



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 090 de 2015

Tunja, quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 150013333012-2014-00021-00
Demandante: EDGAR ORLANDO ROMERO GUERRERO
Demandado: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE BOYACÁ-CORPOBOYACÁ

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por el señor EDGAR ORLANDO ROMERO GUERRERO contra la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE BOYACÁ-CORPOBOYACÁ.

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

Mediante apoderada judicial, el señor EDGAR ORLANDO ROMERO GUERRERO, solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 1120 de 8 de julio de 2013, por medio de lo cual la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE BOYACÁ dio por terminado su nombramiento en provisionalidad en el cargo de Técnico Operativo Código 3132 grado 10 de la planta de personal de CORPOBOYACÁ, así como la nulidad de la Resolución No. 1627 de 11 de septiembre de 2013 que resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión.

En consecuencia, solicita:

“3.1. Reintegrar inmediatamente a mi poderdante a su puesto habitual de trabajo, o a otro en las mismas o superiores condiciones al que tenía al momento de ser terminado su nombramiento provisional.

3.2. Reconocer y pagar a favor de mi poderdante todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de devengar desde el momento del retiro de su cargo hasta cuando se produzca su reintegro efectivo.

4- Ordenar que la sentencia se liquide y pague aplicando la fórmula de la indexación adoptada por el H. Consejo de Estado, y conforme lo establecen lo establecen el artículo 187, 189, 192, 193, 195 de los artículos 176 a 178 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), este último, de conformidad con lo establecido en las fórmulas de matemáticas financieras aceptadas por la jurisdicción Contenciosa Administrativa. (fl. 3)

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Para fundamentar las pretensiones la apoderada del demandante señaló, que mediante Resolución No. 0408 de 22 de mayo de 2008, el señor Edgar Orlando Romero Guerrero en el cargo de técnico operativo código 3132 grado 10 de la planta de personal de CORPOBOYACÁ.

Indicó que el 7 de febrero de 2012 por molestias de salud, el demandante asistió a consulta médica externa en la que le ordenaron unos exámenes, y en virtud de los mismos

fue hospitalizado el 11 de abril, y remitido el 14 de abril de 2012 al Centro de Investigaciones Oncológicas de la Clínica San Diego con diagnóstico de 1) "brancoesparma severo, 2) Neumanía Multilobar, 3) Leucemia Linfoide Aguda, 4) Neutropenia Febril."

Posteriormente, refirió que el actor fue sometido a tratamiento médico que se prolongó hasta el 1 de junio de 2012; que luego como consecuencia de su diagnóstico principal fue sometida a sesiones de quimioterapia y poliquimioterapia que le generó una incapacidad desde el 11 de abril de 2012 hasta 5 de junio de 2013.

Expuso que el señor Ramero Guerrero se reintegró a sus actividades laborales el 6 de junio de 2013, pero ejerciendo funciones que no correspondían al cargo para el cual fue nombrado, dado que se le asignó la función de expedir salvoconductos, así como la de atender al público en el pasillo de la entidad, usando como herramienta de trabajo una máquina de escribir.

Dijo que a su regreso, el demandante fue objeto de señalamientos y discriminación por parte del jefe de la Oficina de Gestión Humana de la Corporación demandada, quien le expresó que debía solicitar una prórroga de su incapacidad, en tanto su presencia reportaba un peligro para los demás trabajadores de la entidad.

Señaló que el 12 de junio de 2013, el actor presentó al jefe de personal de CORPOBOYACÁ, los soportes de la atención médica recibida con ocasión de su enfermedad; y que mediante Resolución No. 1120 de 8 de julio de 2013, notificada mediante memorando 130-456 de 11 de julio de 2013, fue terminado su nombramiento en provisionalidad en el cargo de técnico operativo.

Resaltó que el 20 de junio de 2013, mediante escrito dirigido a la Subdirectora Administrativa de la entidad, el señor Romero solicitó la asignación de un sitio de trabajo, así como los elementos para el desempeño de su trabajo, al cual nunca obtuvo respuesta.

Añadió que la fecha en que fue despedido el demandante aún se encontraba recibiendo tratamiento médico de poliquimioterapia y atención por oftalmología a consecuencia de la Leucemia Linfoide; que por lo anterior, interpuso los recursos respectivos contra la resolución que dio por terminada su nombramiento en el cargo mencionado, ya que consideró que se estaba vulnerando su fuero de estabilidad laboral debido a su enfermedad.

Finalmente, manifestó que la entidad accionada, mediante Resolución No. 1627 de 11 de septiembre 2013, resolvió negativamente los recursos interpuestos, dejando incólume la decisión recurrida, aduciendo, entre otras razones, que el demandante no se encontraba incapacitado cuando se efectuó su retiro; y que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez después de agotar el trámite respectivo, determinó que el demandante tenía un 23.60% de pérdida de capacidad laboral.

2. Normas Violadas y Concepto de Violación.

La parte actora cita como violadas las siguientes normas:

- Constitución Política: Artículos 2, 4, 5, 6, 13, 23, 53, 121, 122 y 123.
- Ley 361 de 1997
- Decreto 019 de 2012

En este segmento de la demanda, la profesional del derecho que representa al demandante resaltó que el señor Edgar Orlando Guerrero Romero, al momento de ser desvinculado de su cargo, padecía de Leucemia linfoide Aguda y de anomalías visuales; que su única fuente de ingresos era su empleo en la entidad demandada, motivos por los cuales el demandante era sujeto de una protección especial laboral reforzada.

Consideró que con la en la actuación administrativa acusada de nulidad, no se ponderó la situación de debilidad manifiesta e indefensión del demandante, hecho que lo posicionaba como sujeto de especial protección, y en consecuencia debía aplicársele fuero de estabilidad reforzada que impedía su retiro del empleo.

Señaló que dicho fuero no fue aplicado al caso bajo estudio, vulnerándose de esta manera los postulados constitucionales antes mencionados, y transgrediéndose los derechos fundamentales del actor, al terminar el nombramiento en el cargo Técnico Operativo Código 3132 Grado 10 de la planta de personal.

Dijo que el derecho fundamental de estabilidad laboral reforzada, implica la conservación del empleo, hecho que en este caso no fue considerado por CORPOBOYACÁ, perjudicando de esta manera al actor y desconociendo los principios preceptuados en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que directamente protegen la estabilidad laboral y los artículos 121 y 123 de la Constitución Política.

Citó apartes de las sentencias de la Corte Constitucional T-715 de 1992 y T-017 de 2012, para sustentar que la entidad demandada actuó de forma deshumanizada respecto a la situación del actor, obviando analizar la situación de debilidad manifiesta e indefensión en que se encontraba el señor Guerrero.

