólo actuó de manera adecuada, sino que atendió lo señalado por la jurisprudencia constitucional **vigente a ese momento**, que de no hacerlo si sería reprochable, era indispensable que ponderara las circunstancias de especial protección de la persona próxima a pensionarse y en virtud de ello, hubiese optado por mantener a la señora Rodríguez Martínez vinculada en la planta de personal en lugar que al demandante constituyéndose así, se reitera, en una **razón suficiente, determinante y adecuada para la expedición de los actos administrativos demandados**. No obstante que lo hasta acá examinado sería suficiente para confirmar la negativa de las pretensiones, la Sala ahondará en otras razones expuestas en los actos administrativos demandados.*

5.6.1.3. De otras razones contenidas en los actos administrativos demandados.

Ahora debe proseguirse con el estudio de los demás argumentos contenidos en los actos demandados, pues los mismos no fueron únicamente sustentados en esa razón, sino existe otros cinco argumentos que dan cuenta de la decisión.

A saber, el primero se trata de la obligación de la entidad de nombrar en carrera administrativa a una persona que superó las etapas del concurso de méritos que trata la OPEP 202948 en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 20, el cual ocupaba en provisionalidad, la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez y que es el mismo desempeñado por el demandante hasta la fecha de esa resolución en condición provisional, esta primera razón, no da cuenta de un motivo por el cual debe ser culminado el nombramiento del actor, pues la misma simplemente justificaría el retiro de quien se encuentra ocupando el cargo de carrera en provisional por quien accedió al mismo por mérito.

⁴⁴ *En aquella oportunidad se consideró: “Como se observa, en las sentencias que dieron lugar a la condena que ahora se reclama, el juez advirtió el criterio expuesto por los dos Altos Tribunales, empero, adoptó aquella que, a su juicio, resultaba favorable a los derechos de la demandante. De conformidad con la sentencia transcrita en precedencia y la diferencia de criterios que existían para la época de expedición del acto administrativo, insiste la Sala que no puede aducirse la infracción a la Constitución y la ley que alega la parte actora pues, como ampliamente se explicó, **no existía un criterio unificado, pacífico o indiscutible frente al deber de motivar los actos administrativos por los cuales se declaraban insubsistentes a los empleados nombrados en provisionalidad.**”*

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

La segunda razón aducida, es que la señora Clara Ofelia contaba con 8 años, 1 mes y 27 días de servicio para la Contraloría General de la Nación, mientras que el demandante apenas sumaba 1 mes y 17 días, es decir que se trata de una razón en el conocimiento de la entidad y experiencia en el ejercicio del cargo.

El tercer argumento, refiere al tiempo de servicio para acceder a la pensión, argumento que estaría vinculado con la proporcionalidad, y que se justifica en la condición de estar próxima a adquirir el status de pensionado por parte de la señora Rodríguez Martínez, sin embargo, el mismo no puede tenerse como una razón válida para terminar el nombramiento del demandante y mantener en el servicio a la referida señora.

La cuarta razón que contiene los actos demandados, es el precedente que tiene la entidad de haber sido condenada al reintegro y pago de salarios dejados de percibir por la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez desde el 31 de octubre de 2008 a la fecha de su reintegro, sentencia de 16 de marzo de 2011, proferida dentro del proceso radicado 15001-3331-004-2008-00051-00 (f. 166-185 c.2 Proc. Préstamo) y confirmada en sentencia de 29 de mayo de 2012 proferida por la Sala de Descongestión de este Tribunal (f. 249-265 c.2 Proc. Préstamo).

Si bien, el hecho de la existencia de ese precedente no implica per se que la demandada pudiera nuevamente perder un litigio ante la vinculada, si pone de presente que ésta accionaría contra la entidad en caso de ser desvinculada, más cuando el 7 de febrero de 2016, presentó un derecho de petición poniendo de presente que se encontraba en condición de prepensionada, argumento que resulta relevante a la hora de adoptar la solución razonable que refiere la Contraloría General de Boyacá en la resolución demandada, como ya fue estudiado líneas atrás.

En efecto, las motivaciones relacionadas con el arribo al cargo de una persona que superó las etapas del concurso, la proximidad de acceder a la pensión y la condición de pre- pensionada de la señora Clara Ofelia, puede señalarse que cumplan con el principio de “razón suficiente” y “causa justa”, para la terminación del nombramiento en provisionalidad de Carlos Eduardo Ussa Carreño en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 20, que ejercía hasta cuando fueron expedidos los actos demandados.

De igual forma sucede con los argumentos referentes a la antigüedad en la entidad y en el servicio de la señora Clara Ofelia y la existencia de un precedente judicial en el cual fue demandada la Contraloría y condenada al reintegro de la referida señora y al pago de salarios y prestaciones.

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

Pues la primera se encuentra vinculada a una razón objetiva, contrario a lo manifestado por la parte demandante en el recurso de apelación, no existe un razonamiento más objetivo que éste, pues no se basa sino en tener en cuenta que la persona que se está prefiriendo mantener en el servicio, cuenta con mayor experiencia tanto específica como relacionada, para el desarrollo del empleo Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 20 de la planta de la Contraloría General de Boyacá, así como mayor conocimiento de la entidad pues se demostró con el análisis de las hojas de vida, que llevaba mayor tiempo de vinculación a la misma que el demandante.

Que la Contraloría General de Boyacá haya efectuado tal valoración, no aparece del capricho del nominador, se encuentra justificada, pues a esa evaluación fue avocada la entidad, ante la circunstancia de prevalencia de los derechos de una persona que ganó el derecho a ser nombrado en carrera administrativa, por lo cual, desplazaba del cargo a una persona que, para esa época ostentaba la calidad de sujeto de especial protección constitucional, había demostrado la experiencia y el perfil requeridos para desempeñar un cargo idéntico, a aquel ocupado por un persona con menor experiencia y conocimiento en el desempeño; adicionalmente, la avocaba a quedar sin ingresos mientras arribaba a la edad para acceder a la pensión, cuando se encuentra disminuida la oportunidad de acceder a un nuevo empleo, por razón de la edad.

Lo anterior, considera esta Sala, debe ser admitido como razón suficiente para haber decidido el retiro del actor, sin que en el plenario obre prueba de cargos vacantes del mismo nivel, código y grado en que hubiera podido nombrársele, atendiendo a razones del mejor servicio.

Entonces, contrario a lo afirmado por el recurrente, para la Sala, la Contraloría General de Boyacá cumplió con la carga señalada en los precedentes jurisprudenciales reseñados, consistente en fundamentar el acto de retiro de un empleado público que ocupaba un cargo en provisionalidad en una razón objetiva, suficiente y justa, basada en la cuarta subregla contenida en la sentencia SU-917 de 2010, que es “(...) iv) otra razón específica atinente al servicio que se está prestando y que debería prestar el funcionario”, mucho más cuando al momento de tomarse la determinación no existía el criterio unánime de la Corte, expuesto años después y que limitó la protección hasta entonces concedida a los prepensionados.

En efecto, el acto administrativo se fundó básicamente en otorgar una especial protección a un sujeto que la ostentaba para esa época y preferir a una persona con

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

mayor experiencia y conocimiento en el empleo que otra, que ocupaban el mismo derecho de continuar en el servicio por su vinculación en provisionalidad -estabilidad intermedia-, y debía alguno ser retirado ante el nombramiento de la persona por el sistema de carrera.

La demandada estaba obligada a desvincular a uno de sus empleados nombrados provisionalmente y la decisión adoptada no se observa arbitraria y carente de fundamentos, como ya se expuso.

*Por lo anterior, los cargos del recurso de apelación no tienen vocación de prosperidad y la sentencia de **09 de agosto de 2019** proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja será confirmada, aunque por las razones que quedan expuestas en esta providencia.*

5.7. De las costas

*Finalmente, en relación con el argumento de apelación sobre la condena de costas dispuestas en virtud del criterio objetivo, vista su sustentación entiende la Sala que está pidiendo que se analice las mismas bajo el régimen subjetivo, pues el recurrente señaló “(...) el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre la condena, **lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonante con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación objetiva que consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas (...)” (fl. 373 c.2).***

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 3001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

“...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁴⁵, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”. Resaltado fuera de texto.

Al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. En la segunda instancia no se acreditaron expensas ni gastos. Sin embargo, la entidad demandada presentó alegatos de conclusión (fl. 172), lo cual daría lugar a fijar agencias en derecho.

Ahora bien, encuentra la Sala que, en materia de costas, en decisiones de la Sección Segunda del Consejo de Estado, no ha sido constante el criterio a aplicar.

En efecto, se lee lo siguiente en la sentencia proferida el **20 de septiembre de 2018** por la Subsección “A” con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con Radicación número: 20001-23-33-000-2012-00222-01(1160-15)

“...Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa **que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes**. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.⁴⁶”

⁴⁵ “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

⁴⁶ Regula la norma lo siguiente: “[...]salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]”.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02

*Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, **sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad...*** (Resaltado fuera de texto)

No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección “B” con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), expuso:

*“...Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva –pues no se refirió a **la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial-**, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, **se debe establecer y estar comprobado en el proceso, que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena.** Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.*

En el sub lite, no se observa que la demandada haya reflejado un interés más allá de la simple defensa de la legalidad del acto administrativo acusado y/o la existencia factores, tales como, la temeridad y la mala fe, lo que conlleva a que se revoque la condena en costas, establecida en la providencia apelada...” (Resaltado fuera de texto)

Luego en sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por Subsección “B” de la Sección Segunda, C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cueter, expediente con Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00063-02(1074-15) Actor: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, se precisó “...Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello **debe examinar la actuación procesal** de la parte vencida y comprobar su causación y **no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses**, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas....” (Resaltado fuera de texto)

Más recientemente, sentencia proferida por la misma Sección Subsección “A”, con ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández el 29 de agosto de 2019, en el proceso Radicado No. 15001-23-33-000-2014-191-01 (2002-2015), actora María Ofelia Leguízamo Carranza, se acudió al régimen objetivo sin atención al criterio de temeridad.

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02*

Considera esta Sala que las citadas providencias plantean criterios opuestos, de manera que, evidenciada tal circunstancia, debe atenderse a la postura que resulta más favorable a la parte vencida, razón por la cual no se condenará en costas en esta instancia, en tanto, frente a la condena por ese concepto la parte actora no presentó reparo alguno al formular el recurso de apelación contra la sentencia de **09 de agosto de 2019** proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

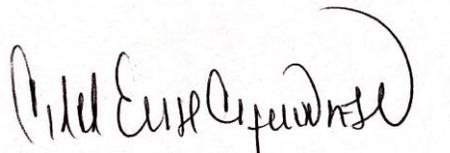
PRIMERO. Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Tunja el **09 de agosto de 2019**, en el proceso iniciado por Carlos Eduardo Ussa Pérez contra la Contraloría General de Boyacá, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala Virtual de Decisión No. 3, realizada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de Firmas

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Eduardo Ussa Pérez
Demandado: Contraloría General de Boyacá
Expediente: 15001 3333 010 2016 0100 02