

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2018-00510-00
DEMANDANTE: IGNACIO ANTONIO JAVELA
**DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO
SUPERIOR DE LA JUDICATURA**

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 Ignacio Antonio Javela Pérez, identificado con la Cédula de Ciudadanía N°. 1.120.566.252 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 la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 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 pretensiones que a continuación se resumen:

1. Que se declare la nulidad del Acuerdo No. 029 del 05 de junio de 2018, proferido por el Presidente y la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual fue declarado insubsistente del cargo al señor Ignacio Antonio Javela Pérez, en el cargo de Escribiente Grado 09, adscrito a la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura.
2. Que como consecuencia de la anterior pretensión, y a título de restablecimiento del derecho, se reintegre al señor Ignacio Antonio Javela Pérez al mismo cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación o en otro de igual o superior jerarquía.
3. Que se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar a favor del señor Ignacio Antonio Javela Pérez, todos los sueldos, bonificaciones y demás prestaciones salariales y sociales dejadas de percibir desde la fecha de declaratoria de insubsistencia y hasta la fecha en la que sea reincorporado al servicio, incluyendo los incrementos.
4. Que se declare que desde la fecha de la declaratoria de insubsistencia y hasta la fecha de reincorporación no existió solución de continuidad en la prestación del servicio.
5. Que se indexen los valores reconocidos en favor del demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 del C.P.A.C.A., hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia.
6. Que las condenas se paguen en los términos de los artículos 187 inciso 4, 192 inciso 2, 195 numeral 4 y 298 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.), o en su defecto se deberá reconocer y pagar los intereses moratorios de conformidad con lo establecido en el Código General del Proceso.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos que a continuación se sintetizan:

1. El señor Ignacio Antonio Javela Pérez, mediante Acuerdo No. 011 de 30 de enero de 2017, proferido por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; fue designado para desempeñar el cargo de Escribiente Grado 09, en provisionalidad.
2. Mediante el Acuerdo No. 029 del 05 de junio de 2017, se declaró insubsistente al señor Ignacio Antonio Javela Pérez, en el cargo de Escribiente Grado 9.

3. El día 05 de junio de 2018, el presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, le entregó personalmente al demandante el Oficio N°. SJ-MS 19232, a través del cual se le comunicó la declaratoria de insubsistencia. No obstante, se omitió entregar copia del acto administrativo de insubsistencia, el cual sólo fue obtenido mediante el ejercicio del derecho de petición.
4. La declaratoria de insubsistencia se realizó dentro el periodo de ley de garantías.
5. Para la fecha de su desvinculación, el demandante devengaba un salario de \$3'593.092, equivalente a \$2'202.703 por concepto de sueldo o asignación básica y \$1'390.388 por concepto de Bonificación Judicial.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 2, 6, 25, 29, 122, 123 y 125 de la Constitución Nacional.

De orden legal y reglamentario: Ley 996 de 2005.

1.1.4 Concepto de violación¹.

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

- La declaratoria de insubsistencia del demandante se produjo en un periodo en el cual está prohibida la modificación de la nómina estatal, como lo es la época previa a elecciones, según lo determinado en la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías). La declaratoria de insubsistencia y el posterior nombramiento de otra persona en un mismo cargo, no hace parte de las excepciones previstas en la citada ley.
- Igualmente, advierte que el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia de un funcionario designado en provisionalidad debe motivarse y sustentarse en las necesidades del servicio.

¹ Folios 4-7.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda²

La Nación – Rama Judicial contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones allí contenidas. Como fundamento de defensa, la entidad demandada señaló que el acto administrativo acusado se ajustó a la normatividad vigente, en tanto que, por un lado, las prohibiciones contenidas en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, son aplicables a la rama ejecutiva, y de otra parte, con la declaratoria de insubsistencia del demandante se propendió con el mejoramiento del servicio. Además, sostiene que el acto administrativo demandado no incurrió en desviación de poder, falsa motivación o violación de la constitución y la ley.

1.2.2 Audiencia Inicial³

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A. Además, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate.

1.2.3. Audiencia de pruebas⁴

En la audiencia de pruebas, el despacho corrió traslado a las partes de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas al expediente. Asimismo, se tomaron las declaraciones de los testigos y el interrogatorio de parte del señor Ignacio Antonio Javela Pérez. Finalmente, se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, dispuso la presentación de alegatos por escrito.

1.2.4 Alegatos

Se presentaron en forma escrita, así:

² Folios 60-78.

³ Folios 108-112.

⁴ Folios 120-123.

Parte demandante⁵: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Preciso que de conformidad con las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso, se evidenció que, pese a las razones objetivas planteadas en el acto administrativo acusado, los testimonios dan fe que el retiro obedeció a razones personales que no fueron expuestas en aquel.

La parte demandada⁶: Ratificó los fundamentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda. Además, indicó que, de acuerdo al material probatorio allegado al expediente, se acreditó que la decisión adoptada en el acto administrativo demandado se realizó en atención al mejoramiento del servicio, toda vez que el desempeño del señor Javela Pérez era deficiente.

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

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 se pretende establecer: Si el señor Ignacio Antonio Javela Pérez tiene derecho a ser reintegrado al cargo de Escribiente Grado 9, de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

2.2 Hechos probados

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

- Mediante Acuerdo N°. 011 de 30 de enero de 2017⁷, el Presidente de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura nombró al señor Ignacio Antonio Javela Pérez para ejercer el cargo de Escribiente Grado 09, adscrito a la Secretaría de la sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a partir del 01 de febrero de 2017.

⁵ Folios 126-129.

⁶ Folios 124-125.

⁷ Folio 7 anexo II.

- El demandante tomó posesión del cargo el día 31 de enero de 2017, pero con efectos fiscales a partir del 1º de febrero de 2017⁸.
- Por Acuerdo No. 029 de 05 de junio de 2018⁹, proferido por el Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, se declaró insubsistente el nombramiento del señor Ignacio Antonio Javela Pérez del cargo de Escribiente Grado 09, adscrito a la Secretaría de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.
- A través del Oficio No. SJ-MS 19232 del 05 de mayo de 2018¹⁰, le fue comunicado al actor el contenido del Acuerdo N°. 029 de 05 de junio de 2018, por medio del cual se declaró insubsistente en el cargo de Escribiente Grado 09, adscrito a la Secretaría de la sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.
- En reemplazo del señor Ignacio Antonio Javela Pérez, se designó a Anny Carolina Ortegón Reyes.

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.

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.

⁸ Folio 6 de cuaderno anexo II.

⁹ Folios 3-5 de cuaderno anexo II.

¹⁰ Folio 27 de cuaderno anexo II.

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.

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.”. (Énfasis agregado).

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.” (Énfasis agregado).

Ahora bien, el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968 determina, entre otras, como causal de retiro la **declaratoria de insubsistencia del nombramiento**. El artículo 26 ibídem, dispone 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.

El artículo 7º de la Ley 443 de 1998, determina los eventos en los que procede el encargo y el nombramiento en provisionalidad, para lo cual dispone lo siguiente:

“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.” (Énfasis agregado)

A su vez, el artículo 9º dispone:

“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. De modo que, 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, el encargo y la provisionalidad terminaran cuando el titular del empleo haya superado la situación administrativa.

Los anteriores postulados fueron recogidos por los artículos 24¹¹ y 25¹² 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 proveer vacantes de manera temporal, dado que en tratándose de vacantes de carácter definitiva solo procede el encargo.

¹¹ 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.

¹² 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.”*

Asimismo, 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.

Sobre el particular 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. Pese a ello, sostiene que los funcionarios nombrados en provisionalidad tienen un fuero de estabilidad relativo, en el sentido que el acto administrativo debe motivarse en razones del buen servicio y por las causales establecidas en la constitución y 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.**”¹³ (Énfasis agregado).

¹³ 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.

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 remoción¹⁴. 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.

- 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 desvinculada¹⁵. 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 cargo¹⁶.(…)”.

14 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.

15 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.”

16 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;

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 Acuerdo N°. 011 de 30 de enero de 2017, el Presidente de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura designó al Ignacio Antonio Javela Pérez para desempeñarse en el cargo de Escribiente Grado 09, en provisionalidad, empleo del cual tomó posesión el 31 de enero de 2017, con efectos fiscales a partir del 01 de febrero de 2017.

Posteriormente, por Acuerdo N°. 0029, el Presidente de la Sala Disciplinaria decidió declarar insubsistente el nombramiento efectuado al señor Ignacio Antonio Javela Pérez, del cargo de Escribiente, Grado 9; por mejoramiento del servicio. Y, además, se nombró a la Anny Carolina Ortega Reyes para ocupar el referido cargo, atendiendo a sus mayores calidades profesionales.

En la demanda, la parte actora alega que el acto administrativo acusado incurrió en violación de la ley, por cuanto, el retiro se produjo en un periodo previo a elecciones, en el cual, de acuerdo a la Ley de Garantías (Ley 996 de 2005), no es posible vincular nuevos funcionarios. Además, sostiene que el acto administrativo demandado no propendió por el mejoramiento del servicio.

Respecto de la prohibición contenida en el artículo 32¹⁷ de la Ley 996 de 2005 (denominada como Ley de garantías), se tiene que dicho artículo hace referencia a la imposibilidad de vinculación estatal que afecte la nómina estatal para la rama ejecutiva. De modo que dicho artículo no es aplicable a la rama judicial, razón suficiente para desestimar la tesis expuesta por la parte actora relacionada con la ilegalidad del acto administrativo, derivada de la vulneración del artículo citado.

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.

¹⁷ **ARTÍCULO 32. VINCULACIÓN A LA NÓMINA ESTATAL.** <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

PARÁGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos.

Ello atendiendo que, el Consejo Superior de la Judicatura, según lo dispuesto en los artículos 254 y siguientes de la Constitución Política pertenece a la rama judicial del poder público.

Ahora bien, respecto de la motivación del acto administrativo se tiene que en acto administrativo se fundó en el mejoramiento del servicio. Para dicho propósito, según lo consignado en el acto administrativo demandado, era necesario nombrar en los cargos provisionales de la Secretaría Judicial de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura designar a profesionales del derecho, con la finalidad de incrementar los niveles de calidad, eficiencia y los fines misionales que exige la administración de justicia.

Sobre el particular debe resaltar el despacho que los requisitos para el cargo de Escribiente Grado 09 de la Secretaría de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, según el Acuerdo No. PSAA14-10225 de 15 de septiembre de 2014, son los siguientes: Diploma en educación media y aprobación de dos (2) años de estudios tecnológicos o técnicos en Procedimientos Judiciales, investigación judicial, administración técnica judicial o Secretariado y tener un (1) año de experiencia específica o dos (2) años de experiencia relacionada.

En consecuencia, no es necesario tener título profesional de abogado para el ejercicio del cargo de Escribiente Grado 09 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. En efecto, la exigencia de dicho requisito resultaría excesivo y contrario a la ley.

De modo que, si el mejoramiento se reduce a la necesidad de exigir título un título profesional, dadas las necesidades que el servicio de administración de justicia requiere para el cargo de Escribiente Grado 09; lo que debe efectuarse es la modificación de los requisitos, mas no la declaratoria de insubsistencia de las personas que desempeñan dicho cargo. Y, en todo caso, cuando se modifican los requisitos de un cargo, es necesario respetar los derechos adquiridos de quienes vienen desempeñándose en aquel, de manera que no puede exigírsele el cumplimiento de requisitos adicionales.

Aunado a ello, se tiene que la exigencia de requisitos adicionales vulneraría el principio de irretroactividad de las normas, toda vez que los efectos la ley o el acto administrativo que modifique los requisitos deben aplicarse hacía el futuro.

Ahora bien, del material probatorio allegado al expediente se observa que el mejoramiento del servicio en el caso concreto, no se reduce a las necesidades de profesionalizar un determinado cargo sino a la adopción de medidas que propendan por el correcto desarrollo de la administración de justicia y al cumplimiento de las funciones encomendadas. En efecto, a folio 105 del cuaderno anexo II, se evidencia que la secretaria judicial de la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura informa al presidente de dicha sala que los 267 procesos encomendados al señor Ignacio Javela para notificar, archivar y devolver al lugar de origen, presentan retrasos y congestión. Igualmente, se observa que los trámites encargados al demandante, entre otros, las notificaciones de las providencias, evidenciaban un retraso notable, por lo menos de dos meses, como se observa a folios 106 a 120 del cuaderno de anexo II.

Asimismo, de la prueba testimonial recaudada, esto es, los testimonios de Yira Lucía Olarte Ávila y Alberto Barrera Henao, denota que el desempeño del demandante no se compadecía con el desarrollo normal y la carga exigida a un Escribiente Grado 9, pues era regular el retraso en las notificaciones, y además era muy frecuente que se presentaran irregularidades en cuanto a las notificaciones (cambios de números y partes), situación que no se evidenció que respecto de las labores de la señora Anny Carolina Ortegón. Además, el demandante presentaba en su puesto de trabajo mucha desorganización, lo que conllevaba dificultades en la prestación del servicio. Igualmente, la señora Yira Lucía Olarte Ávila sostuvo que entre el demandante y el presidente del Consejo de la Sala Disciplinaria, al momento de la notificación del acto administrativo existió una discrepancia por conductas realizadas por el señor Ignacio Javela; no obstante, ello no tuvo incidencia alguna en la declaratoria de insubsistencia efectuada al demandante.

Finalmente, se destaca que en el interrogatorio de parte, el señor Ignacio Antonio Javela Pérez, reconoce que la señora Anny Carolina Ortegón Reyes es abogada titulada con experiencia en el Consejo Superior de la Judicatura. Además, sostiene que el motivo que justificó la insubsistencia fueron las discrepancias de índole personal que sostuvo con el Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Pedro Alonso Sanabria Rodríguez. Sin embargo, ello no fue alegado en la demanda, razón por la cual no será objeto de pronunciamiento

alguno por parte del despacho, atendiendo el principio de congruencia¹⁸ que gobierna la sentencia, esto es, que el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (*extra petita*) o en la que otorgue más de lo pedido (*ultra petita*), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones. El principio de congruencia de la sentencia, además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello.

En consecuencia, se observa que las funciones encomendadas al demandante no eran desarrolladas a cabalidad. Al contrario, la displicencia del señor Ignacio Javela respecto del desempeño de sus funciones generaba retrasos y congestión judicial. Ello permite inferir que el acto administrativo se encuentra debidamente motivado y que no hay lugar a quebrantar su presunción de legalidad.

Decisión.

Atendiendo lo expuesto, se tiene que la parte demandante no logró acreditar que el acto administrativo hubiere incurrido en las causales de nulidad alegadas en la demanda. Al contrario la parte demandada, acreditó que el demandante presentaba falencias, irregularidades y retrasos, lo que conllevaba a una prestación deficiente del servicio, razón por la cual, con el ánimo de mejorar el servicio, era necesaria la declaratoria de insubsistencia del demandante.

Así las cosas, el despacho evidencia que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que reposa en el acto administrativo acusado, motivo por el cual se

¹⁸ Cod. G. del P. Art 281. "La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio. (...)"

denegarán las pretensiones de la demanda, por tanto, el acto 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 Secciones¹⁹ 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.

¹⁹ CE, SCA; S2, SS“B”, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez.

* CE, SCA, S2, SS“B”, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez.

* CE, SCA, S2, SS“B”, sentencia de 1 de enero de 2017, Rad. N°. 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera.

* CE, SCA, S4, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°. 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo.

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

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 demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

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 parte demandante estuvo orientado a declarar la nulidad del acto acusado, y si bien sus argumentos no prosperaron, son jurídicamente razonables.

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

FALLA

PRIMERO. NEGAR 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.

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2018-00510-00
DEMANDANTE: IGNACIO ANTONIO JAVELA PÉREZ
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL - CSJ

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