

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., ocho (08) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

EXPEDIENTE No.: 11001-33-42-046-2016-00660-00
DEMANDANTE: JAVIER EDUARDO ROZO MUÑOZ
DEMANDADO: FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS,
CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP -

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor JAVIER EDUARDO ROZO MUÑOZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía N°. 1.019.041.116 expedida en Bogotá D.C., a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG -, con el fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

En la demanda se formularon las siguientes:

“1. Declarar nula la Resolución 0059 del 28 de junio de 2.016 que terminó el nombramiento provisional del señor JAVIER EDUARDO ROZO MUÑOZ en el empleo de Técnico Operativo – Nivel Técnico – Código 314 – Grado 09.

2. Como consecuencia, para el restablecimiento del derecho, la entidad demandada reintegrará al señor JAVIER EDUARDO ROZO MUÑOZ al cargo de TECNICO OPERATIVO Código 314 Grado 09 del FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP, o en otro cargo de igual o superior categoría y sueldo que ocupaba en esta entidad pública cuando se produjo el retiro mediante el acto administrativo acusado.

3. La demandada pagará a favor del demandante una suma de dinero equivalente a los sueldos, primas, bonificaciones, subsidios, auxilios, vacaciones, prestaciones sociales, y todos los demás derechos remunerativos laborales dejados de percibir desde el primero (1º) de julio de dos mil dieciséis (2.016), hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro al servicio.

4. Para todos los efectos salariales y prestacionales, se considere que no ha existido interrupción o solución de continuidad en la prestación de los servicios del demandante para con la demandada durante todo el tiempo en que haya permanecido retirado del servicio a causa de los actos administrativos de los cuales se solicita el respectivo control de legalidad.

5. La liquidación de los reconocimientos salariales y prestacionales serán ajustados a su valor real teniendo como base la variación del índice de precios al consumidor, mes a mes, conforme a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y al inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Las cantidades líquidas reconocidas, devengarán intereses, comerciales y moratorios, conforme al artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a la sentencia C-188 de marzo 29 de 1999 proferida por la Corte Constitucional.”.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

“1. Mediante resolución 003386 del 8 de abril de 2.013, el señor JAVIER EDUARDO ROZO MUÑOZ fue nombrado en provisionalidad para ejercer el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 18.

2. Luego, mediante resolución 003684 del 31 de mayo de 2.013, el señor JAVIER EDUARDO ROZO MUÑOZ fue nombrado en provisionalidad para ejercer el cargo de Técnico Operativo – Nivel Técnico- Código 314 Grado 15 para cubrir la vacancia temporal generada en el empleo mencionado y de la cual era titular la señora CLAUDIA ELENA DIAZ BUITRAGO.

3. Por Resolución número 0059 del 28 de junio de 2.016, la Dirección General del FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP, resolvió dar por terminado el nombramiento provisional a mi representado JAVIER EDUARDO ROZO MUÑOZ en el empleo Técnico Operativo – Nivel Técnico – Código 314 – Grado 09 a partir del 1º de julio de 2.016.

4. La demandada motivó el acto de remoción en el hecho que la señora CLAUDIA ELENA DIAZ BUITRAGO permaneció en encargo hasta el 13 de mayo de 2.015 y mediante resolución 0986 del 14 de mayo de 2.015 fue nombrada en un empleo de la planta temporal hasta el 31 de marzo de 2.015, es decir, que no volvió al empleo del cual era titular y que ocupaba mi representado.

5. También motivó el acto, que mediante Resolución número 0628 del 31 de marzo de 2.016, le fue prorrogado el nombramiento a CLAUDIA ELENA DIAZ BUITRAGO en el empleo de la planta temporal hasta el 30 de junio de 2.016, es decir, la vacante que cubría mi representado en provisionalidad pasó de ser temporal a definitiva.

6. Cuando la señora CLAUDIA ELENA DIAZ BUITRAGO aceptó el nombramiento en provisionalidad hecho mediante resolución 0986 del 14 de mayo de 2.015, renunció tácitamente a su empleo de carrera que ocupaba mi representado en provisionalidad.

(...)

8. La remoción de mi representado no obedeció a ninguna de las causas legales para ser removido de su empleo en carácter de provisionalidad.

