



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020)

RADICADO 73001-33-33-010-2017-00183-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS
DEMANDADO: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL SECCIONAL TOLIMA
ASUNTO: REINTEGRO
SENTENCIA: 00029

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 179 y 187, del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS contra la NACIÓN – RAMA JUDICIAL.

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio número DSEAJIBO17 – 860 del 2 de marzo de 2017 por medio de la cual se da por terminado el nombramiento en provisionalidad al señor ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS y el acto administrativo número DSAJIBO17 – 1183 del 24 de marzo de 2017, por medio de la cual se niega al demandante la condición de prepensionado que ostentaba al momento de ser terminado el vínculo laboral con la demandada.

1.2. Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene reintegrar al señor ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS al cargo de auxiliar administrativo grado 05 de la oficina judicial de Ibagué o a un cargo de mayor jerarquía.

1.3. Que se condene a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, al pago de los salarios dejados de percibir desde su desvinculación hasta el día que sea reintegrado, con su correspondiente indexación, intereses moratorios y reajuste de conformidad a lo establecido en el artículo 2 de Decreto 1227 de 2005.

1.4 Para los efectos de las prestaciones sociales en general, se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, por lo tanto se le debe cancelar al señor ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS: el auxilio de cesantías, los intereses sobre las cesantías, las prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, las vacaciones, las dotaciones, la afiliación EPS, ARP (hoy ARL), caja de compensación familiar, afiliación a fondo de aportes a pensión y cesantías, conforme al régimen salarial contemplado para estos empleados hasta la fecha en la cual se profiera el correspondiente fallo.

1.5 La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 192 del C.C.A. y se reconocerán los intereses legales desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso, una vez esta quede debidamente ejecutoriada.

1.6 Que las sumas liquidas a las que ascienden las pretensiones anteriores, devengaran intereses corrientes y moratorios es decir la parte demandada dará cumplimiento dentro de la sentencia, a los términos previstos en el artículo 193 y 195 del C.C.A.

1.7 Que se condene en costas a la demandada de conformidad con lo preceptuado en el artículo 188 del C. C. A.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos:

2.1 Que el señor ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS mediante Resolución No. 0895 del 02 de septiembre de 1999, fue nombrado en el cargo de Auxiliar Administrativo grado 03 de la Dirección Seccional de la Rama Judicial de Ibagué.

2.2 Que mediante Resolución No. 001808 del 21 de diciembre de 2005, fue nombrado nuevamente en el cargo de Auxiliar Administrativo grado 5.

2.3 Que el día 01 de octubre de 2009 mediante Resolución No. 001929 fue nuevamente nombrado el señor ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS en el cargo de Auxiliar Administrativo grado 5 hasta el 02 de marzo fecha en la cual le fue notificado el oficio DESAJIBO17 – 860 en el cual le informaron que tenía que entregar su cargo y hacer el empalme correspondiente con el señor ALEXANDER PAEZ WILLIAMS, de conformidad con lo establecido en el acuerdo PSAA10 – 7024 del 21 de julio de 2010.

2.4 Que el día 06 de marzo de 2017, el señor ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS por medio de derecho de petición, solicito al Director Ejecutivo Seccional de la Administración Judicial, diera aplicación a la Ley 790 de 2002 y se otorgara la protección del retén social, ya que contaba a la fecha con 59 años de edad.

2.5 Que la Dirección de Administración Judicial, se pronunció mediante acto administrativo DESAJIBO17 – 1183 del 24 de marzo de 2017 negándole dicho amparo, argumentando que el concurso para ocupar ese cargo se realizó el 9 de septiembre de 2009 y que él no estaba en reten social para esa época.

2.6 Que la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, esta incurra en una de las causales de anulación de los actos administrativos como es la falta de motivación del acto administrativo que termina el nombramiento en provisionalidad del demandante en cuanto el oficio DESAJIBO17 – 860 del 02 de marzo de 2017, carece de motivación alguna.

2.7 Que el demandante esta cobijado por la estabilidad laboral reforzada, en virtud a que depende únicamente del salario que percibía de la Rama Judicial y se encontraba en

condición de prepensionado, y al desconocerle la demandada dicha condición le está vulnerando su mínimo vital al no tener otro medio para su sustento.

2.8 Que el último salario devengado por el demandante, fue la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS M/TE (\$2.602.944).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 NACIÓN – RAMA JUDICIAL

A través de apoderado judicial, la Nación – Rama Judicial contestó la demanda (fl. 66-75), oponiéndose a todas las declaraciones y condenas solicitadas por ser contrarias a la entidad que representa, por considerar que las actuaciones de la Rama Judicial, están ajustadas a derecho.

Argumentó que la comunicación entregada al señor ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS, en la que se informaba sobre su desvinculación del cargo, fue motivada por la necesidad de proveer el cargo en propiedad con uno de los aspirantes de la lista de elegible conformada con base en la convocatoria No. 2 – Acuerdo 398 de septiembre 09 de 2009.

La Dirección Seccional no desconoce la problemática que rodea la dejación del cargo por parte del señor ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS ni las consecuencias que de todo orden esta situación genera, sin embargo, la provisión de estos cargos se debe adelantar de conformidad con lo estipulado en la Ley 270 de 1996 y el Acuerdo 398 de 09 de septiembre de 2009 y en cumplimiento de un deber constitucional, legal y reglamentario, el cual es el proveer los cargos vacantes en la entidad con los integrantes de la lista de elegibles conformada por las personas que superaron todas las etapas del concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo 398 de 09 de septiembre de 2009, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima.

Trae a colación lo señalado por la Corte Constitucional en sentencias, C-588 de 2009, SU-339 de 2011, C-333 de 2012, SU-539 de 2012, T-147 de 2013, T-326 de 2014, para señalar que la estabilidad de los funcionarios nombrados en provisionalidad es relativa y debe ceder frente al derecho que tienen las personas de acceder al cargo público al cual concursaron y superaron todas sus etapas.

Señala que en cuanto a la condición de prepensionado del actor, la sentencia T-824 de 2014, la Corte Constitucional dispuso que: “el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública” y ya que la Dirección Seccional no se encuentra en proceso de reestructuración, si no por el contrario se encuentra nombrando en propiedad a las personas que superaron el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 398 de 2009, puede colegirse que los tres (3) años para definir la condición de prepensionados de los funcionarios que ocupan los cargos en provisionalidad deben contarse a partir de la fecha en que se dio apertura a la convocatoria, esto es del 09 de septiembre de 2009. Es ese sentido el demandante para la fecha contaba con 52 años y menos de 1200 semanas cotizadas, lo que significa que no ostentaba la calidad de prepensionado.

Agrega que a pesar que la Dirección Seccional no conoció con anterioridad la condición de prepensionado del señor Aldemar Velásquez, cierto es que su desvinculación en el cargo de Asistente Administrativo grado 5, se presentó entre los últimos de la lista, ya que, con anterioridad a la desvinculación del accionante, se realizaron otros nombramientos en propiedad.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante (fl. 220-227)

Reitera los hechos de la demanda, agregando que esta probado que al demandante le fue terminado su nombramiento en provisionalidad estando cobijado con la estabilidad laboral reforzada en virtud a que es pre pensionado y esta dentro del reten social consagrado en la Ley 790 de 2002.

Igualmente señala que logro probarse que la decisión demandada fue una decisión ilegal e injusta que tomó el ente demandado sin observar que los actos administrativos que dan por terminado un vinculo laboral debe ser debidamente motivado y que en ellos se deben observar las normas que consagran el rete social.

Concluye entonces que, conforme a lo anterior, debe accederse a las pretensiones de la demanda, ordenando el reintegro del señor ALDEMAR VELÁSQUEZ al cargo de auxiliar administrativo grado 3.

4.2 Rama Judicial (fl. 228 a 230)

Indica que el oficio por medio del cual se le comunicó al señor ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS de su desvinculación de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Ibagué, es un acto administrativo de ejecución, razón por la cual ese acto administrativo no es demandable. La Resolución DESAJIBO17-741 de fecha 21 de febrero de 2017, puso fin a una situación jurídica y el nombramiento en propiedad del señor ALEXANDER PAEZ WILLIAMS, en el cargo de asistente administrativo grado 5.

Por último, manifiesta que no es procedente acceder a las solicitudes del demandante, ya que, para la época de conformación del registro seccional de elegibles para los cargos de empleados de la Dirección Seccional de Administración Judicial, le faltaban 10 años para reunir los requisitos de edad y semanas cotizadas para obtener el disfrute de la pensión.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de determinar si ¿el demandante cumple con los requisitos de edad y tiempo de servicios para considerarse como pre pensionado en los términos de la Ley 790 de 2002 y si se resuelve positivamente el anterior problema jurídico debe declararse la nulidad de los actos administrativos demandados y en consecuencia ordenarse el reintegro del señor Aldemar Velásquez Contreras al cargo que venía desempeñando en provisionalidad o a uno de igual o superior categoría, así como al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, o si por el contrario, los actos demandados se encuentran ajustados a derecho?

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO

6.1 Tesis de la demandante

Considera que debe declararse la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio número DSEAJIBO17 – 860 del 2 de marzo de 2017 por medio de la cual se da por terminado el nombramiento en provisionalidad al señor ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS y el acto administrativo número DSAJIBO17 – 1183 del 24 de marzo de 2017, por medio de la cual se niega al demandante la condición de prepensionado que ostentaba al momento de ser terminado el vínculo laboral con la demandada, como quiera que fue una decisión ilegal e injusta que tomo el ente demandado sin observar que los actos administrativos que dan por terminado un vínculo laboral debe ser debidamente motivado y que en ellos se deben observar las normas que consagran el retén social.

6.2 Tesis de la demandada

No se debe anular los actos administrativos enjuiciados, toda vez que los mismos se encuentran completamente ajustadas no solo a la normatividad procedimental y sustancial del caso, sino además ajustadas a la norma constitucional aplicable.

6.3 Tesis del despacho

Se negarán las pretensiones de la demanda; toda vez que si bien el demandante probó su calidad de prepensionable al momento del retiro del servicio; no probó que la entidad pese a existir otro empleo vacante igual, a aquel que ocupaba, procedió a nombrar a quien supero el concurso de méritos en el empleo por él ocupado, dejando vinculado en el otro empleo vacante a una persona que no era beneficiaria del retén social.

7. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES Y PROBADOS

HECHO PROBADO	MEDIO PROBATORIO
1. Que el demandante mediante Resolución N° 0895 de 02 de septiembre de 1999 el señor Velásquez Contreras fue nombrado para desempeñar el cargo de auxiliar administrativo grado 03 en la Dirección Ejecutiva Seccional de la Rama Judicial.	Documental: Copia de la Resolución No. 0895 del 02 de septiembre de 1999 (fl.8). - Acta de Posesión (fl. 9).
2. Que el señor Velásquez Contreras, fue nombrado en provisionalidad para desempeñar el cargo de auxiliar administrativo grado 05 en la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, mediante resolución No. 001806 del 21 de diciembre del 2005.	Documental: Copia de la Resolución No. 001806 del 21 de diciembre de 2005 (fl.7).
3. Que señor Velásquez Contreras, fue nombrado en provisionalidad para desempeñar el cargo de Asistente administrativo grado 5 creado mediante acuerdo No. PSAA09-6251 en la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, mediante resolución No. 001929 del 01 de octubre del 2009.	Documental: Copia de la Resolución No. 001929 del 01 de octubre del 2009 (fl. 14). - Acta de Posesión (fl. 15).
4. Que mediante oficio DESAJIBO17-860 de fecha 02 de marzo del 2017 el Director Ejecutivo de Administración Judicial, le comunicó al señor Velásquez Contreras que debía adelantar empalme y entrega del cargo al señor Alexander Páez Williams nombrado en el cargo de	Documental: Copia del oficio DESAJIBO17-860 de fecha 02 de marzo del 2017 el Director Ejecutivo de Administración Judicial (fl. 2)

asistente administrativo grado 05 en propiedad.	
5. Que el señor Velásquez Contreras mediante derecho de petición de fecha 06 de marzo del 2017, solicita a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial dar aplicación a la Ley 790 del 2002 y se le otorgue la protección del reten social por contar con 59 años de edad.	Documental: Copia del derecho de petición de fecha 06 de marzo del 2017 (fl. 6)
6. Que mediante derecho de petición de fecha 07 de marzo del 2017 dirigido al presidente del Consejo Seccional de la Judicatura, el señor Velásquez Contreras, solicitó la protección laboral reforzada prevista en la Ley 790 del 2002, por tener la condición de pre pensionado.	Documental: Copia del derecho de petición de fecha 07 de marzo del 2017 (fl. 12)
7. Que el día 24 de marzo del 2017 con oficio DESAJIBO17-1183 la dirección Ejecutiva de la entidad niega lo solicitado por el accionante.	Documental: Copia del oficio DESAJIBO17-1183 de fecha 24 de marzo del 2017 de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (fl. 3 a 5)

8. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

8.1 DE LA PROVISIÓN Y RETIRO DE LOS EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL

El artículo 132 de la Ley 270 de 1996 “*Ley Estatutaria de Administración de Justicia*”, en relación con la provisión de los empleos de la Rama Judicial dispone:

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

1. *En propiedad.* Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente.

2. **En provisionalidad.** El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes.

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

En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.

3. *En encargo.* El nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas.

PARÁGRAFO. Cuando la autoridad que deba efectuar el nombramiento se encuentre en vacaciones, la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional, designará un encargado mientras se provee la vacante por el competente, a quien dará aviso inmediato.”. (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, respecto al retiro definitivo de funciones de los servidores públicos de la Rama Judicial el artículo 149 *ibídem*, establece las siguientes causas:

“ARTÍCULO 149. RETIRO DEL SERVICIO. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos:

1. *Renuncia aceptada.*
2. *Supresión del Despacho Judicial o del cargo.*
3. *Invalidez absoluta declarada por autoridad competente.*
4. *Retiro forzoso motivado por edad.*
5. *Vencimiento del período para el cual fue elegido.*
6. *Retiro con derecho a pensión de jubilación.*
7. *Abandono del cargo.*
8. *Revocatoria del nombramiento.*
9. **Declaración de insubsistencia.**
10. *Destitución.*
11. *Muerte del funcionario o empleado.”.*

8.2 – FUNDAMENTO LEGAL DEL RETEN SOCIAL

El fundamento legal, en el cual se establece el llamado reten social, lo encontramos en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en el cual se dispuso lo siguiente.

“ARTÍCULO 12. *Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.”*¹

La anterior norma fue reglamentada mediante Decreto 190 de 2003, en lo relativo a los prepensionables en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12. *Destinatarios. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública no podrán ser retirados del servicio las madres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 1° del presente decreto.”*

“ARTÍCULO 13. *Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública en el orden nacional respetarán las siguientes reglas:*

13.1 Acreditación de la causal de protección

(...)

d) Personas próximas a pensionarse: Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido.

El jefe del organismo o entidad podrá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección.”

La Corte Constitucional ha establecido que la estabilidad laboral reforzada consiste en una:

“... garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de

¹ Texto en negrillas declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

resistencia al despido², el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales.”³

En Sentencia T-325 de 2018 reiteró la Corte Constitucional que la estabilidad laboral de los prepensionados no proviene de un mandato legal sino que es creación constitucional; así mismo indicó que, no basta con ostentar la calidad de prepensionado para gozar de esta protección, pues además se requiere que la terminación del contrato de trabajo ponga en riesgo derechos fundamentales tales como el mínimo vital, debido a la edad en que se encuentra quien es retirado de su puesto de trabajo, lo cual puede conllevar a que sea difícil conseguir un nuevo empleo y por ende satisfacer las necesidades básicas de un hogar.

8.3 – ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA DE BENEFICIARIOS DEL RETEN SOCIAL.

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 691 del 23 de noviembre de 2017, reiteró que los beneficiarios del llamado reten social y que ocupen en provisionalidad un empleo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa. Lo anterior en los siguientes términos:

“90.- En línea con lo anterior, esta Corte mediante sentencia C-640 de 2012 declaró fundadas las objeciones Gubernamentales al Proyecto de Ley N° 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, “por la cual se implementa el retén social, que garantiza la estabilidad laboral a grupos vulnerables y se dictan otras disposiciones”, al considerar que pese a que los sujetos de especial protección constitucional, como las mujeres cabeza de familia nombradas en provisionalidad, gozan de un tratamiento preferente, prevalecen los derechos de las personas que ganan un concurso público de méritos. En esa oportunidad, se examinó una norma que disponía la imposibilidad de separar del cargo de carrera a aquel servidor público próximo a pensionarse y a mujeres cabeza de familia que lo ejercía en provisionalidad, pese a haberse surtido el concurso público de méritos. Así, la Corte Constitucional reiteró en que consiste la garantía de los servidores públicos con estabilidad laboral reforzada, en los siguientes términos:

“Sin embargo, en relación con las madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse (a las que les faltan tres años o menos para cumplir los requisitos), y las personas en situación de discapacidad, nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que tienen derecho a recibir un tratamiento preferencial. Este, consiste en prever mecanismos para garantizar que los servidores públicos en las condiciones antedichas, sean los últimos en ser desvinculados cuando existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupan vacantes. En cualquiera de las condiciones descritas no se 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, pero su condición de debilidad manifiesta hace que la administración deba otorgarles un trato especial.

(...)

No resulta factible, que los funcionarios nombrados en provisionalidad, por encontrarse en alguna de las circunstancias de debilidad que la norma objetada prevé ingresen de manera automática a la carrera administrativa, y por ende, gocen de los mismos beneficios y grado de estabilidad que la ley otorga a quienes han superado con éxito el respectivo concurso de méritos”.

² Ver, entre otros, Américo Pla Rodríguez. Curso de derecho laboral. Montevideo, 1978, Tomo II, Vol I, pp. 250 y ss. Igualmente Oscar Ermida Uriarte. La Estabilidad del Trabajador en la Empresa. ¿Protección real o ficticia? Montevideo: Acali Editorial, 1983, pp 15 y ss.

³ Sentencia C-470 de 1997.

91. - A juicio de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en los casos como los planteados en el presente asunto, se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

En primer lugar, las personas nombradas en cargos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada, por la naturaleza del cargo que desempeñan. Esta misma regla es, en principio, aplicable a las personas nombradas en provisionalidad.

En segundo lugar, a juicio de la Sala Plena, a los cargos de provisionalidad o de libre nombramiento y remoción no le son aplicables reglas de prepensionados o de retén social, menos aún en el caso de profesiones liberales.

Ahora bien, en tercer lugar, cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido (inciso 2º del artículo 43 de la CP), como lo son las madres cabeza de familia que cumplen con los presupuestos establecidos en la sentencia SU-388 de 2005, puede llegar a reconocérseles la garantía de la estabilidad laboral reforzada, claro está, mientras no exista una causal justificativa del retiro del servicio, dado que la protección de la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo, desconozca principios superiores como el mérito que funda el sistema de carrera o que la proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra⁴. De esta manera, la garantía constitucional se sustenta en las siguientes hipótesis:

1. 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 los servidores públicos en provisionalidad, 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.

2. Sin embargo, cuando el servidor que debe ser desvinculado ostenta la calidad de mujer cabeza de familia, la entidad deberá tener en cuenta dos situaciones antes de proceder a la desvinculación:

2.1. Si cuenta con un margen de maniobra, reflejado en vacantes, para la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del ganador del concurso como del servidor público cabeza de familia.

2.2. Si no cuenta con margen de maniobra, la entidad debe generar los medios que permitan proteger a las madres cabeza de familia, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.”

De lo anterior se concluye que la estabilidad laboral reforzada para los tres grupos de población señalados en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, sea decir: los prepensionados, mujeres cabeza de familia y personas en condiciones de discapacidad, es relativa. Dicha protección se relativiza, cuando entran en tensión los derechos del beneficiario del retén social y quien superó el concurso de méritos y como consecuencia de ello le asiste el derecho a ser nombrado en el empleo que ocupa un beneficiario del retén social; en éste evento la protección queda en que dichos grupos de empleados públicos deban ser las últimas personas en ser desvinculadas, siempre que se pueda proteger tanto los derechos del beneficiario del retén social, como de quien quedó en lista de elegibles después de haber agotado las etapas de un concurso de méritos. Pero en todo caso, no puede ser sacrificado el mérito por el retén social.

En consecuencia, si el cargo ocupado por el beneficiario del retén social, es el único vacante, para nombrar a quien superó el concurso de méritos, o quienes superaron el

⁴ Ver sentencias C-174/04, T-081/05, T-162/10 y T-803/13, entre otras.

concurso superan en número a los cargos a proveer, la estabilidad del beneficiario del retén social debe ceder al mejor derecho de quien superó las etapas del concurso de méritos.

9. CASO CONCRETO.

Pretende la parte demandante, se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio número DSEAJIBO17 – 860 del 2 de marzo de 2017 por medio del cual se da por terminado el nombramiento en provisionalidad al señor ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS y el acto administrativo número DSAJIBO17 – 1183 del 24 de marzo de 2017, por medio de la cual se niega al demandante la condición de prepensionado.

Como consecuencia de la nulidad de los referidos actos administrativos, se ordene el reintegro y el pago de los derechos laborales causados y no pagados desde el retiro hasta que se produzca el reintegro efectivo al servicio.

De las pruebas aportadas al plenario se tiene que: mediante resolución No. 0895 de 02 de septiembre de 1999 el señor Velásquez Contreras, fue nombrado para desempeñar el cargo de auxiliar administrativo grado 03 en la Dirección Ejecutiva Seccional de la Rama Judicial (fl 8); luego fue nombrado en provisionalidad, para desempeñar el cargo de auxiliar administrativo grado 05 en la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, mediante resolución No. 001806 del 21 de diciembre del 2005 (fl 7); finalmente fue nombrado en provisionalidad para desempeñar el cargo de Asistente administrativo grado 5 creado mediante acuerdo No. PSAA09-6251 en la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, mediante resolución No. 001929 del 01 de octubre del 2009 (fl 14 a 15).

Mediante oficio DESAJIBO17-860 de fecha 02 de marzo del 2017 el Director Ejecutivo de Administración Judicial, le comunicó al señor Velásquez Contreras, que debía adelantar empalme y entrega del cargo al señor Alexander Páez Williams nombrado en el cargo de asistente administrativo grado 05 en propiedad (fl 2).

Por medio derecho de petición de fecha 07 de marzo del 2017 dirigido al presidente del Consejo Seccional de la Judicatura, el señor Velásquez Contreras, solicitó la protección laboral reforzada prevista en la Ley 790 del 2002, por tener la condición de prepensionado (fl.12) y el día 24 de marzo del 2017 con oficio DESAJIBO17-1183 la dirección Ejecutiva de la entidad niega lo solicitado por el accionante (fl 3 a 5).

La entidad demandada manifiesta que la comunicación entregada al señor ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS, en la que se informaba sobre su desvinculación del cargo, fue motivada por la necesidad de proveer el cargo en propiedad, con uno de los aspirantes de la lista de elegible conformada con base en la convocatoria No. 2 – Acuerdo 398 de septiembre 09 de 2009 y que a pesar que la Dirección Seccional no conoció con anterioridad la condición de prepensionado del señor Aldemar Velásquez, cierto es que su desvinculación en el cargo de Asistente Administrativo grado 5, se presentó entre los últimos de la lista, ya que, con anterioridad a la desvinculación del accionante, se realizaron otros nombramientos en propiedad.

Como prueba de oficio se decretó oficiar a la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, a la cual se encuentra afiliado el demandante, para que allegara la historia de cotizaciones del señor ALDEMAR VÁSQUEZ CONTRERAS identificado con

C.C 14.268.988, prueba que obra a folio 17 a 25 del cuaderno de pruebas de oficio, en donde se plasma que el demandante a fecha del 13 de junio de 2018 tiene un total de semanas cotizadas de 1.275,71.

Se ordenó oficiar al Director Seccional de Administración Judicial para que certifique cuantos cargos de asistente administrativo grado 5 existen en la planta de personal de la seccional de Ibagué y se señale sobre cada uno de ellos quien lo ocupa, si se encuentran vinculados en provisionalidad o en carrera y las fechas y actos administrativos por medio de los cuales se hicieron dichos nombramientos, prueba allegada a folio 1 a 2 del cuaderno de pruebas de oficio. Observándose que en la sección de servicios administrativos área a la cual estaba vinculado el demandante, se encuentran tres (3) cargos de Asistente Administrativo grado 5, de los cuales dos (2) tienen nombramiento en propiedad y uno se encuentra con vinculación en provisionalidad, con fecha de ingreso a la entidad el día 20/1/2003 en el área de servicios públicos, arriendos y publicaciones,

Igualmente se ordenó oficiar a la Oficina de Talento Humano de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Ibagué, para que allegara certificado en el que conste la fecha de vinculación y de desvinculación del señor ALDEMAR VELÁSQUEZ CONTRERAS, pruebas allegada a folios 27 cuaderno de pruebas de oficios, de lo que se observa que la vinculación del demandante fue desde 09/09/1999 hasta el 31/05/2017.

De las pruebas recaudadas en el proceso, se pasa a establecer si la parte demandante logró probar las causales de nulidad alegadas, con la demanda, las cuales fueron falta de motivación y la calidad de prepensionable del demandante.

Respecto a la falta de motivación, se tiene que contrario a lo indicado por la parte demandante, en el oficio DESAJIBO17-860 de fecha 02 de marzo del 2017 el Director Ejecutivo de Administración Judicial, se le indica claramente que su retiro del servicio obedeció al nombramiento en propiedad del señor Alexander Páez Williams, al haber superado las etapas del concurso de méritos.

Al haberle indicado la entidad demandada al demandante, en el acto administrativo de retiro, que aquel, tenía como fundamento el nombramiento en propiedad de quien supero las etapas del concurso de mérito y evidenciarse dentro del proceso que ello fue así; o no ser desvirtuado por la parte demandante, ese hecho así acaecido y manifestado al demandante en el acto administrativo de retiro, es motivación suficiente, para concluir que no fue desvirtuada la legalidad del acto demandado, con la referida causal de nulidad alegada.

Se pasa ahora, a establecer si se encuentra probada la segunda causal de nulidad alegada, que la calidad de prepensionable del demandante al momento del retiro del servicio y el mejor derecho para continuar en el servicio.

Al que al tener el señor Aldemar Velásquez Conteras a la fecha de su desvinculación 1.275,71 semanas de cotización, y 59 años de edad, se concluye que cumplía con los requisitos para tener la condición de prepensionado, pero encontrar probada dicha calidad, por sí sola, no es razón suficiente para declarar la nulidad del acto administrativo, que retira del servicio a un empleado público vinculado provisionalmente a la administración pública

en un cargo de carrera, en virtud a la vinculación de quien superó las etapas del concurso de méritos, para acceder a dicho empleo.

Al evidenciar la entidad pública que un empleado en provisionalidad, cumple con los requisitos de ser beneficiario del retén social, entre los cuales se encuentra tener la calidad de prepensionable, ante la eventualidad de presentarse una causal de retiro del servicio, distinta a aquellas subjetivas, es decir, aquellas que necesitan el concurso conductual del empleado público: como la renuncia, sanción disciplinaria y penal entre otras; el retiro del servicio como en el evento de la causal por nombramiento de quien superó el concurso de méritos para ocupar el empleo público vacante y ocupado temporalmente por un beneficiario del retén social, nombrado en el cargo en provisionalidad debe estar precedido por actuaciones positivas de la entidad en aras de conservar en el empleo a ese grupo poblacional de empleados públicos, en ello consiste la estabilidad laboral relativa con que cuenta este grupo de empleados públicos.

La acción positiva que se demanda de la entidad pública, para conservar en el empleo a los beneficiarios del retén social, es que la entidad debe realizar todas las gestiones para protegerle ese derecho, que se concreta en que los beneficiarios del retén social, sean las últimas personas a desvincular por el nombramiento de las personas que ganaron el concurso de mérito.

El caso que nos ocupa, la entidad demandada manifiesta que no obstante a la fecha de realización del concurso, el demandante no tenía la calidad de prepensionable; éste fue una de las últimas personas en ser desvinculadas en razón al nombramiento de los participantes que superaron las etapas del concurso.

Aunado a lo anterior, de las pruebas allegadas se observa que en la planta de empleos de la entidad Seccional Tolima, al momento del retiro del servicio del aquí demandante, existía específicamente un cargo de Asistente Administrativo grado 5 en la misma área en la cual estaba asignado el demandante, ocupado por una persona en provisionalidad, vinculada a dicho cargo el día 20/01/2003. Así las cosas, se podría en principio decir que la Administración debía ubicar al demandante para proteger su derecho en ese cargo ocupado por un empleado en provisionalidad, sin embargo como se ha indicado, son tres grupos de empleados que conforman el llamado reten social: los prepensionados, mujeres cabeza de familia y personas en condiciones de discapacidad; así mismo no hay prueba que nos permita indicar que los empleados que se encuentra provistos en provisionalidad tenían esa condición a la fecha de retiro del demandante.

En virtud del principio de la carga de la prueba⁵; estaba en cabeza de la parte demandante, a través de su actividad probatoria propositiva y proactiva, demostrar en el curso del proceso, que los empleos vacantes y con nombramientos en provisionalidad no tenían tal condición (reten social) al momento de su desvinculación y además que a él por su condición le asistía mejor derecho a seguir en el servicio público, respecto de quienes ocupaban en provisionalidad dichos empleos, a la fecha de su retiro del servicio, dado que no se desplegó esfuerzo probatorio en la demanda en tal sentido; así mismo, agotado el proceso, no se advierte prueba en dicho sentido.

⁵ Artículo 167 del Código General del Proceso.

Así las cosas, si bien se encuentra probado la calidad de beneficiario del retén social del demandante (prepensionable) y la existencia de empleos vacantes provistos con nombramientos en provisionalidad, no obstante, no se probó que a la fecha en que fue retirado del servicio el demandante, el sr Velásquez por su condición le asistía mejor derecho a seguir en el servicio público, respecto de quienes ocupaban en provisionalidad dichos empleos.

Lo anterior es suficiente para concluir, que la segunda causal de nulidad alegada, sea decir, la calidad de prepensionable del demandante, no tiene la virtualidad de eficiencia para anular los actos administrativos demandados.

10. RECAPITULACIÓN

De conformidad con lo expuesto en precedencia, como quiera que no se probaron las causales nulidad invocadas por la parte demandante se negarán las pretensiones de la demanda; toda vez que si bien el demandante probó su calidad de prepensionable al momento del retiro del servicio; no probó que la entidad procedió a nombrar a quien supero el concurso de méritos en el empleo por él ocupado, dejando vinculado en otro empleo vacante igual a aquel que ocupaba, a una persona respecto de la cual, se hubiese demostrado que él actor tenía mejor derecho para continuar ocupando el empleo público.

11. COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del CGP dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte actora en la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, para lo cual se fija la suma al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones, como agencias en derecho.

TERCERO. En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento y archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

CUARTO: Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo dispone el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Se acepta renuncia al poder de Acéptese la renuncia presentada por el Dr. Franklin David Ancinez Luna, como apoderado de la parte demandada (Rama Judicial), de conformidad con el memorial visto en el folio 234 del cuaderno principal del expediente, **requiérase** a la entidad demandada para que designe apoderado que represente sus intereses.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez