



Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja

Tunja,

RADICACIÓN : 150013333010 2016 00100 00
DEMANDANTE : CARLOS EDUARDO USSA PEREZ
DEMANDADO : CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En vista de que no se advierte la configuración de causales de nulidad que invaliden lo actuado, procede el Juzgado a emitir sentencia de primera instancia en el asunto de la referencia, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

I. LA DEMANDA

1.1. Las pretensiones del libelo son las siguientes (fls. 7 a 8 C1):

Que se declare la nulidad de la Resolución N° 0116 del 17 de marzo de 2016, por medio de la cual se desvincula del cargo Auxiliar Administrativo Código 407, grado 20, de la planta de personal de la Contraloría General de Boyacá al Señor Carlos Eduardo Ussa Pérez y se nombra en el mismo a la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez.

Solicita, a título de restablecimiento del derecho, se le reintegre al cargo que venía desempeñando o a uno de superior jerarquía, en condiciones iguales o superiores a las que tenía antes de su desvinculación; en consecuencia también requiere que le sean cancelados los salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo y cualquier otro emolumento que el accionante haya dejado de percibir, desde su desvinculación, hasta que sea efectivamente reintegrado.

Se declare, que para efecto de las prestaciones sociales, no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio, desde la desvinculación, hasta su reintegro.

Que se ordene la correspondiente indexación y /o actualización de los valores causados desde la fecha en la cual se le desvinculo, hasta la ejecutoria de la sentencia.

1.2. Fundamentos fácticos y jurídicos. El Despacho los resume así (fls. 2 a 7 C1)

El señor CARLOS EDUARDO USSA PEREZ, fue nombrado, en provisionalidad, dentro de la Contraloría General de Boyacá, para ocupar el cargo Auxiliar Administrativo Código 407, grado 20, de la planta de personal de dicha entidad, por medio de la Resolución N° 0759 del 31 de diciembre de 2015.

El 17 de febrero de 2016, Pablo Augusto Gutiérrez Castillo, Contralor General de Boyacá, desvinculó al señor Ussa Pérez del cargo que venía desempeñando y nombró en el mismo, también en provisionalidad, a la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez, por medio de la Resolución N° 0116 del 17 de febrero de 2016.

El señor Ussa Pérez, interpuso recurso de reposición en contra del acto por medio del cual fue retirado del cargo que desempeñaba, obteniendo respuesta desfavorable por medio de la Resolución N° 0164 del 10 de marzo de 2016, con lo cual fue agotada la vía gubernativa.

El aquí demandante entregó el cargo referido el día 23 de febrero de 2016, antes de que se hubiera agotado el término para consumir la vía gubernativa, alegando que tras la notificación de la Resolución N° 0116 del 17 febrero de 2016, sufrió acoso laboral por parte de las directivas de la Contraria General de Boyacá, como consta en el acta de entrega del cargo.

1.3. Normas infringidas y concepto de violación. En síntesis alega como quebrantadas las siguientes disposiciones (fls. 8 a 10 C1).

Los artículos 2,6,25 y 29 de la Constitución Política; las disposiciones de la Ley 1437 de 2011, de la Ley 909 de 2004, e invoca la sentencia SU-917 de 2010 de la Corte Constitucional.

Considera que las normas por él mencionadas, fueron transgredidas en la medida que la remoción del señor Ussa Pérez, se realizó sin atender a los parámetros legalmente establecidos, omitiéndose la rendición de descargos y el concepto previo de la comisión de personal, tras lo cual debió expedirse el acto administrativo que a su vez requería estar debidamente motivado, para lo cual resultaba imperioso que la causal por la cual se decidió separar al accionante del cargo que desempeñaba, correspondiera a una de las que se encuentran taxativamente establecidas para los servidores públicos.

Por otra parte, señala que al haberse sustentado como una de las causales de su remoción y del posterior nombramiento en el cargo, de la señora Clara Ofelia Rodríguez, el poco tiempo que le restaba a esta última para cumplir los requisitos para pensionarse, no resultaba procedente, siempre que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en los nombramientos en provisionalidad no se aplica la figura del Retén Social, ya que estos no

tiene vocación de permanencia. Con ello, se dejó fuera de consideración la idoneidad y demás virtudes que el demandante ostentaba.

En síntesis, manifiesta que el nominador excedió el rango de discrecionalidad que tenía en el nombramiento de cargos en provisionalidad, situación patente tras observar la omisión de los requisitos en el proceso de desvinculación del actor, en el subsiguiente nombramiento de la señora Clara Ofelia Rodríguez y la indebida motivación de la resolución N° 0116 del 17 de febrero de 2016.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1 Clara Ofelia Rodríguez Martínez - Vinculada (fls.69 a 80 C1).

Por medio de auto fechado el dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciséis (2016), el Despacho vinculó de oficio a la señora Clara Ofelia Rodríguez, en cumplimiento del numeral 3 del artículo 171 de la ley 1437 Ley 2011 (fls. 57 y 58).

Indica que la resolución N° 00116 del 17 de febrero de 2016, se encuentra debidamente motivada, dado que su expedición se realizó en ejercicio de una atribución discrecional del nominador.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, para lo cual plantea como sustento fáctico lo siguiente:

La separación del cargo, por parte del señor Ussa Pérez y el posterior nombramiento de la señora Rodríguez Martínez en el mismo, se producen en ejercicio de facultades legítimas del nominador, en la medida que éste cuenta con la discrecionalidad de posesionar o retirar a los funcionarios que ocupen cargos en provisionalidad.

La Resolución N° 0116 del 17 de febrero de 2016, no se encuentra fundada en apreciaciones subjetivas del nominador, sino que esta se desprende de la especial condición en la que se encuentra Clara Ofelia Rodríguez, dado que al estar cerca de cumplir los requisitos para adquirir la pensión de vejez, opera frente a ella la figura del retén social, que le da prevalencia al momento de ser considerada para ocupar el cargo en el que fue nombrada.

Planteó las siguientes excepciones (fls. 75 a 78 C1).

- **Falta de legitimación por activa:** Considera que la señora Rodríguez Martínez no tiene legitimación en la causa, dado que al no ser nominadora, no puede entenderse que la desvinculación del actor proviene de sus actuaciones.

- **Indebido agotamiento de conciliación extrajudicial:** Señala, que no existe identidad entre los asuntos que fueron objeto de la conciliación, expresados en el acta de audiencia (fls. 44 a 45 C1) y las pretensiones de demanda.
- **Excepción Genérica:** Solicita, se reconozca cualquier excepción que el juez encuentre configurada y no haya sido planteada por el accionado.
- **Cumplimiento del deber constitucional y legal:** Indica, que las decisiones tomadas por el Contralor General de Boyacá, plasmadas en la Resolución N° 0116 del 17 de febrero de 2016, se adecuan a la función que este tiene, de liderar la gestión de talento humano, para lo cual debe determinar técnicamente la planta de personal, de acuerdo a las necesidades del servicio; por lo que puede concluirse que su actuar se efectuó en desarrollo de los deberes constitucionales que le establecen los artículos 268 y 272 constitucionales.

2.2 Contraloría General de Boyacá (fls.95 a 123 C1).

Se opone a la prosperidad de todas las pretensiones planteadas por el demandante, en base a los siguientes hechos:

Indica, que si bien el señor Ussa Pérez se encontró vinculado a la planta de personal de la Contraloría General de Boyacá, esto se hizo en situación de provisionalidad, por lo cual el nominador, en ejercicio de sus funciones y atendiendo a los preceptos y lineamientos legales que rigen la materia, decidió retirarlo del cargo, por medio de acto debidamente motivado.

Por medio del mismo acto, la Resolución N° 0116 de 2016, se nombró en el cargo que ocupó anteriormente el demandante, a la señora Clara Ofelia Rodríguez, ya que esta se encontraba cerca cumplir la edad requerida para pensionarse y contaba con un tiempo de servicio considerable.

Adicionalmente, el demandante pudo interponer recurso, acorde a los requisitos legales establecidos, por lo que es conducente deducir que se dio cumplimiento al debido proceso en la actuación administrativa.

Finalmente, indica que las apreciaciones manifestadas por el señor Ussa Pérez en el acta de entrega de su cargo, no se encuentran probadas, por lo que salvo que se demostrasen, las considera falsas.

De dichos hechos, deriva los siguientes argumentos en su defensa:

La Resolución N° 0116 de 2016 fue emitida por en nominador en ejercicio del cumplimiento de sus deberes legales, en consecuencia, este tenía la facultad de terminar el vínculo laboral que existía entre la entidad con el demandante, siempre que el sustento factico y jurídico que respaldó el acto por medio del cual se realizó dicha acción, se constituyó en una motivación válida.

Considera, que el posterior nombramiento de la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez, en el cargo anteriormente desempeñado por el señor Ussa Pérez, está debidamente fundamentado, al haberse producido de acuerdo a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, ponderación y solución razonable; aún más cuando estos se emplearon en cumplimiento del artículo 13 constitucional, al encontrarse la señora *ad portas* de hacerse acreedora a la pensión por vejez.

Menciona además, que dicha decisión se tomó en cumplimiento de los lineamientos jurisprudenciales correspondientes, dado que la señora Rodríguez Martínez había sido desvinculada de la entidad, como consecuencia de la realización del concurso de méritos para el cargo que desempeñaba, por lo cual se aplicó una solución razonable, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y el tiempo de servicio, por lo que ante la existencia de un cargo de la misma jerarquía, que no contaba con un funcionario titular en propiedad, le fue asignado, en virtud del criterio de proporcionalidad.

Planteó las siguientes excepciones (fls.100 a 105 C1).

- **Falta de identidad en las pretensiones de la solicitud de conciliación con las de la demanda:** A su consideración, las pretensiones de la demanda, no guardan identidad con las planteadas en la solicitud de conciliación, omitiéndose en esta última, solicitar la revocatoria de la Resolución N° 0116 de 2016; por lo que puede concluirse que no se cumplió con las disposiciones del artículo 162 de la ley 1437 de 2011.
- **Falta de juramento en la solicitud de conciliación:** Expresa, que el demandante omitió incluir en la solicitud de conciliación elevada ante la procuraduría, el requisito contenido en el literal *i*) del artículo 6° la Ley 1716 de 2009, consistente en manifestar bajo gravedad de juramento, que no se han presentado solicitudes de conciliación amparadas en los mismos hechos, en ocasiones pasadas; por lo que no considera agotada la conciliación prejudicial.

De las anteriores excepciones, en desarrollo de la audiencia inicial y de conformidad con el numeral 6° del artículo 180 del CPACA, fueron resueltas las que tienen el carácter de previas y las que hacen alusión al agotamiento de requisitos de procedibilidad, esto es, las denominadas “falta de legitimación en la causa por activa”, “indebido agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial”, “ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales por indebida formulación de pretensiones en la solicitud de conciliación extrajudicial” e

“ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales por indebida solicitud de petición de conciliación y falta de requisitos previstos en el Decreto 1716 de 2009”.

Las demás excepciones en cuanto realmente constituyen argumentos de oposición a la demanda y versan sobre el fondo del asunto, serán abordadas en el devenir de la argumentación que sustenta la presente sentencia.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte actora (fls. 236 a 239 C1).

Manifiesta que la entidad accionada sobrepuso los derechos de la señora Rodríguez Martínez a los del señor Ussa Pérez, tras haber realizado incorrectamente el procedimiento necesario para que aquélla, tras haber acreditado el status de pre-presionada, mantuviera su relación laboral con la entidad hasta lograr los presupuestos requeridos para pensionarse.

De forma puntual, señala que previo al nombramiento en propiedad de la persona que accedió al cargo ocupado provisionalmente por la señora Rodríguez Martínez, la entidad debió oficiar a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que determinara si fungía como pre-pensionada, para que en caso de existir vacante en un cargo de igual jerarquía al que ella venía desempeñando, se le permitiera ocuparlo; proceso que no se realizó y el cual derivó en la indebida desvinculación del señor Ussa Pérez, para remediar dicho fallo.

Por lo demás, reitera los argumentos expuestos en la demanda.

3.2. Parte demandada.

3.2.1 Clara Ofelia Rodríguez Martínez (fls.230 a 235 C1).

Reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda.

3.2.2 Contraloría General de Boyacá (fls. 240 a 246 C1).

Sostiene los argumentos con los que sustentó la contestación de la demanda, si bien reitera y señala que la desvinculación del demandante y posterior nombramiento de la señora Clara Ofelia Martínez, ocurrió en el marco del retén social, dada la especial condición de dependencia existente entre la permanencia en el empleo público, la satisfacción del mínimo vital y la igualdad de oportunidades de la señora Martínez, quien ya para la época acreditaba la condición de pre-presionada.

Indica que dicha decisión tiene como asidero una declaración judicial previa, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá, ordeno en segunda instancia, reintegrar a la señora Clara Ofelia Martínez al cargo que venía desempeñando, por lo que en virtud del soporte de dicha decisión, la administración tomó las disposiciones contenidas en el acto acusado.

Por lo tanto, concluye que la Resolución N° 0116 de 2016, conto con motivación suficiente, ciñéndose a los postulados de la Ley 790 de 2002, el Decreto 190 de 2003 y la sentencia SU-446 de 2011.

IV. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 25 de agosto de 2016 (fl. 47), mediante auto de fecha 18 de octubre de 2016 se admitió la demanda y se ordenó la vinculación de la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez (fls. 57 y 58); contestada la demanda y surtidos los traslados respectivos, se celebró audiencia inicial el día 8 de agosto de 2017, suspendiéndose en virtud del recurso de apelación presentado ante la decisión de excepciones previas (fls. 191 a 194), conformada la decisión (fls. 198 a 203), se continuó con la audiencia inicial hasta pruebas (fls. 212 a 219), recaudadas en audiencia las pruebas decretadas se procedió a dar traslado de alegatos de conclusión por escrito (fls. 224 a 229), por lo que actualmente se encuentra el proceso al despacho para proferir la sentencia respectiva.

V. CONSIDERACIONES

5.1 Asunto a resolver

Se contrae a determinar si hay lugar a la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 0116 del 17 de febrero de 2016 y Resolución N° 0164 del 10 de marzo de 2016, suscritas por el Contralor General de Boyacá y, en consecuencia, se condene a la entidad demandada al reintegro del señor Carlos Eduardo Ussa Pérez, con el consecuente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, además de la declaratoria de no existencia de solución de continuidad.

5.2. Marco Normativo y Jurisprudencial aplicable

La ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", estableció el régimen general de la carrera administrativa en Colombia y en su artículo 3°, numeral 1, enumeró los servidores públicos y las entidades y organismos a quienes esta ley se aplica "en su integridad".

El numeral 2 de dicho artículo dispuso que a los servidores públicos que laboran en las entidades reguladas por carreras especiales, tales como las Contralorías Territoriales, las disposiciones de

esta ley se aplicarán "con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige".

Por su parte, el párrafo 2° del artículo 3° de la 909 de 2004, estableció: "PARÁGRAFO 2°. Mientras se expidan las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley", disposición de carácter transitorio pues las Contralorías Territoriales deben regirse por leyes de carrera administrativa especiales.

En el entre tanto, y para que no se produjera un vacío normativo que podría afectar gravemente la función pública en dichas entidades, dispuso la ley 909 que sus reglas se les aplicarían mientras el Congreso de la República expedía la correspondiente normatividad.

Así las cosas, considera el despacho relevante el estudio del marco jurídico aplicable a los empleados nombrados en provisionalidad, por lo que se trae a colación el contenido de dicha Ley y particularmente del Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, norma que en relación con la provisionalidad dispone:

"FORMAS DE PROVISIÓN DE EMPLEO

ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. *Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.*

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

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales. *Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.*

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

PARÁGRAFO . Los encargos o nombramientos que se realicen en vacaciones temporales, se efectuarán por el tiempo que dure la misma.

ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. 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. - Destaca el despacho

Así pues, como quiera que nos encontramos frente a la terminación de un nombramiento en provisionalidad, se debe resaltar que la ley 909 de 2004 establece en el parágrafo 2 del artículo 41, que el acto administrativo que declare la insubsistencia, frente a empleos de provisionalidad, debe estar debidamente motivado, contrario a lo que disponía la norma anterior¹ que no exigía motivación para declarar la insubsistencia del empleado provisional.

Sobre el particular ha señalado el Consejo de Estado² en reiterada jurisprudencia:

“La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos³ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado⁴.” – se destaca

Frente a la estabilidad laboral de empleados vinculados en provisionalidad, es pertinente señalar que el Decreto 1083 de 2015, antes citado, en su artículo 2.2.5.3.4, otorga la potestad al nominador para dar por terminado el vínculo laboral, inclusive con antelación al cumplimiento del término de duración del nombramiento⁵; no obstante, la Corte Constitucional se ha manifestado al respecto en Sentencia T-007/08, señalando la obligatoriedad de motivar el acto de retiro, en los siguientes términos:

“4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

4.1. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera -nombrados en provisionalidad- exige de la Administración la

¹ Ley 443 de 1998

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00058-00 (50743) A. Actor: INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. Demandado: CARMEN DORIS GARZON OLIVARES. Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

³ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

⁴ Sentencia del 23 de septiembre de 2010, proceso No. 25000-23-25-000-2005-01341-02, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁵ Concepto 47171 de 2013 Departamento Administrativo de la Función Pública

motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa. No expresar esas razones hace imposible para un funcionario en tales condiciones, controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. De esta manera, el tratamiento que se les debe dar a estas personas al momento de su desvinculación no es el de funcionarios de libre nombramiento y remoción, - por la naturaleza del cargo-, sino el de funcionarios con protección respecto de las razones de su desvinculación. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones:

(...)

(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. 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 ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo. (...) (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, la administración deberá motivar el acto de desvinculación del provisional por causales disciplinarias, baja evaluación del desempeño, por razones referentes al buen servicio o por designación de quien ganó la plaza mediante concurso.”

Ahora bien, el párrafo 2 del artículo **2.2.5.3.2.** del Decreto 1083 de 2015, respecto de la provisión de empleos por concurso público señala quiénes son sujetos de especial protección y el orden de prelación entre los mismos, así:

(...)

Parágrafo 2º. *Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:*

- 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
- 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical”. – Se resalta”*

En cuanto a aquellas personas próximas a adquirir su derecho pensional se debe traer a cita el contenido del numeral 1.5 del Decreto 190 de 2003, que determina los requisitos de la siguiente manera:

“1.5 Servidor próximo a pensionarse: Aquel al cual le faltan tres (3) o menos años, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez. – Destaca el despacho -

Ahora bien, al analizar el campo del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional⁶ ha establecido los siguientes derroteros que permiten establecer factores de diferenciación positiva o negativa de cara a resolver una tensión entre derechos de rango constitucional y/o legal, como la que se presenta en el caso que nos convoca, así:

1. *“El derecho a la igualdad está previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, así como en instrumentos internacionales de derechos humanos que, en virtud del artículo 93 numeral 2, hacen parte del bloque de constitucionalidad⁷. De este derecho se desprenden dos mandatos básicos: (i) otorgar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes; y (ii) otorgar un trato diferente a situaciones de hecho disímiles⁸. Como se observa, el rasgo esencial del derecho a la igualdad es que implica un juicio de comparación entre dos personas o grupos de personas.*

2. *Para determinar con mayor precisión el alcance del derecho a la igualdad, la Corte ha especificado estos dos mandatos generales en cuatro reglas, a saber⁹: (i) debe darse un tratamiento distinto a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (ii) debe darse el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (iii) debe darse un trato paritario a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las similitudes sean más relevantes que las diferencias; y (iv) debe darse un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las diferencias sean más relevantes que las similitudes.*

Con el propósito de determinar cuándo se presenta alguna de las hipótesis mencionadas antes, la Corte ha tenido en cuenta un juicio a partir de tres etapas de análisis. Primero, se debe establecer el criterio de comparación (también denominado tertium comparationis).

(...)

3. *Segundo, se debe definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe realmente un trato igual o diferenciado. Así, una vez establecido el criterio de comparación, debe verificarse si efectivamente existe un trato igual o un trato diferenciado o si en realidad el cargo por vulneración del derecho a la igualdad parte de una indebida comprensión o interpretación de lo que establece la medida analizada. De este juicio pueden entonces desprenderse dos hipótesis: o los grupos o personas no son comparables a la luz del criterio de comparación y, en consecuencia, no se afecta el mandato de trato igual; o los grupos o personas si pueden ser asimiladas y, en esa medida, se presenta una afectación prima facie del derecho a la igualdad.*

4. *Si ocurre lo segundo (si las personas o grupos pueden ser asimilados), en tercer lugar, se debe determinar si la diferencia de trato se encuentra constitucionalmente justificada¹⁰, análisis que varía, pues puede hacerse en intensidades distintas, teniendo como propósito salvaguardar el principio democrático y la separación de poderes, sin afectar gravemente los derechos inalienables de la persona (artículos 1, 5 y 113 de la Constitución, respectivamente).*

⁶ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-138 de 2019. Referencia: Expediente D-12849. Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley 1905 de 2018 “Por la cual se dictan disposiciones relacionadas con el ejercicio de la profesión de abogado”. Actor: Carlos Alberto Santiago Riveros. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

⁷ Ver, entre otros, los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁸ Ver, sentencia C-022 de 1996.

⁹ Ver sentencias C-015 de 2014 y C-179 de 2016.

¹⁰ Ver sentencia C-093 de 2001.

5. En este sentido, la Corte ha señalado que el juicio de proporcionalidad no puede ser aplicado con la misma intensidad en todos los casos. De no proceder así (es decir, si siempre se aplicara la misma intensidad en el análisis de proporcionalidad), las competencias de los diferentes órganos del Estado, al igual que las posibilidades de actuación de los particulares en ejercicio de la libre iniciativa privada, podrían resultar anuladas o afectadas gravemente. Lo anterior se debe a que, en últimas, en este paso lo que se analiza es si la diferenciación prevista por la medida analizada es o no proporcional¹¹. Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reconocido tres intensidades diferentes que pueden tenerse en cuenta para este análisis: leve, intermedia y estricta. Las situaciones en las que cada intensidad procede y lo que se analiza en cada una de ellas se describen de forma breve a continuación¹²:

a. Juicio leve de igualdad: este juicio maximiza la separación de poderes y el principio democrático, representando el ámbito de intervención menos intenso del juez constitucional en asuntos de competencia del legislador. Inicialmente, se aplica a eventos en los que la medida estudiada desarrolla una competencia específica definida en cabeza de un órgano constitucional; la medida estudiada aborda cuestiones económicas, tributarias o de política internacional; o del análisis de dicha medida no se advierte, prima facie, que la diferenciación que ella establece afecte de forma grave el goce de un derecho fundamental. El juicio leve de igualdad, que presupone siempre un examen independiente de la licitud de la medida, tiene como propósito analizar dos cuestiones: (i) si determinada distinción –medida– persigue una finalidad constitucional legítima o no prohibida por la Constitución. En caso de ser ello así, se requiere además establecer si (ii) el medio puede considerarse, al menos prima facie, como idóneo para alcanzar la finalidad identificada.

b. Juicio intermedio de igualdad: se ha aplicado por la Corte cuando, entre otras, existe un indicio de arbitrariedad que pueda haber una afectación a la libre competencia, cuando se trata de acciones afirmativas como medidas de discriminación inversa¹³, cuando la medida puede resultar potencialmente discriminatoria¹⁴, cuando la medida puede afectar varios derechos fundamentales¹⁵ o cuando se pueda afectar el goce de un derecho no fundamental. El juicio intermedio de igualdad está compuesto también de dos pasos analíticos, orientados a determinar (i) si la distinción prevista por la medida analizada se orienta a conseguir un propósito constitucionalmente importante; y (ii) si el medio elegido es efectivamente conducente para el logro de esa finalidad.

c. Juicio estricto de igualdad: se aplica, en principio, cuando la diferenciación que se estudia utiliza una categoría sospechosa (como aquellas mencionadas en el artículo 13 de la Constitución a modo de prohibiciones); cuando implica la afectación de los derechos de personas en condición de debilidad manifiesta, o pertenecientes a grupos marginados o discriminados; interfiere con la representación o participación de sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones; genera la afectación de los derechos de minorías insulares y discretas; establece un privilegio; o afecta de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental.

Este análisis, el más riguroso, tiene como propósito determinar (i) si la distinción prevista en la medida analizada persigue una finalidad imperiosa, urgente o inaplazable; (ii) si dicha distinción es efectivamente conducente para lograr esa finalidad; (iii) si la distinción es necesaria, en el sentido de que es el medio menos gravoso para lograr con el mismo nivel de eficacia la finalidad perseguida; y (iv) si es proporcional en sentido estricto, es decir, si los beneficios de adoptar la medida analizada exceden las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.”

Debe señalar el despacho que tal y como se menciona en los actos enjuiciados, los empleados que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad no se encuentran

¹¹ Ver, entre otras, sentencia C-093 de 2011, C-673 de 2011 y C-104 de 2016.

¹² Ver, entre otras, sentencias C-114 y C-115, ambas de 2017.

¹³ Ver sentencia C-115 de 2017.

¹⁴ Ver, entre otras, sentencias C-104 de 2016 y C-534 de 2016.

¹⁵ Ver sentencia C-673 de 2001.

amparados por fuero de estabilidad, no obstante, gozan de una estabilidad relativa, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado, de la cual se deriva el imperativo de motivar el acto de retiro en razones vinculadas al servicio público o la necesidad de proveer el cargo en propiedad con la persona que haya superado el concurso público de méritos¹⁶.

Al respecto, la Corporación plantea los siguientes argumentos:

*“Recordemos que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha indicado que **existe una estabilidad laboral relativa del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, sobre este tópico, reiteró en la sentencia SU-556 de 2014, lo siguiente:***

«3.5.4. Excepcionalmente, los cargos de carrera podrán ser ocupados en provisionalidad. Dicha figura busca responder a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia¹⁷. Sin embargo, dicha situación temporal no cambia la calidad o naturaleza del cargo que se ocupa, pues la circunstancia de hecho no tiene la disposición para cambiar una determinación legal.

...

*3.5.10. En síntesis, **a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera** no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se desprende una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, pues la vacancia no cambia la naturaleza del cargo. De allí que, en concordancia con el precedente de la Corporación, **al declarar insubsistente a uno de dichos funcionarios**, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a situaciones relacionadas con el servicio prestado **o al nombramiento en propiedad del cargo**, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso».¹⁸*

De la anterior cita, es claro para la Sala que uno de los motivos que tanto la ley como la jurisprudencia han reconocido como una causal válida para remover a un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, corresponde al hecho que este se provea con un nombramiento en propiedad, como ocurre en el presente caso y fue el fundamento por medio del cual, el Juez Segundo Penal del Circuito de San Gil,¹⁹ para negar la solicitud elevada por la tutelante de mantenerla en el cargo de Oficial Mayor en provisionalidad, pues con la Resolución No. 4 de 22 de febrero de 2017, declaró no viable tal petición.

Lo anterior, en vista que debe prevalecer el nombramiento en propiedad de quien ganó el concurso de méritos y, aunado a lo anterior, por no haber probado la condición de prepensionada, que alegó la tutelante, por no cobijarla el retén social; ni ponerse en peligro ni vulnerarse su mínimo vital o derecho alguno,²⁰ en igual sentido, lo explicó la Unidad de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, como se dejó expuesto en los antecedentes.” – se destaca -

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicación número: 68001-23-33-000-2017-00234-01(AC). Actor: GLADYS MARGARITA CABALLERO SANTOS. Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - CONSEJO SECCIONAL DE SANTANDER Y OTROS. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017)

¹⁷ «T-1206 de 2004».

¹⁸ Énfasis propio.

¹⁹ En su condición de nominador.

²⁰ Fls. 317 – 324.

5.3 Caso Concreto

El señor Carlos Eduardo Ussa Pérez pretende la nulidad de las Resoluciones N° 0116 del 17 de febrero de 2016 y Resolución N° 0164 del 10 de marzo de 2016, suscritas por el Contralor General de Boyacá.

Aduce que fue nombrado en provisionalidad para el cargo denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407 Grado 20 de la planta de personal de la Contraloría General de Boyacá, mediante Resolución N° 0759 del 31 de diciembre de 2015 (fls. 13 y 14), y posteriormente el Contralor General de Boyacá terminó su nombramiento mediante los actos acusados, argumentando que debía proveer de forma definitiva la vacante presentada en ese cargo con base en la lista de legibles resultante del concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, además, que por criterios de razonabilidad y servicio laboral en los tiempos, se decidió retirar del servicio al aquí demandante y no a la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez, quien ocupa un cargo con la misma denominación, código y grado.

Por su parte, la Contraloría General de Boyacá defiende la legalidad de sus actos resaltando que la decisión adoptada se funda en criterios de razonabilidad, proporcionalidad, ponderación y de solución razonable.

Visto lo anterior, tenemos como primera medida que ante la necesidad de realizar un nombramiento en propiedad se presenta una justa causa para dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de quien venía ocupando el cargo en tanto se surtía el respectivo concurso de méritos, toda vez que la finalidad de esta vinculación radica esencialmente en proveer la vacante del empleo de carrera administrativa, mientras se efectúa el nombramiento de la persona que superó el respectivo concurso público de méritos.

Ahora bien, al encontrarse el nominador frente a dos funcionarios que ocupan el mismo cargo a proveer de manera definitiva, vale decir, AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 407 GRADO 20, resulta plenamente aplicable un juicio de igualdad y de ponderación de derechos constitucionales y legales, de cara a establecer el funcionario que debe permanecer en la entidad y a quién se le debe terminar el nombramiento en provisionalidad.

Es así como la Contraloría General de Boyacá, verificó las condiciones particulares de los dos funcionarios implicados analizando la antigüedad en el cargo y además, encontrando que la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez, ostenta la calidad de pre-pensionada, situación que genera a su favor una especial protección del Estado frente a la cual debe ceder la continuidad de la vinculación laboral en provisionalidad del aquí demandante.

Se debe tener en cuenta que la Resolución N° 0116 del 17 de febrero de 2016 (fls. 16 a 18), comienza por citar jurisprudencia constitucional sobre la inexistencia de fuero de estabilidad para

quienes ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, posteriormente hace referencia al nombramiento en periodo de prueba que debe hacerse al cargo que ocupa el aquí demandante, como consecuencia del proceso de selección (concurso de méritos) adelantado por la entidad para ocupar las vacantes de su planta de personal.

La entidad que expidió los actos enjuiciados procedió a realizar un juicio de ponderación de derechos entre las personas que ocupan el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 20, vale decir, el señor Carlos Eduardo Ussa Pérez y la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez, destacando que la señora Rodríguez Martínez lleva más de 8 años laborando en la entidad en tanto que el señor Ussa Pérez llevaba a esa fecha 1 mes y 17 días con la entidad, así mismo se pone de presente que la señora Rodríguez Martínez se encuentra a 20 meses de adquirir su derecho pensional lo cual supone un tratamiento especial en garantía de sus derechos a la igualdad y al mínimo vital, frente a los derechos del señor Ussa Pérez, por lo que aduce como “solución razonable” la terminación del nombramiento del aquí demandante y el nombramiento en provisionalidad de la señora Rodríguez Martínez.

Para el despacho es claro que la entidad demandada no actuó 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, pues tal y como se manifestó en la contestación de la demanda que hiciera la señora Rodríguez Martínez, la funcionaria se encontraba cobijada por la garantía de estabilidad laboral atendiendo su calidad de **prepensionada** tal y como lo demuestra el documento obrante a folio 85 donde se relacionan los funcionarios con “reten social” dentro de los que se encuentran la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez, aunado al oficio de fecha 17 de febrero de 2016, expedido por el Contralor General de Boyacá, con el cual se reconoce la especial situación de la funcionaria derivada de esta particular circunstancia (fls. 166 a 168).

Valga decir que en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación N° 150013133004 2008 00051 00, promovido por la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez en contra de la Contraloría General de Boyacá, se le ordenó a la entidad aquí demandada el reintegro al cargo que la señora Rodríguez Martínez venía ocupando en provisionalidad dentro de la entidad (ver expediente judicial adjuntado en calidad de préstamo a éste expediente).

Así las cosas, el despacho, con base en los documentos obrantes en el proceso, verificó la calidad de prepensionada de la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez, encontrando que a la fecha de expedición de los actos acusados, contaba con 56 años de edad, pues registra como fecha de nacimiento el 14 de octubre de 1960 (fls. 81 y 82 del expediente y fl. 1 anexo 2), que conforme al oficio de fecha 17 de febrero de 2016 con el cual se da respuesta a un derecho de petición interpuesto por la señora Rodríguez Martínez (fls. 262 a 264 anexo 2), se establece que ha cotizado al sistema de seguridad social en pensiones más de 1.300 semanas, situaciones

más que suficientes para corroborar la titularidad de la especial protección laboral en calidad de prepensionada.

Corolario de lo anterior, tenemos que efectivamente el señor Carlos Eduardo Ussa Pérez, ostentaba la calidad de empleado público nombrado en provisionalidad en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 407 GRADO 20, dicho nombramiento fue realizado por el término de 6 meses prorrogables (fls. 13 y 14), y que de conformidad con el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015, compilatorio de las normas que regulan la función pública, incluidos decretos reglamentarios de la Ley 909 de 2004, el nominador, mediante acto motivado podrá dar por terminado el nombramiento en provisionalidad antes de cumplir el término para el cual fue nombrado.

En relación con las razones en que se debe fundar la motivación del acto administrativo que dispone el retiro del servicio de los empleados con nombramiento en provisionalidad, el Consejo de Estado²¹ ha señalado que ésta debe atender a razones de interés general o al servicio prestado por el funcionario, concretamente destacó:

"(..) Ahora bien, frente al contenido de la motivación correspondiente, puede entenderse de las providencias previamente reseñadas que esta no puede ser arbitraria, y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.

La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia del contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia SU 917 de 2010.

En dicha providencia se indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda de nulidad el acto. Dijo la Corte:

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

En este punto, debe hacerse claridad, que la propia Corte entendió que no se trata de equiparar a los funcionarios provisionales con aquellos de carrera administrativa, pues tal interpretación no corresponde al espíritu de la Constitución Política, por ello, la motivación en caso de retiro de provisionales no necesariamente debe ser la misma frente a aquellos de carrera administrativa, para quienes existen determinadas causales legales, dado su fuero de estabilidad (del cual no goza el provisional).

De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificador aludido indicó:

"Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Exp. N° 11001-03-15-000-2012-00378-00 (AC)

empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurriría 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".

En conclusión, dejó sentado el máximo Tribunal Constitucional que las referencias genéricas acerca del nombramiento provisional, el hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación de la facultad discrecional o la cita de información, doctrina y jurisprudencia que no se relacionen directa e inmediatamente con el caso particular, no constituyen razones válidas para la desvinculación de un funcionario provisional (...).

Ahora bien, resulta relevante para resolver el presente caso, traer a colación lo destacado en sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá²², cuando, al analizar un caso con similar contorno fáctico, precisó sobre lo que la Corte Constitucional denominó el principio de "razón suficiente" respecto de la motivación de los actos administrativos que retiran del servicio a empleados en provisionalidad, lo siguiente:

"La Corte Constitucional ha utilizado al principio de "razón suficiente" para analizar el contenido del acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad.

Acerca del significado de la expresión razón suficiente, la Corte Constitucional le entrega a esta Sección el criterio interpretativo correspondiente, el cual se encuentra contenido en la sentencia T-407 del 4 de agosto de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Allí se recogió lo dicho por la misma Corte en oportunidades anteriores. De ese modo, se concluyó que el término bajo análisis implica que el acto administrativo de retiro del servicio exprese las circunstancias particulares y concretas, tanto de hecho como de derecho, por las cuales se decide declarar la insubsistencia de un nombramiento provisional, en forma de explicaciones claras, detalladas y precisas.

En efecto indicó la Corte:

"Así las cosas, en la sentencia SU-917 de 2010 esta Corte sostuvo que un acto está debidamente motivado siempre y cuando en él esté incorporada una "razón suficiente" del despido o terminación. Pero, ¿qué significa que exista una "razón suficiente"?

En la misma decisión, esta Corporación puntualizó que "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". Entonces, "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". Eso significa razón suficiente (...)" – Destaca el despacho

En la resolución del caso *sub-lite* es claro para el despacho que al presentarse una situación especial respecto de la funcionaria que ocupa un cargo con la misma denominación, código y

²² Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 5. M.P.: Oscar Alfonso Granados Naranjo. Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Expediente Radicado N° 15238 3333 002 2016 00007 01. Tunja, 11 de julio de 2018.

grado, se configura una justa causa para dar por terminado el nombramiento del aquí demandante, pues debía darse prevalencia a las garantías constitucionales que amparan la especial situación de prepensionada de la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez, frente a una estabilidad precaria que amparaba al actor en su vinculación provisional con la Contraloría General de Boyacá y que culminó mediante los actos administrativos censurados que se encuentran fundados en un juicio razonable, ponderado y objetivo de la administración.

En este punto de la argumentación, debe señalar el despacho que la Corte Constitucional ha sido clara en cuanto a la protección constitucional que en el plano de la estabilidad laboral debe prodigarse a los pre-pensionados²³; es así como en sentencia SU-446 de 2011, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, destacó sobre el particular lo siguiente:

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

En la sentencia C-588 de 2009⁵⁷, se manifestó sobre este punto, así: "... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados⁵⁸

10.2. Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

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

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados. Resalta el Juzgado

²³ Este criterio es acogido igualmente por el Consejo de Estado, entre otras, en sentencias como la proferida por la Sección Segunda, rad. 88001233300020160006001, Abr. 20/17, C.P. Rafael Francisco Suárez.

El despacho no ahondará en el argumento relacionado con la experiencia laboral y la antigüedad en la entidad de la señora Rodríguez Martínez y del señor Ussa Pérez, habida consideración que de lo probado en el proceso se advierte la situación de especial protección de la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez, puesto que quedó demostrada su calidad de prepensionada y por ende la estabilidad laboral reforzada con base en las premisas de diferenciación positiva emanadas de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política de 1991, descartando la existencia de una falta de motivación en la expedición del acto administrativo, pues como se advirtió previamente, la Contraloría General de Boyacá ofrece una motivación acorde con la finalidad de la norma superior, ponderando de manera adecuada y proporcionada los derechos en pugna y procediendo, como debía, a dar prevalencia a la especial protección hacia las personas que se encuentran ad portas de hacerse acreedoras a su pensión de jubilación.

En suma, los actos administrativos enjuiciados guardan plena coherencia con los postulados constitucionales y legales que motivan su expedición, habida consideración que se fundan en la protección de una persona que se encuentra próxima a culminar su etapa laboral, ostentando la calidad de pre-pensionada por restarle menos de tres años para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios para consolidar su derecho a pensión de vejez; en tanto que el destinatario de la declaratoria de insubsistencia, apenas comenzaba su vida laboral, pues a la fecha de expedición de los actos enjuiciados contaba con 24 años, lo que de contera facilita su reinserción al mercado laboral en comparación con la pre-pensionada que contaba con 56 años lo que hacía prácticamente nugatoria su reubicación laboral.

Nótese entonces que desde el prisma de la aplicación del principio de igualdad, los dos servidores públicos se encontraban en situaciones de hecho diametralmente opuestas, lo cual imponía a la administración en virtud del artículo 13 de la Constitución Política y de la jurisprudencia constitucional vigente, prodigar un trato diverso y en este caso más favorable a la señora Clara Ofelia Rodríguez Martínez, dado el fuero de estabilidad laboral reforzada que la amparaba durante los tres años anteriores a la consolidación de su status pensional, lo cual justifica a todas luces la decisión de desvincular al señor Carlos Eduardo Ussa Pérez, a quien tan solo lo cobijaba una estabilidad relativa en virtud de su vinculación provisional con la administración.

Con base en los argumentos precedentes, considera el despacho que los actos acusados Resolución N° 0116 del 17 de febrero de 2016 y Resolución N° 0164 del 10 de marzo de 2016, expedidos por la Contraloría General de Boyacá, se ajustan a la legalidad por lo que se deberán negar las pretensiones de la demanda.

5.4 Costas procesales

Finalmente, guiado el Juzgado por el Criterio objetivo valorativo para la imposición de costas procesales, esbozado entre otras providencias en la sentencia de 7 de abril de 2016, emitida por

el Consejo de Estado, con ponencia del Doctor WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, en el radicado 1291-2014, en el presente asunto, considera el Despacho que **hay lugar a su imposición pues al margen de cualquier consideración subjetiva en torno al comportamiento de las partes**, es evidente que la parte vencedora, en este caso la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ, ha tenido que incurrir en gastos de defensa judicial, expresados tanto en recursos físicos (papelería, cds, etc) como en la contratación de apoderados para la defensa de sus intereses, no obstante, para la fijación de las agencias en derecho tratándose la parte vencida de un particular, el Juzgado considera razonable imponerlas en proporción del 4% de la cuantía que sirvió para determinar la competencia de conformidad con lo establecido en el Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura equivalente a Trescientos Cincuenta y Seis Mil Pesos (\$ 356.000) M/Cte. en favor de la entidad demandada, las cuales se liquidaran de conformidad con lo establecidos en los artículos 365 y 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral De Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE

1. **Niéguense** las pretensiones de la demanda instaurada por **CARLOS EDUARDO USSA PÉREZ** contra la **CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ**, de acuerdo a las motivaciones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.
2. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y de conformidad con la motivación expuesta se condena en costas a la parte vencida, esto es al señor **CARLOS EDUARDO USSA PÉREZ** y en favor de la **CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ**. Como agencias en derecho se fijan de conformidad con lo establecido en el Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016, en favor de esta entidad el 4% de la cuantía que sirvió para determinar la competencia, equivalente a Trescientos Cincuenta y Seis Mil Pesos (\$ 356.000) M/Cte., cuya liquidación se sujetará a lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P.
3. **En firme** ésta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.


JAVIER LEONARDO LOPEZ HIGUERA
Juez

34

Ce

nb3/19



332

Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja

Tunja,

Medio de Control: **ACCIÓN POPULAR**
Radicación: **15001-3333-010-2018-00093-00**
Demandante: **YESID FIGUEROA GARCÍA**
Demandados: **MUNICIPIO DE TUNJA Y VEOLIA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P.**

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la solicitud de coadyuvancia obrante en folios 299 a 301 del expediente y a adoptar otras disposiciones, previo lo siguiente:

1.- Mediante escrito de 25 de julio de 2019, los señores Geovany Torres Pulido, Edgar Josue Pita Piña y José Fabián García, en calidad de presidente y miembro del comité de trabajo de la Junta de Acción Comunal del Barrio Gaitán y miembro de la comunidad del mismo barrio, solicitaron el reconocimiento como coadyuvantes dentro de la acción constitucional de la referencia, indicando que el interés de los miembros de la Junta de Acción Comunal del Barrio Gaitán es dar solución a los problemas de salubridad pública generados por la no ejecución de las obras que demanda el caño Gaitán desde hace tiempo, sobre todo en época de lluvias.

2.- El artículo 24 de la Ley 472 de 1998, dispone:

"Toda persona natural o jurídica, podrá coadyuvar estas acciones, antes de que se profiera fallo de primera instancia. La coadyuvancia operará hacia la actuación futura. Podrá coadyuvar igualmente estas acciones las organizaciones populares, cívicas y similares. Así como el Defensor del pueblo y sus delegados, los Personeros, Distritales o Municipales y demás autoridades que por razón de sus funciones deban proteger o defender los derechos e intereses colectivos."

3.- Sobre esta figura, el Consejo de Estado¹ ha destacado lo que "la coadyuvancia es un mecanismo de intervención que puede hacer una persona natural o jurídica como tercero para apoyar voluntariamente los argumentos expuestos por alguno de los extremos de la litis, dentro de un proceso judicial." Y añadió lo siguiente:

"Es importante señalar, que como el interés jurídico que mueve tanto al actor popular como a su coadyuvante no es otro que la defensa de lo colectivo, éste último no puede establecer a su criterio una nueva demanda con pretensiones y derechos distintos a los planteados por el accionante, pues ello no estaría acorde con la finalidad de la coadyuvancia establecida para contribuir, asistir o ayudar a la consecución de la defensa de los derechos colectivos invocados por el actor y no para formular su propia demanda, pues su legitimación también es limitada en acciones colectivas."

De este modo, se tiene que las facultades del coadyuvante en estas acciones constitucionales se contraen, entonces, a efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, toda vez que no se trata de un sustituto procesal que actúa a nombre propio, sino un interviniente secundario y como parte accesoria."

(...) tal intervención no puede significar una reformulación de la demanda, pues ello entrañaría una clara contradicción con lo formulado por el coadyuvado, que comportaría no sólo una desnaturalización de la figura, sino un desbordamiento de sus limitadas facultades como intervención adhesiva."

De acuerdo con las anteriores consideraciones y por ser procedente, se aceptará la participación de GEOVANY TORRES PULIDO, EDGAR JOSUE PITA PIÑA Y JOSÉ FABIÁN GARCÍA, en calidad de coadyuvantes dentro del medio de control de la referencia.

4.- De otra parte, revisado el expediente evidencia el Despacho que no se han allegado la totalidad de las pruebas documentales decretadas y solicitadas al municipio de Tunja, motivo por el cual se requerirá al ente territorial accionado para que en el término de diez (10) días, contador a partir de la notificación del presente auto, allegue:

- Copias de los contratos de prestación de servicios de operarios para el apoyo de las actividades mantenimiento preventivo, de zonas verdes y espacios públicos, para los años 2016-2019, así como

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00036-01(AC), Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 27 de marzo de 2014.

copia de los contratos suscritos para mantenimiento, limpieza, adecuación y optimización de canales pluviales, pasos subpluviales y ríos del municipio de Tunja, resaltando lo concerniente al caño Gaitán a la altura de la vía Tunja – Moniquirá, para el mismo periodo.

- Informe sobre el trámite dado al proyecto denominado “diseño estructura cruce del Canal Gaitán bajo vía Moniquirá”, obrante en folios 82 a 117 de Veolia Aguas de Tunja, teniendo en cuenta que este ha sido reiterado por la empresa de servicios públicos desde 2006, especificando si se han realizado estudios sobre la pertinencia de la ejecución del proyecto referido, o procesos precontractuales o contractuales con la misma finalidad.

5.- Ahora bien, mediante escrito de 6 de agosto de 2019 (fls. 322 a 331) las peritos designadas por el departamento de Boyacá, ingeniera sanitaria y ambiental Claudia Fernanda Rubiano y la ingeniera civil Laura Daniela Alvarado, allegaron dictamen pericial, por lo cual se dispondrá poner en conocimiento de las demás partes, por el término de cinco (5) días.

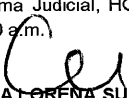
En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE

1. **TENER** como coadyuvantes de la parte activa a los señores GEOVANY TORRES PULIDO, identificado con C.C.N ° 1.049.607.795, EDGAR JOSUE PITA PIÑA, con C.C. N° 6.758.966 y JOSÉ FABIÁN GARCÍA, con C.C. N° 7.164.935.
2. Los coadyuvantes asumirán el proceso en el estado en que se encuentre con base en lo dispuesto en los artículos 70 y 71 del C.G.P.
3. **REQUERIR** al municipio de Tunja para que en el término de diez (10) días, contador a partir de la notificación del presente auto, allegue:
 - Copias de los contratos de prestación de servicios de operarios para el apoyo de las actividades mantenimiento preventivo, de zonas verdes y espacios públicos, para los años 2016-2019, así como copia de los contratos suscritos para mantenimiento, limpieza, adecuación y optimización de canales pluviales, pasos subpluviales y ríos del municipio de Tunja, resaltando lo concerniente al caño Gaitán a la altura de la vía Tunja – Moniquirá, para el mismo periodo.
 - Informe sobre el trámite dado al proyecto denominado “diseño estructura cruce del Canal Gaitán bajo vía Moniquirá”, obrante en folios 82 a 117 de Veolia Aguas de Tunja, teniendo en cuenta que este ha sido reiterado por la empresa de servicios públicos desde 2006, especificando si se han realizado estudios sobre la pertinencia de la ejecución del proyecto referido, o procesos precontractuales o contractuales con la misma finalidad.
4. **PONER** en conocimiento de las partes el escrito visto en folios 322 a 331 del expediente, contenido del dictamen pericial rendido por las peritos designadas por el departamento de Boyacá, por el término de cinco (5) días hábiles (Artículo 32, Ley 472 de 1998), siguientes a la notificación del presente proveído. Su contradicción se realizará en audiencia que se fijará en auto separado.
5. Vencido el término anterior ingrese el proceso al despacho para fijar la fecha y hora de la audiencia de sustentación y contradicción del dictamen pericial (Artículo 228 del C.G.P.).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JAVIER LEONARDO LÓPEZ HIGUERA
JUEZ

<p>JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA</p> <p>Notificación por Estado</p> <p>El auto anterior se notificó por Estado N° <u>1103/19</u> en la página web de la Rama Judicial, HOY <u>11/08/2019</u> siendo las 8:00 a.m.)</p> <p> GINA LORENA SUÁREZ DOTTOR SECRETARIA</p>
--