Indicó que en virtud del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ninguna persona discapacitada puede ser despedida a su contrato terminado, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo, y recordó que en este caso la entidad demandada no agotó el procedimiento contemplado en la ley en comento, violando, no solo tal norma, sino el derecho a la igualdad del actor.

Hizo un recuento jurisprudencial sobre el tema, para decir que es deber de la administración pública propender por la adopción de medidas a favor del servidor público con limitación, por tratarse de un sujeto de especial protección; por ende, consideró que la demandada debía ofrecer un trato preferente al actor, en tanta que este poseía un fuero de especial protección, dada su limitación ocasionada por la enfermedad que venía padeciendo cuando fue retirada del servicio, de manera que, en su opinión, COPOBOYACÁ desconoció las normas de protección a personas con discapacidad.

II. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

1.- Razones de la Defensa:

Mediante el escrito obrante a folios 275 a 281 del plenario, la apoderada de CORPOBOYACÁ dio respuesta a la demanda de la referencia, oponiéndose a todas las pretensiones, por considerar que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos.

Advirtió que la entidad al expedir el acto demandado, se limitó a la orden de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para realizar el nombramiento del elegible FREDY ERNESTO PINTO HERNANDEZ en el empleo que ocupaba el demandante; que mediante Resolución No. 01172 de 21 de noviembre de 2008, la demandada prorrogó el nombramiento al señor EDGAR ORLANDO ROMERO GUERRERO, en el cargo de Técnico Operativo código 3132 grado 10 de CORPOBOYACÁ, en la que se señaló que el nombramiento era a partir del 21 de octubre de 2008 y hasta el momento en que se expediera la correspondiente lista de elegibles, de manera que el actor tenía conocimiento que su empleo iría hasta tanto se nombrara la persona de la lista de elegibles que había aprobado el concurso.

Respecto de la discriminación laboral aludida por el actor, indicó que no es cierta por cuanto cuando el señor Romero en mayo del año 2013 dijo que se sentía mejor y que deseaba retomar sus labores, le fue manifestado que se encontraba en incapacidad cuya fecha de finalización era el 5 de junio de 2013, razón por la cual necesitaba autorización del médico tratante.

De igual forma, refirió que el demandante fue incapacitada por más de un año, existió una desvinculación temporal, por lo cual era una obligación del empleado que entregara los elementos de trabajo, no obstante nunca se efectuó dicha entrega.

En cuanto a la reubicación del actor, afirmó que ésta se dio después de un análisis objetivo de las labores que antes desarrollaba, y en consideración a las recomendaciones médicas, por lo cual la entidad en aras de proteger la salud del demandante le asignó labores de oficina que no pusieran en riesgo el éxito de su tratamiento.

Reiteró que en todo caso, el 24 de junio de 2013, CORPOBOYACÁ recibió la orden de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para realizar nombramiento al elegible FREDY ERNESTO PINTO HERNANDEZ, en el empleo que ocupaba el aquí demandante.

Así mismo, resaltó que CORPOBOYACÁ, con anterioridad, había consultado a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Departamento Administrativo de la Función Pública, quienes dieron respuesta afirmando que el empleado en provisionalidad que padece una enfermedad, debe ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de méritos, en cumplimiento de principios constitucionales del acceso a cargos públicos de carrera.

Hizo referencia a una serie de actuaciones que desplegó la entidad demandada, con las que afirma, se buscó proteger al actor, y con las que dice demostrar no haber realizado ningún trato discriminatorio respecto del demandante.

Realizó un recuento normativo de las disposiciones que regulan la carrera administrativa, para señalar que CORPOBOYACÁ dio cabal cumplimiento a las normas que rigen la carrera administrativa, y de conformidad con ellas, se desvinculó al demandante quien se encontraba ostentando un cargo de carrera en provisionalidad, a efectos, de proveer de la lista de elegibles conformada en virtud del concurso de méritos, atendiendo el principio constitucional del acceso a cargos de carrera; que de ninguna manera puede afirmarse que la terminación de su provisionalidad se debió a causas relacionadas con su enfermedad o limitación.

En consecuencia solicitó denegar las pretensiones de la demanda.

Propuso como excepción previa de caducidad la cual fue resuelta en audiencia inicial. (fl 303 a 309 C2)

2.- Otras excepciones propuestas:

- **Legalidad del acta cuya nulidad se demanda:** dijo que la Resolución No. 1120 del 8 de julio de 2013, ratificada por la Resolución No. 1627 del 11 de septiembre de 2013, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad al demandante, goza de presunción de legalidad, la cual debe ser desvirtuada por quien alegue su ilegalidad.
- **Discrecionalidad del nominador y ausencia de fuero:** afirmó que no existe ninguna protección legal que le conceda fuero de inamovilidad al empleado nombrado en provisionalidad, ni que le impida al nominador removerlo de su cargo, de manera que no basta con que el demandante establezca que era un excelente funcionario, sino que además debe probar que el nominador actuó con fines distintos a los del buen servicio y el cumplimiento del régimen de carrera administrativa.
- **Suficiencia de la motivación fáctica y jurídico de los actos demandados en nulidad:** Indicó que los actos demandados se profirieron en cumplimiento de las normas de carrera administrativa y la desvinculación del actor se debió únicamente a ello.

3.- Oposición a las excepciones: Mediante escrito obrante a folios 289 a 293, la apoderada del accionante se apuso a las excepciones propuestas por la entidad demandada, reiterando, respecto de las excepciones de fondo, prácticamente los mismos argumentos expuestos en el libelo inicial.

Decisión: Comoquiera que las excepciones propuestas, tienen que ver con el fondo del asunto y constituyen argumentos jurídicos de defensa, ellas serán resueltas junta con las consideraciones que resuelvan el fondo del asunto.

III. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- De la parte Demandante (fls. 794 a 802):

Dentro del término de traslado para alegar de instancia la **parte demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda. No obstante, agregó que conforme a lo expuesto en sentencia T-198 de 2006 de la Corte Constitucional, su peticionario es un sujeto de especial protección, cada vez que el deteriora de su estado de salud ameritaba dicha protección, en atención al derecho de estabilidad reforzada que le es aplicable.

Indicó que conforme a múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional en casos análogos, se han establecido reglas respecto a la estabilidad reforzada, en las que se contempla como beneficiarios de este derecho, a trabajadores en situación de discapacidad o de debilidad manifiesta, como consecuencia de una grave afección a su estado de salud, y ello conlleva a que como garantía de protección deban mantenerse en el empleo ocupado.

Citó apartes de la sentencia T-186 de 2013, y dijo que las reglas establecidas en ellas eran plenamente aplicables al caso, en tanto todos hacen parte del mismo grupo de sujetos que gozan de especial protección, materializada en el derecho de estabilidad reforzada.

Afirmó que CORPOBOYACÁ no adelantó un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales en fensión, es decir entre los derechos de carrera que le asistían al aspirante provisto de lista de elegibles y los derechos de estabilidad reforzada del actor; y añadió que la demandada tampoco demostró que haya ofrecido al señor Romero Guerrero uno de los empleos provistos en la planta de personal, por la que solicitó despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

2.- De la parte Demandado CORPOBOYACÁ (fls. 791 a 793):

Dentro del término de traslado para alegar de instancia la entidad demandada presentó alegatos de conclusión en las siguientes términos:

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, adicionalmente precisó que el 24 de junio de 2013, CORPOBOYACÁ recibió la orden de la Comisión Nacional del Servicio Civil para realizar el nombramiento del elegible Fredy Ernesto Pinto Hernández, en el empleo que ocupaba el demandante; y que el señor Romero Guerrero fue nombrado en provisionalidad hasta tanto se conformara la lista de elegibles por concurso de méritos.

Citó la sentencia del Consejo de Estado de fecha 12 de febrero de 2004, Magistrada ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Concepto Na. 2012EE32114 del 31 de julio de 2012, para decir que CORPOBOYACÁ dio cabal cumplimiento a las normas que rigen la carrera administrativa, y afirmó que la desvinculación del actor de su cargo en provisionalidad se debió al principio constitucional de acceso a los cargos de carrera.

Agregó que en el momento en que CORPOBOYACÁ fue informada del retiro del actor por las listas de elegibles del concurso de méritos, a través de la Secretaría General y Jurídica ordenó su contratación por orden de prestación de servicios, situación que le fue informada al señor Romero Guerrero verbalmente por la profesional de Gestión Humana, sin que la Corporación recibiera respuesta alguna al respecto por parte del demandante, razones por

las que solicitó sean declaradas probadas las excepciones propuestas y se exonere de toda responsabilidad a la Corporación

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado ante este despacha, dentro del término concedida guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Problema jurídico.

Planteada como se encuentra la controversia que ahora nos ocupa, en este punto corresponde al Despacho establecer la respuesta al siguiente problema jurídico:

¿Hay lugar a la declaratoria de Nulidad de los Actos Administrativos contenidos en la Resolución No. 1120 de 8 de julio de 2013, proferida por la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE BOYACA, por medio del cual terminó el nombramiento en provisionalidad del Señor EDGAR ORLANDO ROMERO GUERRERO, en el cargo de Técnica Operaria código 3132 Grada 10, y en la Resolución No. 1627 de 11 de septiembre de 2013 por medio de la cual se confirmó la decisión, por considerar que se encuentran proferidas en contra de derecho y con violación directa de la constitución y la ley; y por ende, vulneran los derechos del actor?

En caso de su configuración, corresponderá al Despacho analizar si el señor EDGAR ORLANDO ROMERO GUERRERO tiene derecho a ser reintegrado al cargo antes mencionado y en las mismas condiciones que ostentaba al momento de su desvinculación, sin solución de continuidad y ordenando el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales a que tal situación daría lugar.

5.2. Resolución del Caso

5.2.1. De la normatividad aplicable.

Para el caso de la declaratoria de insubsistencia de que trata la demanda objeto de esta providencia, se hace necesario tomar como punto de partida el artículo 125 de la Constitución Política, el cual en su tenor literal dispone:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso pública.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previa cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Parágrafo. Adicionado Acto Legislativo 01 de 2003.- *Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido”*

Debe decirse también que para la época de la ocurrencia de los hechos relatados en la demanda, regía 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” y sus decretos reglamentarios.

Es más, la Ley 909 de 2004, así como lo fueron las Leyes 27 de 1992 y 443 de 1998, constituye un sistema técnico de administración de personal con mecanismos que garantizan igualdad de oportunidades de acceso y permanencia en el servicio público, pero igualmente reglamenta el retiro del mismo.

Es de resaltar entonces, que el artículo 125 constitucional arriba citado hace una clasificación de las empleos, refiere algunas pautas para el ingreso y ascenso a los cargos de carrera, e indica que el retiro de los funcionarios nombrados en cargos de carrera administrativa procede por los siguientes motivos:

1. Calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo.
2. Violación del régimen disciplinario.
3. Por las demás causales previstas en la Constitución o en la ley.

En concordancia con la norma superior, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 señala como causales de retiro del servicio de los funcionarios públicos que desempeñen empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, las siguientes:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa.
- c) Por renuncia regularmente aceptada.
- d) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación a vejez.
- e) Por invalidez absoluta.
- f) Por edad de retiro forzoso.
- g) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario.
- h) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo.
- i) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen.
- j) Por orden o decisión judicial.
- k) Por supresión del empleo.
- l) Por muerte.
- m) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Ahora bien, conviene señalar que el procedimiento **para proveer** un cargo de carrera en forma definitiva no es expedito, por lo tanto, el Legislador ha autorizado como medida transitoria y excepcional que la vinculación pueda ser por encargo o en provisionalidad, cuando la primera no puede darse¹.

En ese orden de ideas, puede decirse que la **provisionalidad** constituye un modo de proveer cargos públicos "...cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y **mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley** o cesa la

¹ Corte Constitucional, T-147 de 18 de marzo de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

situación administrativa que originó la vacancia temporal¹². Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas **mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad**^{13, 14} (Subrayas del original y negrillas fuera de texto).

Atendiendo lo expuesto, puede decirse que los nombramientos en provisionalidad, difieren ampliamente de aquellos efectuadas en carrera administrativa y de los de libre nombramiento y remoción, pues nótese que las normas traídas a colación nada disponen respecto de su permanencia, y retiro, sienda imposible entonces, equipararlos con ninguno de los mencionados, esto es, ni con el nombramiento en carrera administrativa, ni con el de libre nombramiento y remoción, dado que, en primera medida, no han sido seleccionados a través del sistema reglado con el que cuentan los primeros y, tampoco se encuentran enmarcados en los presupuestos generales de los cargos que puedan entenderse en el marco de la dirección, confianza y manejo.

Ahora bien, el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909, estableció las condiciones que las entidades públicas y la Comisión nacional del Servicio Civil deberían observar para la provisión de las empleos en carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción, **mencionando, ahora sí, el nombramiento en provisionalidad y algunas condiciones que se pudieran observar al respecto.**

Par ello, los artículos 8, 9 y 10 del Decreto, indicaron:

“Artículo 8°. Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecida en la Ley 909 de 2004.

El término de duración del encarga no podrá ser superior a seis (6) meses.

*Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio la justifique el jefe de la entidad. **En estos casos el encarga a el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, termina dentro del cual se deberá convocar el empleo o concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con las requisitos para ser encogado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.**” (Negrillas fuera de texto)*

Al respecto, evidencia el Despacha que, la reglamentación de la Ley 909 impone periodos fijas durante los cuales, las figuras excepcionales al ingreso al servicio por carrera, serían admisibles, haciendo referencia al encargo y el nombramiento provisional, de las cuales, indica que no podrán superar el término de seis (6) meses, por cuanto la entidad pública y la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberían iniciar los trámites correspondientes a la implementación de la carrera administrativa.

A renglón seguido, el artículo 9° del anotada decreta, estipuló el trámite que debería ser dado a la provisión de empleos de carrera, en los eventos en que surgieran situaciones administrativas que generaran una vacancia temporal, sin que el titular del mismo, perdiera los derechos de carrera, contemplando la posibilidad de serlo, a través del encargo con servidores públicos de carrera, **primordialmente**, a residualmente, con nombramientos en provisionalidad que tuvieran el término equivalente a la situación, con la intención de evitar la paralización del servicio público.

Dispuso el artículo:

¹² Cfr. Sentencia T-1206 del 06 de diciembre de 2004. MP. Jaime Araújo Rentería

¹³ Ibidem. SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio y T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretell Chaljub.

¹⁴ Ibidem. Corte Constitucional, T-147 de 18 de marzo de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretell Chaljub.

"Artículo 9º. De acuerdo con lo establecida en la Ley 909 de 2004, en caso de vacaciones temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaran.

(...)." (Negrillas fuera de texto)

Por último, dispuso el artículo 10 del Decreto, frente a los límites interpuestos por la ley, a la terminación de las situaciones descritas (encargo, prórroga, nombramiento provisional), que el nominador podría dar por terminada la vinculación en estas situaciones, antes del vencimiento del término del nombramiento mediante resolución motivada, encontrando un ámbito de protección para el trabajador que se encontrara en las situaciones señaladas y un límite a las facultades discrecionales de las que goza el nominador, sienda claro para el Despacho que, éste no daría los beneficios permanentes de los que pudieran gozar los empleados que se encontraran vinculados e inscritos en la carrera administrativa.

Veamos:

"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. (Negrillas fuera de texto)

Ahora bien, no sobra aclarar que la declaratoria de insubsistencia es una medida amparada por la presunción de legalidad, pero tal presunción es desvirtuable, probando que el acto de insubsistencia se profirió por autoridad no competente para ello, con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario que lo expidió, situación que se da cuando el agente que la decreta, persigue fines contrarios a los del buen servicio.

En igual sentido, es válido señalar que la declaratoria de insubsistencia no constituye sanción alguna, pues así lo ha considerado el Tribunal Administrativo de Boyacá cuando en reiteradas providencias ha manifestado:

"... la figura de la insubsistencia no constituye sanción alguna y a ella se recurre cuando la autoridad nominadora considera que la permanencia del empleado no favorece el buen servicio por cualquier causa. Por tanto, se supone que está inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y es por ello que el acto que la contiene lleva implícita la presunción de legalidad, naturalmente desvirtuable mediante prueba en contrario. En estas condiciones, es posible afirmar que el acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un servidor público, en aras del mejoramiento del buen servicio no implica, en principio, un desbordamiento de la facultad discrecional de remoción."⁵

Ahora bien, la línea jurisprudencial sobre la motivación de la desvinculación de funcionario que ejerce en provisionalidad un cargo de carrera administrativa ha sido reiterada por la H. Corte Constitucional, Corporación que en Sentencia T-887 de 25 de octubre de 2007, en aquella ocasión se hizo además alusión a la diferencia que existe entre la declaratoria de insubsistencia del empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, y la de un empleado de libre nombramiento y remoción, aclarando lo siguiente:

"...Cosa distinta ocurre con los cargos de carrera. Las personas que acceden a estos cargos deben reunir un conjunto de condiciones de mérito y sólo cuando demuestran que cumplen con los requisitos para acceder pueden ocupar un puesto de carrera. La provisión de aquéllos se somete, por consiguiente, a los procesos de selección y a los concursos públicos que determine la ley. De ahí, que quienes ejercen cargos de carrera gocen de mayor estabilidad y su desvinculación únicamente proceda por razones disciplinarias, por calificación insatisfactoria de labores o por otra causal previamente determinada por la Ley⁶. En tal sentido, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa deba ser motivado.

⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia, Expediente No 2001-0967, Magistrada Ponente: Francisco Antonio Iregui Iregui.

⁶ Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002, T- 572 de 2003 y T- 1206 de 2004.

De igual manera, la ley prevé que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad cuando se presentan vacancias definitivas a temporales "mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal"⁷. En numerosas ocasiones⁸ y recientemente en sentencias T- 222 de 2005 y T- 123 de 2007, la Corte Constitucional consideró que:

"pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción. En tal sentido esta Corporación ha reiterado que 'el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello'. Así pues, ha precisado que procede la desvinculación como consecuencia de una falta disciplinaria o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar⁹."

Los actos por medio de los cuales se desvincula a un funcionario nombrado en provisionalidad para ejercer un cargo de carrera deben ser motivados, pues, de lo contrario, se incurre en desconocimiento del derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso" (Negrillas fuera del original).

De igual forma, se logra identificar que, en relación con la terminación de los nombramientos de los empleados en provisionalidad, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia proferida el trece (13) de Marzo de dos mil tres (2003), con ponencia del Consejero Dr. Tarsicio Cáceres Toro, indicó:

"(...) Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, **el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.**

(...)

Se resalta que cuando el Art. 132 – 2 de la Ley 270 de 1996 regla el nombramiento en provisionalidad judicial, hay que entender que esta facultad la tiene el nominador "hasta tanto se pueda hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos," y **na significa que una vez hecha esta clase de nombramiento el designado obtenga "estabilidad" en el empleo hasta cuando sea reemplazada por la vía del concurso, ni que el Nominador pierda la facultad citada en ese evento. La norma legal na puede entenderse como otorgante de una estabilidad que sala existe para el personal de carrera, en cuanto se cumplan las requisitos constitucionales y legales para el ingreso y desempeño de esa clase de empleo (...)"**

Dicha postura, se ratificó una y otra vez; así entonces, se profirió la sentencia de trece (13) de Octubre de dos mil cinco (2005), por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera ANA MARGARITA OLAYA FORERO, en la cual se indicó:

"(...) La situación del designado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la **facultad discrecional** del nominador de escoger en beneficio del servicio a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez, debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T- 1206 de 2004.

⁸ Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002 y T-519 y T-610 de 2003.

⁹ Ver sentencia T- 800 de 1998. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias T-884 de 2002 y T-610 de 2003.

La facultad discrecional de los empleadas provisionales se impone al efectuar el nombramiento en tal carácter de provisionalidad, puesto que la transitoriedad de la designación, mientras se realiza el proceso selectivo, autoriza a la administración a efectuar el nombramiento provisional. Al igual su retiro, pues tal discrecionalidad es el marco rector en estas designaciones, ya que mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria que no otorga fuero alguno de estabilidad, como se precisó anteriormente." (Negritas fuera de texto)

Se observa cómo, la postura indicada desde el año 2003 se ratificó claramente en el fallo anotado, realizando para el efecto, una aseveración tajante, en relación con la facultad discrecional del nombramiento y su extensión a la terminación del mismo, concluyendo, de la mano del concepto de la carrera administrativa, que no hacerla así, llevaría una serie de inconsistencias con el espíritu constitucional del acceso al servicio público, puesto que, se estaría dando derechos de estabilidad de los que gozan los empleados de carrera, a empleados que entraran libre y discrecionalmente al servicio.

Del tano previo, existen varios pronunciamientos realizados por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, que para el año de 2006, ya estaban arraigados en el seno de la discusión jurídica.

Se resalta entonces, la que fuera proferida el día treinta y uno (31) de Agosto de ese año, con Ponencia del Consejero Jesús María Lemos Bustamante, en la que claramente se manifestó, frente a los empleados nombrados en provisionalidad:

"...La simple circunstancia de ocupar un empleo de carrera no le otorga al funcionario derechos de carrera respecto del cargo que ocupa. En estos eventos la persona así designada se encuentra nombrada en provisionalidad y, como en repetidas ocasiones lo ha sostenido esta Sala, debido a que fueron discrecionales las facultades por las cuales se le designó, también en ejercicio de ellas es posible removerlo, respondiendo con ello al principio según el cual las cosas en Derecho se deshacen tal como se hacen.

El nombramiento de la actora fue de carácter provisional por lo que ostentaba una posición diferente a la del vinculada y escalafonada en la carrera, debido a que no accedió al cargo mediante concurso.

La condición de haber sido nombrada hasta que se pudiera hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos no le otorgó ningún tipo de estabilidad ni mucho menos los derechos propios de un cargo de carrera.

De esta forma queda claro que quien ocupe un cargo en provisionalidad no queda bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera. Admitir lo contrario equivaldría a conferirle garantías que la Ley no le reconoce.

(...) Quiere decir lo anterior que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la accionante no tenía por qué motivarse, toda vez que se trataba del ejercicio de una facultad discrecional que la Ley le confiere al nominador." (Negritas fuera de texto)

Ahora bien, es importante señalar que, si bien las fallas referidos en la presente, hacen mención a situaciones que habrían ocurrido en vigencia de la Ley 443 de 1998 y, eventualmente bajo la vigencia de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, y que se tendría que expedir un acto administrativo motivada a efectos de dar terminación a un nombramiento en provisionalidad, lo cierto es que, en sentencia proferida el día cuatro (04) de Agosto de dos mil diez (2010), dentro del radicada 15001-23-31-000-2001-00354-01(0319-08), con panencia del Consejera Gustava Eduarda Gómez Aranguren, se reiteró la postura que se traía desde la unificación del precedente existente desde el año 2003, dejando la salvedad, frente a la Ley 909 que:

"(...) Pero precisa, que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, solo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada". (Negritas fuera de texto)

En ese entendido, queda claro para el Despacho que el servidor pública nombrado en provisionalidad no adquiere estabilidad en el empleo y, por el contrario, el título precario que ostenta, permite al nominador su retiro del servicio, máxime cuando acaecen causas legales, como es el caso de la convocataria al concurso de méritos correspondiente, el cual ha generado una lista de legibles, de la cual se debe nombrar la persona que ocupará en propiedad el cargo, lo que a su vez, terminará automáticamente el nombramiento en provisionalidad en el cargo de carrera. Es de aclarar, que de ninguna manera la anterior puede equipararse a la situación del empleado de libre nombramiento y remoción, por la sencilla razón de que el cargo que se ocupa es de carrera, pero aun así, tampoco se puede predicar de dicha vinculación una estabilidad reforzada, puesto que no se ha ingresado a la carrera administrativa previo el agotamiento del concurso correspondiente, ni se ha superado satisfactoriamente el período de prueba para entenderse escalafonado.

En ese entendido, se tiene que las personas que se encuentran nombradas provisionalmente en un cargo de carrera en provisionalidad, tienen una estabilidad relativa, por cuanto, una vez se conforma la lista de elegibles, debe ser nombrada en el cargo la persona que ha ganado el concurso pública de méritos, en virtud del artículo 125 de la Constitución.

Así las cosas, teniendo en cuenta que existe claridad acerca del concepto y procedencia de la declaratoria de insubsistencia como figura jurídica, se procederá a establecer si la que se llevó a cabo respecta del demandante es legal, o si por el contrario, adolece de vicios que impliquen la nulidad del acto administrativo demandado.

5.2.2 Análisis del caso concreto

Se encuentra probado en el expediente, que el señor Edgar Orlando Romero Guerrero fue nombrado en provisionalidad mediante Resolución 0408 de 22 de mayo de 2008, por el término de seis meses (fl. 256), nombramiento que fue prorrogado a través de la Resolución No. 01172 de 21 de noviembre de 2008, en la cual se estableció que el mismo duraría hasta el momento en que se expidiera la lista de elegibles producto de concurso de méritos (fl. 257).

También está demostrado que el demandante, encontrándose vinculado en provisionalidad a la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, fue ingresado el día 11 de abril de 2012, por urgencias, a la Clínica de SaludCoop de Tunja, momento en el cual le fueron prescritos algunos exámenes (fl. 321); que encontrándose hospitalizado fue valorado por medicina interna y por hematología, y de conformidad con los resultados de los exámenes médicos que le fueron practicados, le fue diagnosticada leucemia mieloide aguda (fl. 38).

Posteriormente, el paciente ingresó al Centro de Investigaciones Oncológicas CIOSAD S.A. el 14 de abril de 2012, tal como se infiere de la historia abarante a folios 41 a 46, en la que también consta que ingresó a la UCI el 6 de mayo del mismo año, y salió de allí el 31 de mayo de 2012, siendo dado de alta, finalmente, el 1º de junio de 2012. En ese momento le fueron prescritos algunos controles, procedimientos (poliquimioterapias y quimioterapias) e incapacidad médica (fls. 47 a 52).

Las quimioterapias fueron practicadas, dada que así lo informan los respectivos registros de la Clínica CIOSAD S.A. (fls. 53, 54, 66 a 68, 76, 77, 83, 84, 91, 92, 99, 100, 109, 110), evidenciándose que las jornadas para llevar a cabo dichos procedimientos se prolongaron intermitentemente hasta el 28 de febrero de 2013. Igualmente se encuentra, que el paciente fue sometido a sesiones de poliquimioterapia, teniendo en cuenta que ese es el plan de manejo que consta en la historia clínica (fl. 133, 137, 147, 158, 162 y 163).

El estado de salud del señor Edgar Orlando Romero, ocasionó que fuera incapacitado durante aproximadamente un año, desde el 14 de abril de 2012, hasta el mes de junio de 2013 (fls. 48, 50, 61, 72, 80, 90, 95, 103, 104, 117, 118, 148 y 326); posteriormente, la

especialidad de hematología "...indicó proceso de reintegro laboral con recomendaciones ya entregadas al paciente por hematología medicina laboral..." (fl. 326).

Ahora bien, se observa que el paciente, actualmente se encuentra en manejo de mantenimiento con quimioterapia esquema POPM, en la Clínica San Diego S.A.S. (fl. 1041).

De otra parte, encuentra esta Sede Judicial, que al paciente le fue determinada, inicialmente, por parte de la AFP Seguros Bolívar, una pérdida de capacidad laboral del 42,00% (fl. 189); el anterior porcentaje fue disminuido al 41,00% por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, tal como consta en el Dictamen No. 6522013 de 17 de julio de 2013 (fls. 203 y 204). Contra tal decisión, el actor interpuso recurso de apelación (fls. 205 a 207), el cual fue resuelto mediante Dictamen No. 4226876 de 7 de noviembre de 2013 (fls. 214 y 215), en el que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, decidió modificar el Dictamen No. 6522013, y disminuir el porcentaje en comento a 23.60%.

Ahora, conviene precisar, que si bien es cierto en el expediente se encuentra probado que al señor EDGAR ORLANDO ROMERO le fue prorrogado su nombramiento en provisionalidad hasta que se surtiera el concurso de méritos para proveer en propiedad el cargo de carrera administrativa que se encontraba desempeñando (Técnico Operativo Código 3132 Grado 10 de CORPOBOYACA) (fl. 247), dicha designación se dio por terminada mediante la Resolución No. 1120 de 8 de julio de 2013 (fls. 227), teniendo en cuenta la siguiente motivación:

"[...] Que de conformidad con la Ley 909 de 2004, dentro de las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil está elaborar las convocatorias y concurso para proveer los empleos públicos de carrera administrativa.

Que la Comisión Nacional del Servicio Civil realizó el concurso abierto de méritos, a través de la Convocatoria No. 001 de 2005, para proveer un empleo con la denominación de Técnico Operativo, Código 3132 Grado 10 de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá CORPOBOYACA e identificado en la oferta pública con el No. 5196.

Que mediante Resolución No. 2605 del 02 de junio de 2011, la Comisión Nacional del Servicio Civil, conformó la lista de elegibles para proveer el empleo de Técnico Operativa código 3132 grado 10 de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá CORPOBOYACÁ, producto de la Convocatoria No. 01 de 2005.

Que en la lista de elegibles aparecieron tres elegibles de los cuales ninguno acepto el nombramiento en periodo de prueba.

Que mediante oficio con No. de radicado 0 - 2013EE-20785, la Comisión Nacional del Servicio Civil informa que procedió a realizar el correspondiente estudio técnico de viabilidad de uso directo de la lista de elegibles, concluyendo que es posible hacer uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución 2889 del 10 de junio de 2011, con firmeza el día 29 de junio del mismo año, con el elegible que se encuentra en la quinta posición del empleo No. 5196 (Etapa 1), el señor FREDY ERNESTO PINTO HERNANDEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 74.188.131.

Que en la actualidad, en el citado empleo está nombrado con carácter de provisionalidad, el señor EDGAR ORLANDO ROMERO GUERRERO, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.226.876 expedida en Rondón, a quien mediante Resolución No. 1172 del 21 de noviembre de 2008, se le realizó nombramiento provisional en el cargo de Técnico Operativo código 3132 grado 10 de CORPOBOYACÁ, hasta el momento de la expedición de las listas de elegibles producto del concurso de méritos (...)" (Negrillas fuera de texto)

Contra dicha acto administrativo, el accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación (fls. 229 a 239), por considerar que fueron vulneradas sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, y al mínima vital, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 1627 de 11 de septiembre de 2013 (fls. 242 a 246), en la que se rechazó por improcedente el

recurso de apelación, y se decidió no reponer la resolución recurrida, teniendo en cuenta, entre otras, la siguiente razón:

"(...) A más de la anterior, el Departamento Administrativo de la Función Pública en Concepto EE1817 del 8 de marzo de 2010, estableció: "(...) De acuerdo a lo anterior, un empleado en provisionalidad que padece una enfermedad, deberá ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de mérito (sic) que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisional, pudiendo ser retirado del servicio por parte de la Administración mediante resolución que debe ser motivada, considerando que la decisión no se produce por causas arbitrarias ni relacionadas con su enfermedad o limitación, sino en cumplimiento de los principios constitucionales del acceso a los cargos públicos de carrera (...)"

En virtud de todo lo antes expuesto, se encuentra que la Corporación dio cabal cumplimiento a las normas que rigen la carrera administrativa, y la desvinculación de quien habiendo sido nombrado en provisionalidad, en un cargo ofertado por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante concurso abierta de méritos, y una vez conformada la lista de elegibles para proveerlo, fue retirado del servicio **considerando el principio constitucional del acceso a los cargos públicos de carrera, sin que de manera alguna pueda interpretarse la terminación de la provisionalidad del aquí recurrente, por causas relacionadas con su enfermedad o limitación.**" (Subrayas del original y Negritillas del Despacho).

De otra parte, se observa que, tal como lo menciona la entidad accionada en la actuación administrativa acusada de nulidad, mediante oficio visible en las páginas 110 a 113 del archivo PDF contenido en el CD abrante a folio 285 del expediente, el cual fue incorporado en el presente asunto, como prueba de CORPOBOYACÁ (fl. 308), el Departamento Administrativo de la Función Pública, en concepto de fecha 10 de mayo de 2012, precisó a la demandada la siguiente:

"(...) En consecuencia, la terminación de nombramientos provisionales para dar cumplimiento a los fallos judiciales que ordenan el reintegro de ex servidores públicos, en los cargos en la planta de personal que se encuentra provistos con personal nombrado en la modalidad de provisional, debe efectuarse mediante resolución motivada, así el empleado provisional se encuentre en incapacidad; la situación de la incapacidad no le otorga al servidor algún fuero o condición especial que impida su retiro, toda vez que continua ostentando la calidad de empleado público y durante dicha situación subsiste su vinculación laboral (...)"

Así misma, es evidente que, previa consulta de la referida entidad empleadora, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante oficio 0-2013EE-20785 de 18 de junio de 2013 (fls. 404 a 406), autorizó a CORPOBOYACÁ para usar la lista de elegibles (sin cobro), para proveer, entre otros, el empleo No. 5196, denominada Técnico Operativo, Código 3132, Grado 10, así:

*"(...) De otra parte le informo que para el empleo **No. 5196 denominado Técnico Operativo, código 3132, grado 10**, la CNSC procedió a realizar el correspondiente estudio técnico de viabilidad de uso directo de lista de elegibles, cuyo resultado se encuentra en la certificación de fecha 13 de junio de 2013, previo agotamiento de los tres (3) primeros órdenes de provisión de que trata el artículo 1 del Decreto 1894 de 2012, que modificó el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, tal y como lo certifica el responsable del Grupo de Provisión de Empleo con fecha 13 de junio de 2013, concluyendo que es posible hacer uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución 2889 del 10 de junio de 2011, con firmeza el día 29 de junio del mismo año, con el elegible que se encuentra en la quinta (5ª) posición del empleo No. 5196 (Etapa 1), el señor **FREDY ERNESTO PINTO HERNÁNDEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 74.188.131 (...)"*

En ese orden de ideas, vale precisar que los actos administrativos que dispusieron la terminación del nombramiento en provisionalidad del accionante, se encuentra debidamente amparados en una causal legal para al efecto, como lo es, el uso de la lista de elegibles producto del concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, para efecta de proveer los cargos de carrera administrativa de la

CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE BOYACÁ, como quedó claramente expuesto en previas.

Ahora bien, resulta importante señalar que en los mismos actos administrativos de nombramiento y prorroga, respectivos, se previó la anterior circunstancia, y por ende, se dejó constancia que el nombramiento en provisionalidad del accionante, el cual ha sido aludido en todo este proveído, se dio hasta el momento en que fuera expedida la lista de elegibles producto del concurso de méritos respectivo.

En consecuencia, se advierte que pese al estado de salud del accionante era delicado cuando fue desvinculado del cargo por el cual fue nombrado en CORPOBOYACÁ, en tanto se encontraba en sesiones de poliquimioterapia en la Clínica San Diego de Bogotá, en fase curativa de la leucemia linfóide aguda que padece, no hay prueba en el expediente que indique que dicho proceder de la accionada obedeció a las circunstancias de salud padecidas por el señor ROMERO GUERRERO, sino que fue producto de una causa, más que legal, constitucional, cual es la provisión de los empleos de carrera administrativa a través del sistema de mérito.

Para ahondar en argumentos, debe decirse que a folios 346 a 353 del plenario obra constancias de los correos electrónicos que dan cuenta del de la campaña de donación de sangre adelantada por CORPOBOYACÁ, al interior de dicha institución, con el propósito de apoyar al demandante cuando se encontraba hospitalizado en la Clínica CIOSAD, pues nótese claramente que en dicha oportunidad se precisó:

"(...) Nuestro compañero EDGAR ORLANDO ROMERO GUERRERO se encuentra en éste momento hospitalizado por una enfermedad de alto riesgo, donde requiere el suministro de grandes cantidades de sangre para sobrevivir.

Por lo anterior se realizará en CORPOBOYACA una JORNADA DE DONACION DE SANGRE por parte de la Clínica San Diego donde actualmente se encuentra; para que su personal se desplace desde la ciudad de Bogotá, debemos garantizar la donación mínima de 150 personas de todo tipo de sangre especialmente A+. Para éste efecto se pasará un formato el día de hoy para confirmar la donación el cual deberá remitirse a Bogotá antes de las 12 M.

Para cumplir con éste objetivo podemos acudir a nuestros familiares y amigos.

ESPERAMOS LA SOLIDARIDAD Y APOYO DE TODOS USTEDES.

Hay Dias nos está mastrandá la realidad humana con nuestra compañera y estamos a tiempo de darle una mano. (Negrillas del Despacho)

De otra parte, a folios 354 a 361 obran constancias del trámite de donación de un día de salario de cada uno de los funcionarios de CORPOBOYACÁ a favor del accionante, con el propósito de manifestarle su solidaridad con él, quedando más que evidente en el memorando visible a folio 356, suscrito por la Subdirectora Administrativa y Financiera de dicha entidad, en el cual se dijo:

*"(...) En atención al asunto se solicita realizar el giro de la suma de \$ 3.617.941 correspondientes al recaudo total por descuento código 657 denominado **DESCUENTO DIA SOLIDARIDAD COMPAÑERO a la cuenta de Aharras del funcianaria EDGAR ORLANDO ROMERO GUERRERO, quien es el destinataria y/o beneficiaria del descuento recaudado junto con la nómina del mes de mayo de 2012 y ha autorizado la transacción antes enunciada (...)**"*
(Negrillas del Despacho)

Entonces, no es de recibo pensar que la desvinculación del señor ROMERO GUERRERO obedeció o su especial circunstancia de debilidad manifiesta como resultado de su estado de salud, en consideración a que es inequívoca la solidaridad que siempre le asistió a la entidad, como empleadora, frente a la situación a la cual se encontraba sometido el mencionado señor. Así, puede decirse que aquella se dio por una causal objetiva.

En otros palabras, encuentra el Despacho que la parte accionante no probó el trato discriminatorio aludido en el libelo inicial, ni la desmejora en las condiciones laborales en las

cuales desarrollabas sus funciones, pues se reitera que su desvinculación fue producto del cumplimiento de los deberes constitucionales y legales que pesan a la entidad demandada, de privilegiar el mérito, sin que pueda observarse vulneración del régimen legal aplicable al asunto. Aunado a la anterior, debe decirse que los actos administrativos se encuentran debidamente motivados en la constitución y en la ley, y por lo tanto, mal puede decirse que se encuentran viciados de nulidad por infracción a tales normas.

Así las cosas, la presunción de legalidad de los actos de declaratoria de insubsistencia acusados se encuentra incólume, en tanto, en criterio de este Despacho, se profirieron con el fin de garantizar los derechos constitucionales de la persona de carrera que había superado todas las etapas del concurso de méritos, atendiendo para tal efecto una causal legal, como lo es que el cargo ostentado por el demandante debía ser provisto de la lista de elegibles producta del respectivo concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

De otra parte, resulta necesario señalar que no es posible aplicar al asunto de la referencia las normas contempladas en la Ley 361 de 1997 "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas <en situación de discapacidad> y se dictan otras disposiciones", en consideración a que la norma traída a colación se refieren a personas con "discapacidad", lo cual no se ajusta al caso del señor ROMERO GUERRERO quien al momento de ser desvinculado, se encontraba en fase curativa de una enfermedad, pero no de una discapacidad. La norma respectiva precisa:

"(...) ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación <discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad> sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren."

En ese entendido, puede decirse que para el presente asunto no se encuentran dadas las presupuestas de la norma citada, en tanto el elemento subjetivo no está cumplida, pues la norma se refiere a los discapacitados y no a los incapacitados médicos, el cual tampoco es el caso del actor, pues su reintegrada laboral al cargo, es decir, su reintegra a las labores en el mes de junio de 2013, obedeció a que ya no estaba incapacitado laboralmente para desarrollar sus funciones.

Ahora bien, debe hacerse mención a la imposibilidad de aplicación al caso concreto, de las sentencias de la Corte Constitucional citadas en la demanda, en consideración a que tales se refieren al despido unilateral injusta de personas en estado de debilidad manifiesta, atendiendo su estado precario y especial de salud, y como se dejó claro en líneas que anteceden, la desvinculación del señor EDGAR ORLANDO ROMERO GUERRERO, por parte de CORPOBOYACÁ se dio en atención a una justa causa, a más de constitucional y legal, cual fuera la provisión del cargo que el demandante ostentaba de la lista de elegibles producta del concurso de méritos realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Por lo anterior, mal podría el Despacho señalar que los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad, pues quedó plenamente demostrada que no violan las normas superiores en las que debían fundarse, en consideración a que, se reitera, para proveer los empleos de CORPOBOYACÁ, entre ellos, el del accionante, se realizó el concurso público de méritos correspondiente.

5.3. Conclusión

Por todo lo antes expuesto, se negarán las pretensiones de la demanda, habida cuenta que, a pesar de haberse demostrado que el demandante fue nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, y que para el momento de su desvinculación del empleo se encontraba superando la enfermedad de leucemia linfóide aguda que le fue diagnosticada al estar vinculado a CORPOBOYACA, también se encuentra probado que la causa de la terminación del nombramiento en provisionalidad fue proveer el cargo en propiedad de la lista de elegibles producto del concurso de mérito respectivo. En ese orden, la terminación del nombramiento provisional del actor, obedeció a una causa constitucional y legal, y por lo tanto justa, y no como lo manifiesta la parte actora, en razón al trato discriminatorio por la enfermedad que para dicha fecha se encontraba superando, situación frente a la cual, la entidad siempre se mostró solidaria y presta a brindar su apoyo.

Por las mismas razones, se declararán probadas las excepciones de "LEGALIDAD DEL ACTO CUYA NULIDAD SE DEMANDA", "DISCRETIONALIDAD (SIC) DEL NOMINADOR", y "SUFICIENCIA DE MOTIVACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA DE LOS ACTOS DEMANDADOS EN NULIDAD", propuestas por la apoderada de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE BOYACÁ.

5.5 De las Costas del Proceso

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

"ART. 188. Condena en costos. 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."

Al tenor de la norma transcrita, se evidencia que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha pasado de un criterio subjetivo (Artículo 171 del C.C.A. anterior), en el que se debía tener en cuenta la conducta asumida por las partes, para lo cual era necesario, según el precedente del Consejo de Estado, realizar un **"reproche frente a la parte vencida, pues sólo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva"**.

En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición hubiesen sido temerarias, porque no asistía a quien la presentaba, un fundamento razonable, o había de su parte, una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acudía a la interposición de recursos con interés meramente dilatorio, se consideraba que había incurrido en una conducta reprochable, que le obligaba a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.¹⁰

Este criterio, como se evidencia de la lectura de la nueva disposición a pasado a ser de naturaleza OBJETIVA, esto es, que en la nueva normatividad Contenciosa Administrativa, vigente desde el día 2 de julio de 2012, se establece que se condenará en costas a la parte vencida, al tenor de lo dispuesto en el Código General del Proceso, independientemente de su intención o de la conducta desplegada en el proceso.

Ahora bien, conforme lo dispone el artículo 366 del Código General del Proceso, disposición que, igualmente, adopta un criterio objetivo para la liquidación de las costas, exige para que procedan las mismas, que:

- a) Aparezcan comprobadas
- b) Hayan sido útiles
- c) Que correspondan a actuaciones autorizadas por la Ley

¹⁰ Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia de 18/02/99, Exp. 10775, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Con base en lo anterior, si bien el juez tiene cierto margen de discrecionalidad, también lo es que la decisión debe sujetarse a las exigencias de comprobación, utilidad, legalidad, razonabilidad y proporcionalidad del gasto.

En ese orden de ideas, al valorar en el presente caso la condena en costas, en primer lugar se establece, que esta debe ser asumida por la parte demandante (Parte vencida en el proceso al declararse probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada CORPOBOYACA; y en segundo lugar, porque se evidencia que se causaron costas, las cuales están debidamente acreditadas en el proceso, ya que fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que ejerciera la defensa de la entidad demandada, generándose así las respectivas agencias en derecho, frente a CORPOBOYACA.

Respecto a las Agencias en derecho, debe decirse que es la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, las cuales deben ser fijadas por el Juez en la Sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza, **calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado** o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

En cuanto a las tarifas o al valor de las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo No. 1887 de 2003 modificado por el Acuerdo 2222 de ese mismo año, procedió a establecerlas, señalando en el artículo sexto del primera de los Acuerdos referidos, específicamente en el numeral tercero, en materia Contenciosa Administrativa, que en los procesos de Primera Instancia, en los que la cuantía está definida se puede fijar por dicho concepto hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta el valor de las pretensiones; así como la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por la apoderada de CORPOBOYACA, se fija como Agencias en Derecho, a favor de esta entidad, por lo anulado anteriormente, en el presente asunto la suma correspondiente al uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones negadas en la presente providencia. Por Secretaría liquidense las costas.

Contra la presente providencia proceden los recursos de ley.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADAS las excepciones de "LEGALIDAD DEL ACTO CUYA NULIDAD SE DEMANDA", "DISCRECIONALIDAD (SIC) DEL NOMINADOR", y "SUFICIENCIA DE MOTIVACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA DE LOS ACTOS DEMANDADOS EN NULIDAD", propuestas por la apoderada DE CORPOBOYACA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- CONDENAR en costas a la parte demandante, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia, a favor de CORPOBOYACA. Por Secretaría, Liquidense.

CUARTO.- Se fijan como Agencias en Derecho la suma correspondiente al uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones negadas en la presente providencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, a favor de CORPOBOYACA.

QUINTO.- Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- En firme y realizado la liquidación de costas; por Secretaría archívese el proceso. Déjese las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase,


DIANA MARCELA GARCÍA PACHECO
Juez

Niego Preterisiones 2014 - 00021-00

| |
|---|
| <p>JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA</p> <p>La sentencia anterior se notificó por estada N° 55 de Hoy 16 de diciembre de 2015, siendo las 8:00 A.M.</p> <p> SECRETARIA</p> |
|---|