9. La decisión de remoción no es un acto de poder, como tampoco de ejecución, por lo tanto, la entidad en cumplimiento de un deber legal, debió manifestar en el acto acusado, que procedía el recurso de reposición ante el nominador de la entidad, dando así cumplimiento al debido proceso y a los principios estipulados en el artículo 3º de la Ley 1437 de 2.011.

10. El sueldo básico del demandante para el año que avanza 2.016 es de \$1'838.863,00

11. Se agotó el requisito de procedibilidad ante el señor Procurador 195 Judicial I, quien declaró fallida la conciliación y de la cual se anexa el original del acta correspondiente. ”.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 2, 4, 25, 29, 43, 46, 47, 48 y 125 de la Constitución Política.

De orden legal y reglamentario: Decreto Ley 2400 de 1968, Decreto 1950 de 1973, Ley 100 de 1993, Ley 443 de 1998, Decreto 1572 de 1998, Ley 734 de 2002. Decreto 2504 de 1999 artículo 4 y Decreto 1677 de 2000. Artículos 3, 5, 44 a 48, y 50 a 61 del Código Contencioso Administrativo. Ley 909 de 2004.

1.1.4 Concepto de violación

El apoderado de la parte actora, considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, de acuerdo a las consideraciones que a continuación se sintetizan:

- El cargo que ocupaba el accionante, era de carrera administrativa provisto con su nombre mediante nombramiento provisional. La normatividad actual que regula todo lo relacionado con la administración de personal de empleados públicos que ocupan cargos de carrera no contempla los nombramientos provisionales como forma regular para proveer los empleos de carrera. Solamente es posible efectuar nombramiento provisional en aquellos casos en que el empleo esté vacante temporalmente.
- El cargo que ejercía en provisionalidad el señor Javier Rozo, en el FONCEP se encuentra en vacancia definitiva, dado que su titular aceptó otro nombramiento en provisionalidad.
- El acto acusado impidió o negó el derecho que tenía el demandante de conocer e interponer los recursos en la vía administrativa al no inscribir en el acto acusado, los recursos que procedían contra ese acto administrativo y al no habérselos notificado de manera personal al afectado, se vulneró el debido proceso, estando obligado a hacerlo por orden legal.
- El cargo que ocupaba el demandante no podía ser ocupado por la persona que renunció tácitamente al mismo cuando aceptó otro nombramiento en la planta temporal y tampoco ha sido cubierto con la persona que haya ocupado el primer lugar en concurso de méritos, por lo tanto, la decisión tomada de retirar a mi poderdante del servicio es ilegal

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

El apoderado de la entidad demandada en memorial visible a folios 36-43 contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, en consideración a que el acto administrativo demandado lejos de vulnerar la normatividad vigente, expresaba los motivos por las cuales este no podía continuar en el cargo, siendo estas, el hecho de que el funcionario de carrera administrativa que ocupaba el cargo en propiedad volvía al mismo. La desvinculación del señor Rozo no obedeció a una actitud caprichosa de la administración, por el contrario, se ciñó a cada una de las reglas establecidas para poder retirar el mismo.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.3. Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Ratifica los argumentos contenidos en la demanda, en especial los relacionados con la renuncia tácita presentada por la titular del cargo – Claudia Helena Díaz Buitrago -, dado que aquella fue nombrada y tomó posesión en encargo en otro cargo, quedando así en vacancia definitiva el cargo de Técnico Operativo Nivel Técnico – Código 314 – Grado 09, del cual venía

desempeñando el señor Javier Eduardo Rozo. Finalmente, manifestó que se deben acoger las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Ratifica los argumentos esbozados en la contestación de la demanda.

Ministerio Público: Guardó silencio.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer *Si el FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP - al expedir el acto administrativo acusado, a través del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad efectuado al señor JAVIER EDUARDO ROZO MUÑOZ, se ajustó a la Constitución y la Ley, o si por el contrario, tal como lo afirma la demandante dicho acto incurrió en las causales de nulidad aducidas en la demanda.*

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- Mediante resolución N°. 003684 de 31 de mayo de 2013¹, se nombró en provisionalidad al señora Javier Eduardo Rozo para desempeñarse en el empleo de Auxiliar Administrativo – Nivel Asistencial – Código 407 – Grado 18.

¹ Folios 4-5

- Por resolución N°. 0059 de 28 de junio de 2016², se da por terminado el nombramiento en provisionalidad efectuado al señor Javier Eduardo Rozo.

2.3 Marco Normativo y jurisprudencial.

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1 Vinculación al empleo público. - Provisionalidad.

El artículo 122 de la Constitución Nacional determina que no existe empleo público que tenga funciones previamente señaladas en la ley o reglamento. A su vez el artículo 125 ibídem, determina que los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera administrativa, salvo aquellos que son de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.

Así, el artículo 125 de la constitución política desarrolla una clasificación de provisión de cargos, determinando como regla principal, que los empleos de los órganos y entidades del estado cargos son de carrera administrativa.

“ARTICULO 125. 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 público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo 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.

² Folio 6.

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

PARAGRAFO. Adicionado por el Acto Legislativo 1 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 este fue elegido.” (Negrita del despacho).

De lo anteriormente precisado, se infiere que la Constitución Política no sólo contempla la clasificación de los empleos, sino las formas de ingreso y retiro, haciendo hincapié en los empleos de carrera administrativa, para lo cual dispone, que el retiro de aquellos funcionarios que ocupen dichos cargos sólo podrán efectuarse, entre otras causales, por la calificación no satisfactoria del empleo.

Con anterioridad a la expedición de la Carta Constitucional, el artículo 5 del Decreto 2400 de 1968, establecía las clases de nombramiento, para lo cual ordenó:

“ARTICULO 5. Para la provisión de los empleos se establecen tres clases de nombramientos. Ordinario, en período de prueba y provisional. Las designaciones para empleos de libre nombramiento y remoción tendrán el carácter de nombramientos ordinarios. La autoridad nominadora, en todo caso, tendrá en cuenta para proveerlos que la persona en quien recaiga el nombramiento reúna las calidades exigidas para el ejercicio del cargo. Los nombramientos para empleos de carrera se producirán en períodos de prueba y recaerán en las personas que sean seleccionadas mediante sistema de mérito, de acuerdo con los reglamentos de cada carrera. Una vez que la persona designada haya superado satisfactoriamente el período de prueba y que su nombre sea inscrito en el respectivo escalafón, será ratificado en su cargo como empleado de carrera. Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera. El período provisional no podrá exceder cuatro meses.” (Negrita del Despacho).

Ahora bien, el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968 determina, entre otras, como causal de retiro la **declaratoria de insubsistencia del nombramiento**, aspecto frente al cual se precisa en el artículo 26 ibídem, que en todo caso la persona o el funcionario que no pertenezca a la carrera administrativa, podrá ser declarado insubsistente, sin necesidad de motivar el acto administrativo, sin embargo, se debe dejar constancia de las causas y el hecho que lo produjo en la hoja de vida.

No obstante lo anterior, la Ley 909 del 2005 y el Decreto 1227 del mismo año, advierten que siempre se debe motivar el acto administrativo por medio del cual se declara la insubsistencia de un funcionario que desempeña un cargo en provisionalidad. Al respecto es preciso traer a colación el artículo 10º del mencionado decreto, que a su tenor literal señala:

“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.”

En consecuencia, la declaratoria de insubsistencia de un funcionario público que se desempeñe en provisionalidad, debe estar debidamente motivada, y dicha motivación deben obedecer a razones del buen servicio, o a las causales establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2005.

2.3.2. Vinculación al empleo público. – Encargo – diferencias

La Ley 443 de 1998, en su artículo 8º establece los eventos en los que procede el encargo y el nombramiento en provisionalidad, señalando lo siguiente:

*“Artículo 8º Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales. En caso de vacancia definitiva, el encargo o el **nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo.***

Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera, tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente Ley.

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

*Cuando se presenten vacantes en las sedes regionales de las entidades y en éstas no hubiere un empleado de carrera que pueda ser encargado, **se podrán efectuar nombramientos provisionales en tales empleos.***

***Parágrafo.** Salvo la excepción contemplada en el artículo 10 de esta Ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos*

provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos.”
(Negrita y subraya no original)

Igualmente, el artículo 9 de la citada ley dispone lo siguiente:

“Artículo 9º.- Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera, cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, sólo podrán ser provistos en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera.”

De lo expuesto, advierte el Despacho que el nombramiento en provisionalidad surge de la vacancia temporal o permanente de un cargo de carrera administrativa, siempre y cuando no exista la posibilidad de designar en encargo a un funcionario de carrera que cumpla los requisitos, por tal razón, es posible afirmar que dicho tipo de nombramiento es residual del encargo. Igualmente, se evidencia que la designación por encargo o en provisionalidad por vacancia definitiva del cargo está condicionada y supeditada en el tiempo, pues dicho nombramiento se efectúa mientras se agota el respectivo concurso de méritos que permita proveer el empleo de manera definitiva o en su defecto cuando el titular del cargo. En tratándose de vacancia temporal del cargo el encargo y la provisionalidad terminaran cuando el titular del empleo haya superado la situación administrativa.

Los anteriores postulados fueron recogidos por los artículos 24³ y 25⁴ de la Ley 909 de 2004. Sin embargo, encuentra el despacho que existe una diferencia sustancial entre la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2005, pues en esta última por regla general, el nombramiento en provisionalidad sólo puede efectuarse para

³ ARTÍCULO 24. ENCARGO. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

⁴ ARTÍCULO 25. PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”

proveer vacantes de manera temporal, dado que en tratándose de vacantes de carácter definitiva solo procede el encargo.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ha señalado que el nombramiento en provisionalidad de ninguna manera puede conllevar los derechos que otorga la carrera administrativa, sino que por el contrario, es temporal y precario, sin embargo, tienen un fuero de estabilidad relativo, en el sentido que el acto administrativo debe motivarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y en la ley. En efecto, dicha corporación en sentencia del 04 de abril de 2008, señaló:

*“Es reiterado el criterio jurisprudencial del H. Consejo de Estado, en esta materia, según el cual, si quien es nombrado en provisionalidad accede a esa condición por libre nombramiento del nominador, sin procedimiento alguno especial, ni motivación, su remoción, siempre que medien razones del buen servicio, sigue la misma suerte. Cuando estamos frente a un nombramiento provisional, para cuyo ingreso no medió el concurso público de méritos, no puede exigirse respeto de las normas de carrera ni estabilidad alguna, **tampoco que su remoción esté precedida por la ritualidad de la desvinculación reglada para los empleados de carrera, que sí tienen un relativo fuero de estabilidad en los términos legales y su 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 y en la ley.**”⁵ (Subrayado y negrillas no originales).*

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 18 de abril de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, respecto de la motivación de insubsistencia de un funcionario que se desempeñaba en provisionalidad, indicó:

“(…) - Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha entendido que los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción⁶. Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.

⁵ Sentencia de 04 de abril de 2008, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, M.P. Amparo Oviedo Pinto, Exp.: 2004-09204, Actor: Yaneth Maritza Najar Monroy.

⁶ Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; C-734 de 2000 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-519 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-610 de 2003 MP: Alfredo Beltrán Sierra. T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-660 de 2005 MP: Jaime Córdoba Triviño.

- Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada⁷. Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo⁸.(...)" (Negrillas del Despacho)

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

3. CASO CONCRETO

De lo demostrado en el proceso, se tiene que mediante resolución N°. 3684 de 31 de mayo de 2013 el señor Javier Eduardo Rozo Muñoz fue nombrado provisionalmente para desempeñarse en el cargo de Técnico Operativo – Nivel Técnico – Código 314 – grado 09. Posteriormente, por resolución N°. 0059 de 28 de junio de 2016, el FONCEP dispuso terminar el nombramiento en provisionalidad del señor Javier Eduardo Rozo Muñoz.

⁷ En la sentencia T-081 de 2006 MP: Alfredo Beltrán Sierra se reiteró la anterior posición y se recordó la jurisprudencia que así lo ha establecido desde tiempo atrás: "Para la Corte, si bien la Constitución otorga esta facultad al Fiscal General de la Nación, no debe desconocerse que dicha potestad no puede ejercerse sino "de conformidad con la ley" y aunque es discrecional no debe interpretarse como arbitraria. Al respecto en sentencia C-031 de 1995 se dijo:

"No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.

Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho, que de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, constituye una de las causales de procedencia de la acción de nulidad de los actos administrativos."

⁸ Sentencia T-1310 de 2005 MP: Álvaro Tafur Galvis: "En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar." A su vez la sentencia T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández dijo: "La Corte ha precisado que un empleado o funcionario de carrera sólo puede ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley. Así, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario de un cargo de carrera administrativa o judicial debe ser motivado." Ver, entre otras, sentencias; T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-1206 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentería; y T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

Igualmente se encuentra acreditado que por Resolución No 000986 del 14 de Mayo de 2015 se nombró con carácter temporal en el empleo de Técnico Operativo a la señora Claudia Elena Diaz Buitrago, quien es funcionaria de carrera administrativa, siendo la fecha de vigencia de este nombramiento es hasta el 31 de marzo de 2016.

Tal como lo señala la Resolución No 628 de 31 de marzo de 2016 la Junta Directiva mediante Acuerdo No. 003 del 31 de marzo de 2016, prorrogó la vigencia de 89 empleos temporales de los creados mediante Acuerdo N° 13 del 27 de septiembre de 2012, hasta el 30 de junio de 2016 y por tanto autorizó la prórroga de los nombramientos realizados en esos empleos, lo que conllevó prorrogar la vigencia del nombramiento efectuado a la señora Claudia Elena Diaz Buitrago en el empleo de Técnico Operativo, hasta el 30 de junio de 2016.

Atendiendo lo anterior, se encuentra que no le asiste la razón a la parte actora, como quiera que según lo dispuesto por el nominador el nombramiento efectuado en favor del señor Javier Eduardo Roza Muñoz en el empleo denominado Técnico Operativo – Nivel Técnico – Código 314 – grado 09, tuvo como causa la designación en encargo de su titular, esto es, la señora Claudia Elena Díaz, para desempeñarse en el empleo de Técnico Operativo - Nivel Técnico – Código 314 – grado 15. En consecuencia, se observa que respecto de la señora Claudia Elena Díaz Buitrago existía una situación administrativa, cual es, el encargo temporal.

Así entonces, se tiene que el nombramiento en provisionalidad efectuado en favor del actor se dio con ocasión de la vacancia temporal de la titular del cargo en propiedad y carrera administrativa, permitiéndose entonces, concluir que no es posible atender el argumento expuesto por el apoderado de la parte demandante respecto de la aparente renuncia tácita de la señora Claudia Buitrago, por cuanto, la existencia de una situación administrativa, como lo es el encargo, no genera renuncia alguna al empleo, y menos aún, renuncia a derechos de carrera, como quiera que la finalidad del encargo es otorgar al funcionario de carrera la posibilidad de ascender de manera temporal.

Luego, al estar el titular del cargo desempeñándose en encargo se genera una vacancia temporal respecto del empleo que aquel ocupa en carrera

administrativa, por tanto, no es posible jurídicamente hablarse de renuncia tácita, pues se reitera, a través del encargo, no se produce vacancia definitiva del cargo.

En efecto, observa el despacho que en el acto administrativo de nombramiento se advierte lo siguiente:

“Que mediante Resolución No. 3326 del 01 de Abril de 2013 fue encargada CLAUDIA ELENA DIAZ BUITRAGO en el cargo de Técnico Operativo — Nivel Técnico — Código 314 - Grado 15, razón por la cual el cargo de Técnico Operativo — Nivel Técnico — Código 314 - Grado 09 del cual es titular se encuentra en vacancia temporal.

Que con el fin de garantizar la prestación del servicio se hace necesario nombrar en provisionalidad a JAVIER EDUARDO ROZO MUÑOZ identificado con la cedula de ciudadanía No. 1.019.041.116 de Bogotá, en el cargo de Técnico Operativo — Nivel Técnico — Código 314 - Grado 09, a partir de la fecha de posesión y hasta que dure el encargo del titular.” (Negrita no original)

Lo anterior evidencia que desde el momento mismo del nombramiento el demandante tenía conocimiento que su nombramiento era de carácter temporal es decir, durante el tiempo que la señora Claudia Elena Díaz Buitrago mantuviera la situación administrativa que la apartaba temporalmente de su empleo, esto es, el encargo sobre el cargo de Técnico Operativo — Nivel Técnico — Código 314 - Grado 15. En consecuencia, mal podría desconocer la parte actora la situación administrativa que tenía la titular del cargo, aduciendo para ello, una renuncia tácita al cargo que para el caso es inexistente.

Finalmente, precisa el despacho que el retiro del servicio del demandante como se plasmó en la Resolución N°. TH -0059 de 28 de junio de 2016, obedeció a la terminación del encargo de la señora Claudia Elena Díaz Buitrago, quien debió retornar al cargo del cual era titular, es decir, al que ocupaba el señor Javier Eduardo Rozo Muñoz cargo para el que este fue designado “a partir de la fecha de su posesión y hasta que dure el encargo de la titular.”

Se advierte, que la parte demandante no acreditó que la señora Claudia Elena Díaz Buitrago no hubiera retornado al cargo de Técnico Operativo — Nivel Técnico — Código 314 - Grado 15 como se indicó en la resolución N°. TH -0059 de 28 de junio de 2016. Contrario a ello, la parte demandada si demostró que mediante resolución N°. SFA -TH 0175 de 01 de agosto de 2016, la señora Díaz Buitrago fue designada bajo la figura del encargo para desempeñarse como

Técnico Operativo — Nivel Técnico — Código 314 - Grado 15, empleo cuyo titular es el señor Luis Eduardo Peña.

En consecuencia, se observa que la entidad demandada al expedir la resolución N°. TH -0059 de 28 de junio de 2016, no incurrió en falsa motivación, dado que los motivos allí consignados se ajustaron a los postulados legales y constitucionales señalados en el marco normativo, en especial, los relacionados con la temporalidad del nombramiento efectuado al demandante.

Decisión

Atendiendo a lo expuesto, se concluye que el señor Javier Eduardo Rozo Muñoz no tiene derecho a ser reintegrado al cargo que venía desempeñando al momento del retiro del servicio, comoquiera que la N°. TH -0059 de 28 de junio de 2016, no incurrió en las causales de nulidad aducidas en la demanda, bajo el entendido que en ningún momento se produjo la vacancia definitiva del cargo que aquel desempeñaba. Al contrario se demostró en el plenario que titular del cargo, esto es, la señora Claudia Elena Díaz Buitrago, se encontraba en encargo, por tanto, dicho empleo solo podía ser proveído de manera temporal, mientras subsistiera la situación administrativa configurada en favor de su titularidad.

En estas condiciones, al no probarse las causales de nulidad aludidas por la parte demandante, serán negadas las pretensiones de la demanda, razón con por la cual, la presunción de legalidad del acto acusado se mantendrá incólume.

Condena en costas.

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *“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.”*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el

juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones⁹ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección “B”, Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

* Subsección “B”, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez, Demandado: Administradora Colombiana De Pensiones (COLPENSIONES).

* Subsección “B”, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia de 1) de enero de 2017, Rad. N°. 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

* Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°. 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo. Demandado: Municipio de Medellín.

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de acción ejercido por la demandante estuvo orientado a declarar la nulidad del acto acusado, y si bien sus argumentos no prosperaron, son jurídicamente razonables.¹⁰

De igual forma, en lo que concierne a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

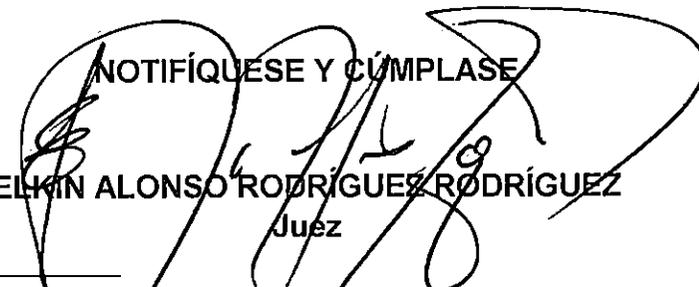
FALLA

PRIMERO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

CUARTO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

¹⁰ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: María Elena Mendoza Sotelo. Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional