



**JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE  
TUNJA**

Tunja, dieciocho (18) de diciembre del año dos mil quince (2015).

**Referencia:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicado:** 15000 23 31 000 2001 01062 00  
**Demandante:** Wilson Hernando Morales Hurtado  
**Demandado:** Nación – Ministerio de Justicia – Consejo Superior de la  
Judicatura

**1. DESCRIPCIÓN**

**1.1. TEMA DE DECISIÓN:**

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

**1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:**

**PARTES:**

- **DEMANDANTE:** Wilson Hernando Morales Hurtado identificado con C.C No. 79.520.028 de Bogotá.
- **DEMANDADA:** Nación – Ministerio de Justicia – Consejo Superior de la Judicatura

**OBJETO:**

➤ **DECLARACIONES:**

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A. el Doctor Wilson Hernando Morales Hurtado presentó demanda tendiente a que se declare:

**PRIMERA:** Que se declare nula la resolución No. 0001 del 31 de enero de 2001 proferida por el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento hecho al señor WILSON HERNANDO MORALES HURTADO en el cargo de sustanciador grado 09 que ocupaba en ese Juzgado.

**SEGUNDA:** Que como consecuencia de lo anterior se ordene a la parte demandada reintegrar a WILSON HERNANDO MORALES HURTADO en el mismo cargo que venía desempeñando en idénticas condiciones a las que tenía al momento de su desvinculación o en otro de igual o superior categoría.

**TERCERA:** *Que se ordene a la demandada al restablecimiento del derecho lesionado, es decir que se disponga el pago de los salarios, primas, bonificaciones, reajustes o aumentos de sueldos y demás factores salariales y prestacionales que el demandante dejó de percibir desde la fecha de su ilegal desvinculación y hasta que se produzca efectivamente su reintegro con su correspondiente indexación.*

**CUARTA:** *Subsidiariamente que se ordene el pago de las diferencias salariales dejadas de recibir de acuerdo a su cargo desde el 21 de enero de 2000 hasta la fecha de su retiro.*

**QUINTA:** *Para efecto de sus prestaciones sociales en general, se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del empleado que demanda.*

**SEXTA:** *Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y el pago de los intereses de que trata el artículo 177 ejusdem infine a partir del momento de la ejecutoria de la sentencia así como el reconocimiento de la indexación sobre las condenas realizadas.*

**SEPTIMA:** *Que se condene en costas a la parte demandada". (fls. 10-13 cd no ppal.)*

### **1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:**

#### **➤ FÁCTICOS:**

Dentro del escrito demandatorio se extrae como sustento de las pretensiones, los siguientes hechos relevantes:

El señor Wilson Hernando Morales Hurtado desempeñó en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja el cargo de Sustanciador Grado 09 desde el 21 de enero de 2000.

Posteriormente, con ocasión de la muerte de su padre Floriberto Morales -quien era el Secretario de ése Despacho Judicial- fue nombrado en provisionalidad desde el 7 de febrero de 2000 en el cargo de Oficial Mayor devengando la suma de un millón diecinueve mil setecientos pesos (\$1.019.700).

A finales del mes de febrero de 2000, el Juez Silverio Aquilino Cruz Rojas, condicionó su permanencia en el cargo de manera tal que desde el mes siguiente debía tener como salario el equivalente al cargo de citador, es decir la suma de quinientos treinta mil pesos (\$530.000) en tanto el excedente debería ser repartido entre sus compañeros de trabajo.

Debido a la necesidad económica que atravesaba en su hogar y como requería cumplir con el requisito de judicatura para optar por su título profesional, decidió aceptar dicho condicionamiento, de manera que a partir del mes de abril una vez consignado su salario, realizaba la entrega proporcional de su salario de la siguiente manera:

- A la señora Ruth Salamanca, escribiente del Juzgado \$200.000
- A la señora Elda Farfán, escribiente del Juzgado \$160.000, y
- A la señora Rosa Moreno, citadora del Juzgado \$70.000.

Tal situación se prolongó hasta el 31 de noviembre de 2000, período durante el cual entregó dichos montos a sus compañeras de trabajo. Así mismo, en el mes de diciembre las tres “beneficiarias” le indagaron por la fecha y forma en la que recibirían su cuota parte de las primas, prestaciones y porcentaje del reajuste salarial que por aquellos días había ordenado la Corte Constitucional, ante lo cual Wilson Hernando manifestó que solamente había comprometido su salario más no sus prestaciones y reajustes.

Culminado el tiempo de vacancia judicial e incorporado nuevamente a sus labores fue objeto de requerimientos por parte de las funcionarias del Despacho, quienes le reclamaron el dinero correspondiente al salario de los meses de diciembre y enero, comunicándoles que dispuso del dinero por cuestiones económicas en su hogar, respuesta que no fue del agrado de sus compañeras, quienes pusieron en conocimiento del Juez la renuencia de aquel a entregar el dinero acordado.

Teniendo en cuenta la actitud de sus compañeras Wilson Hernando reaccionó indignado replicándoles que ya no estaba dispuesto a continuar con el soborno toda vez que el cumplía una función de acuerdo a su disponibilidad, preparación y apenas recibía el salario de citador; ante dicha situación el Juez lo reconvino recordándole de manera enérgica cuales eran las condiciones para que permaneciera en el cargo del Despacho, de manera tal que si no continuaba con lo “acordado” procedería a declararlo insubsistente.

Como se mostró renuente a seguir repartiendo su salario, pues retribuía la labor que realmente desempeñaba, el Juez mediante Resolución N° 0001 del 31 de enero de 2001 lo declaró insubsistente, aduciendo razones contrarias a la realidad, como quiera que se destacó por su responsabilidad y cumplimiento por tanto sobre su actividad laboral jamás existió amonestamiento verbal o escrito.

Finalmente expresó, que el cargo de sustanciador grado 09 del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, no salió a concurso, luego, se ha proveído en forma provisional, manteniéndose tal situación administrativa.

Al momento de su retiro tenía un sueldo básico de UN MILLON SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$1.066.739), junto con el reconocimiento y pago de sus prestaciones de ley.

➤ **JURÍDICOS:**

**NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL:**

Artículos 2, 25, 29, 43, 53, 83, 189 numerales 1 y 3.

**NORMAS DE RANGO LEGAL:**

Artículo 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo

Decreto 2400 de 1968 artículo 24 y ss.

### **CONCEPTO DE VIOLACIÓN:**

El apoderado de la parte actora señaló, que siguiendo el precepto constitucional en relación con un mayor grado de estabilidad en el empleo, es consecuente la posición que ha adoptado la jurisprudencia para estos eventos en cuanto a que “...*el nombramiento en provisionalidad para cargos de carrera administrativa no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción*”. De tal manera que en este caso el nominador actuando más allá de sus alcances atinentes a la adecuada administración pública, mancilló los derechos legítimos del actor, removiéndolo de forma arbitraria, en contra de su dignidad y buen nombre, dejando de lado los verdaderos motivos de la declaratoria de insubsistencia, siendo evidente la desviación del poder y falsa motivación en la expedición del acto administrativo demandado.

La Resolución N°. 0001 por medio de la cual fue declarado insubsistente tuvo una finalidad claramente retaliatoria, es consecuencia de su negativa a continuar cancelando la “extorsión económica” a la que había sido sometido desde el ingreso al Despacho Judicial. Lo anterior es de fácil comprensión si se atiende a los motivos expuestos, se evidencia que se pretendió revestir de una facultad discrecional el acto administrativo al señalar que: “*El nombramiento hecho en provisionalidad no otorga derecho de permanencia en el cargo ante la necesidad del servicio y siempre que el mismo realmente se mejore*”, tratando de amparar su ilegalidad bajo el supuesto de mejorar las condiciones de hoja de vida y apoyado en la carencia de fuero de estabilidad del cargo, dándole un tratamiento de libre nombramiento y remoción.

Conforme ha indicado el Consejo de Estado, la falsa motivación se estructura por inexistencia material o jurídica de los motivos y porque esos motivos no son de naturaleza tal que justifiquen la medida tomada, en el presente caso, es evidente que contrario a lo expuesto por el nominador, la expedición del acto administrativo objeto de impugnación no tuvo como fin el mejoramiento del servicio, sino que fue producto de la renuencia de Wilson Morales a cumplir con el arreglo económico que el titular del Despacho le había impuesto para permitirle continuar laborando.

#### **1.1.3. OPOSICIÓN:**

#### **RESPUESTA A LOS HECHOS:**

**1.1.3.1. La Nación - Rama Judicial** se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó que el demandante fue vinculado a la Rama Judicial en provisionalidad de conformidad con la Ley 270 de 1996 teniendo en cuenta que no participó en el concurso para integrar la lista de empleados de la Rama Judicial.

Explicó que la norma *ibídem* define de manera expresa las formas de provisión de los cargos de la Rama Judicial, siendo éstos en propiedad, en provisionalidad y en encargo.

Considera que de los supuestos hechos relatados en la demanda no existe prueba idónea que valide las apreciaciones y afirmaciones realizadas por el representante del actor.

Llamó en garantía a las siguientes personas, funcionarios del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja: Dr. Silverio Aquilino Cruz Rojas en calidad de Juez y a las señoras Ruth Salamanca y Elda Farfán, escribientes.

Propuso como excepciones las que denominó "*Falta de Litis consorcio necesario por pasiva*" bajo el argumento que la demanda necesariamente envuelve al funcionario público nominador y suscriptor del acto administrativo demandado, e "Innominada", conforme lo previsto en el artículo 164 inciso 2º del C.C.A.

**1.1.3.2. Gloria Esperanza Malaver de Bonilla** quien fue vinculada al proceso de la referencia en el auto admisorio de la demanda, por intermedio de apoderado judicial allegó escrito de contestación a la demanda (fls. 174-175); sin embargo, este despacho mediante providencia del once 11 de mayo de 2011, dispuso tener por no contestado el libelo toda vez que el escrito se presentó de manera extemporánea (fls. 182-183).

### **1.1.3.3. Del llamamiento en garantía**

Mediante auto de fecha 11 de mayo de 2011 (fls. 182-183), se admitió el llamamiento en garantía, sin embargo, como quiera que la parte interesada no allegó la información pertinente para proceder a la notificación de los llamados en garantía, siendo además pasiva con las órdenes y requerimientos realizados, el Despacho mediante auto de fecha 16 de noviembre de 2011 (fl. 185) reanudó los términos procesales correspondientes.

## **2. CRÓNICA DEL PROCESO:**

La demanda fue presentada el 31 de mayo de 2001 (fl. 23 cuaderno principal), siendo admitida por auto del 11 de julio de 2001 (fls. 26-27 cuaderno principal), ordenándose la notificación a la demandada, la cual se surtió el 6 de septiembre de 2001; fijándose en lista entre el 18 de septiembre de 2001 y el primero de octubre de la misma anualidad; oportunidad dentro de la cual la entidad contestó la demanda (fls. 46-49 cuaderno principal). Mediante auto del 14 de diciembre de 2011, se decretaron las pruebas (fls. 187-189 cuaderno N° 2); a través de auto de fecha 16 de diciembre de 2014, se puso a disposición de las partes el expediente, para que presentasen sus alegatos de conclusión (fl. 368).

## **3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **• Parte demandante. (fls. 372 -376)**

Además de reiterar los argumentos del libelo introductorio, expresó que la conducta del Juez de la época -Silverio Aquilino Cruz Rojas- es reprochable, más aun tratándose de un funcionario que administra justicia, persona que debe gozar de una conducta y moral intachables. Por el contrario, el funcionario judicial no sólo

condicionó el nombramiento en provisionalidad al cargo que ocupó el demandante -quien debía a manera de contraprestación, destinar casi la mitad de su salario al pago de colaboración a tres compañeros de oficina- sino su permanencia, siendo el incumplimiento del pacto ilegal exigido, la verdadera causa del retiro del demandante, quien se negó por razones económicas y de derecho a continuar permitiendo el soborno exigido por el señor Juez y sus compañeros de trabajo.

Para la Doctrina y la Jurisprudencia acreditar la configuración de la causal de desviación de poder, implica demostrar probatoriamente los supuestos de hecho aducidos a la conducta o fuero interno del funcionario que expide el acto administrativo, que para el caso bajo estudio, reposa dentro del expediente prueba legal, como es la decisión judicial proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expediente N° 23775, que en sentencia del 9 de noviembre de 2006 confirmó la sentencia del 26 de abril de 2005, por medio del cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, declaró a Silverio Aquilino Cruz Rojas, responsable del delito de concusión, delito que se tipifica y consume por la conducta invocada como causa del presente litigio contencioso administrativo.

Tal y como se desprende de la decisión judicial en comento, se acredita con suficiencia probatoria, que el nominador y funcionario que expidió el acto administrativo enjuiciado, obró con desviación de poder, respondiendo la decisión adoptada de dar por terminada la provisionalidad, a un interés personal, entendido éste como: "... aquellas actitudes desviatorias de la finalidad del acto inspiradas en consideraciones políticas, ideológicas, religiosas, de amistad o enemistad, en actitudes ilegales o de desconocimiento de la ley, o de fraude a esta, de favorecimiento a terceros o a grupos determinados, etc.; todas estas emanadas del sujeto actor del acto administrativo".

Resaltó que en los fallos judiciales del proceso penal se respetó la garantía para el condenado, como se exige dentro del Estado Social de Derecho, tanto en primera como en segunda instancia, indagó, probó, valoró, y argumentó los hechos expuestos en la investigación; hechos estos que dentro de la presente acción, se exponen como los verdaderos motivos que vician el acto administrativo sometido a control de legalidad. Constituyendo ésta decisión judicial – sentencias del proceso penal-, prueba directa para acreditar el actuar irregular y reprochable del funcionario que expidió el acto hoy objeto de control judicial.

Conforme a lo anteriormente expuesto expresó que se encuentra acreditado que la decisión contenida en la Resolución N° 001 del 31 de enero del 2001, está viciada de nulidad, pues persigue un fin distinto a aquel que fija la ley en materia de terminación de provisionalidad. Desviación de poder que en términos del Consejo de Estado: *"...invocando a HAURIUO: el desvió de poder está constituido por los hechos de una autoridad administrativa que observando las formalidades requeridas y realizando un acto de su competencia, ratio personae, usa su poder con un fin y por motivos distintos a aquellos en vista de los cuales se le confirió..."*.

Conforme a las pruebas obrantes en el expediente se logra demostrar que el demandante no contaba con antecedentes disciplinarios (fl.212 cuaderno 2), que revisada su hoja de vida tampoco se evidencian llamados de atención por parte del

superior, que en declaraciones practicadas bajo la gravedad del juramento dentro del proceso penal (anexos 1,2,3,4) los testigos conocedores de los hechos manifestaron que el demandante era un funcionario cumplidor y responsable, desvirtuándose así la motivación del acto administrativo sometido a control judicial pues el mismo no se emitió teniendo en cuenta sus calidades profesionales, académicas o de experiencia para ser declarado insubsistente, dicha decisión se fundó en intereses personales que le asistían al señor Juez como retaliación, ante la negativa del demandante de continuar pagando parte de su salario a tres compañeras de trabajo.

En lo que tiene que ver con el restablecimiento del derecho expresó que si bien es cierto a los funcionarios nombrados en provisionalidad no los cobija el mismo fuero de estabilidad que a los empleados inscritos en carrera, también es cierto que debe analizarse que la misma figura se garantizaría o mantendría por lo menos hasta que el cargo fuera provisto en propiedad.

Que revisado el material probatorio se acredita:

Que el demandante fue nombrado en provisionalidad mediante Resolución No. 004 de abril 3 del 2000, en el cargo de sustanciador grado 09, tomando posesión el 4 de abril del año 2000. Provisionalidad que en nada motiva o refiere que tendrá una durabilidad, "mientras dura la licencia concedida a su titular OSCAR RAUL RIVERA GARCES". Desvirtuándose la anotación efectuada intencionalmente por FABIO ORLANDO PIRAQUIVE SIERRA, (folio 348 cuaderno 2) quien aclara sin soporte probatorio alguno o competencia alguna (nominador), que el demandante ocupaba el cargo de OSCAR RAUL RIVERA GARCES, mientras duraba la licencia no remunerada concedida.

Que en el Juzgado Tercero Civil del Circuito, existen dos cargos de oficial mayor, uno ocupado por OSCAR RAUL RIVERA GARCES, quien se reincorporó a su cargo en propiedad el 1 de abril del 2001, y el otro ocupado por OLGA AMPARO BERNAL ARIZA, quien renunció al mismo el 31 de marzo del 2001 quedando en vacancia definitiva . (Folios 348 y 349 cuaderno 2).

Si bien mediante Acuerdo No. 145 del 1 de junio del 2001, la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá remitió al Juzgado Tercero Civil del Circuito la lista de elegibles en orden descendente al cargo de oficial mayor, refiriendo a la señora MARTINEZ PIÑEROS ANA FRANCISCA, ella aparece sólo formalmente nombrada, pues nunca se acreditó que dicha persona aceptara y tomara posesión del cargo, requisito constitucional que resulta esencial para entrar a ostentar un cargo; circunstancia que es ratificada con el Decreto 003 del 17 de julio del 2001, el cual en la parte resolutive, artículo primero, es claro en señalar que debe manifestar su aceptación y posesión del mismo, condición esta que nunca acreditó, es decir que una cosa es que se nombre a un funcionario y otra muy distinta que acepte y se posea, aceptación y posesión que son vitales, pues en el caso de no aceptar el cargo seguiría vacante, tal y como ocurrió para el caso que nos ocupa. Si no fuera así, la información aportada por la parte demandante que obra a folio 348 cuaderno N° 2 no reportaría como titulares trece años después -28 de febrero del 2014- a OSCAR RAUL RIVERA Y OLGA AMPARO BERNAL ARIZA.

En alusión a la carga dinámica de la prueba, siendo la Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura el órgano nominador y quien actúa para este asunto como parte demandada y quien tiene a su alcance la información laboral de cada uno de sus empleados, es la llamada a acreditar con la suficiencia requerida para generar estado mental de certeza en el fallador la fecha en la cual se nombró en propiedad en el cargo de oficial mayor grado 09 del Juzgado Tercero Civil del Circuito, información elemental que en su oportunidad fue solicitada como prueba, y que no fue aportada claramente, siendo la parte que se encuentra en mejor condición de probar y no lo hace, circunstancia que permite concluir que a marzo del 2015 el cargo vacante del Juzgado Tercero de Oficial Mayor grado 09, no se ha provisto en propiedad, y por ende procede el restablecimiento del derecho, reintegrando al demandante en los términos solicitados en el acápite de pretensiones.

- ***Parte demandada y Ministerio Público.***

Guardaron silencio

### **3.- PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS:**

El problema jurídico se centra en establecer si el acto por medio del cual la Entidad demandada, declaró insubsistente al señor Wilson Hernando Morales Hurtado, en el cargo de sustanciador grado 9, del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, que ocupaba en provisionalidad, adolece de los vicios de falsa motivación y desviación de poder.

**Tesis de la parte demandante:** El señor Wilson Hernando Morales Hurtado tiene derecho al pago de los salarios y demás factores salariales dejados de percibir desde que se hizo efectiva su desvinculación de manera ilegal y hasta la fecha en la que se verifique su reintegro, toda vez que el acto administrativo a través del cual se declaró insubsistente al demandante adolece de vicios de nulidad por desviación de poder y falsa motivación.

**Tesis de la parte demandada:** Sostiene que el acto administrativo demandado, se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico existente, toda vez que el demandante al momento de su desvinculación del cargo se encontraba en provisionalidad y no en un cargo en carrera; por lo tanto el nominador del despacho dispuso de su desvinculación atendiendo las facultades establecidos en la Ley 270 de 1996.

**El Despacho sostendrá:** Que no le asiste razón al demandante toda vez que no logró desvirtuar la presunción de legalidad que reviste el acto administrativo demandado como quiera que del material probatorio allegado no se logra establecer que la Resolución No. 001 del 31 de enero de 2001, a través de la cual se declara insubsistente al señor Wilson Hernando Morales Hurtado, haya estado motivada en una causa diferente a mejorar la prestación del servicio, correspondiéndole a la parte actora acreditar dicha circunstancia.

#### 4. DECISIONES PARCIALES

Establecida la eficacia y validez del proceso mediante el respeto de los derechos de las partes al debido proceso y al acceso a la justicia y constatada la admisibilidad de la pretensión, procede el Despacho a emitir decisión de fondo.

#### 5. PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

##### 5.1. Pronunciamiento frente a la excepción de “FALTA DE LITIS CONSORCIO NECESARIO POR PASIVA”.

Sostiene el apoderado de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial que de conformidad con los hechos expuestos en la demanda se desprende necesariamente una eventual responsabilidad del funcionario público nominador y suscriptor del acto administrativo demandado.

Para resolver la excepción planteada es necesario precisar lo expuesto por el Consejo de Estado frente al litisconsorcio necesario; al respecto señaló: “...cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material, única e indivisible, que debe resolverse de manera **uniforme** para todos los sujetos que integran la parte correspondiente (art. 51 C de P. C.), lo cual impone su comparecencia obligatoria al proceso<sup>1</sup>, por ser un requisito imprescindible para adelantarlos válidamente.<sup>2</sup>...”<sup>3</sup>.

En esa medida, según las voces del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil “...Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas...”, se puede concluir que el litis consorcio necesario surge cuando existe una unidad respecto del derecho sustancial en debate, vale decir, cuando la relación jurídica es inescindible.

Frente a la figura del litisconsorcio necesario, el Consejo de Estado, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, concluyó:

“...Sobre el efecto de la falta de integración del litisconsorcio necesario, la Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente:

“a) Según el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 51 *ibídem*, hay relaciones jurídicas sustanciales o pretensiones respecto de las cuales, ya por su propia índole o por mandato de la ley, no es posible hacer un pronunciamiento judicial de mérito sin la comparecencia plena de las personas que son sujetos de ellas, toda vez que la sentencia debe comprenderlas a todas y de manera uniforme; se configura de ese modo

<sup>1</sup> Así lo precisó la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 14 de junio de 1971, Gaceta Judicial. CXXXVIII, pág. 389.

<sup>2</sup> Uno de los presupuestos procesales, que son los requisitos necesarios para la existencia de un proceso válido es la capacidad de las partes; además de la jurisdicción y competencia del juez y la ausencia de caducidad de la acción. Cfr. Enrique VESCOVI, Teoría General del Proceso, Bogotá, Editorial Temis, 1984, págs. 93 y ss.

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 13 de mayo de dos 2004. Rad.: 50422-23-31-000-1994-0467-01 (15321). Actor: Andina de Construcciones Ltda. y otro. Demandado: Departamento de Antioquia y otros.

*un litisconsorcio necesario, que se denomina por activa si tal la pluralidad se hace imperativa en la parte demandante, o por pasiva si lo es en la parte demandada.*

*b) Empero, no a toda relación jurídica o pretensión que tenga fuente en un acuerdo de voluntades cabe extender, sin distingo, la precedente noción de litisconsorcio necesario; la secuela que deriva su presencia, según la cual, “la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas...”, sólo encuentra fiel expresión en todas aquellas pretensiones encaminadas a obtener que se reconozca la existencia, validez, modificación, disolución o alteración de determinado acto jurídico; por lo tanto, lo que se impone es hacer un cuidadoso examen de la demanda a fin de verificar exactamente, con vista en ella, cuál es la naturaleza y el alcance personal de la relación sustancial sometida a controversia, para deducir de allí si el litisconsorcio es o no necesario.” (Negrilla fuera de texto).<sup>4</sup>*

*Se deduce de todo lo anterior que el litisconsorcio necesario tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio, definida expresamente por la ley o determinada mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso. En el primer evento basta estarse a lo dispuesto por la ley, pero cuando se trata de establecerlo con fundamento en la relación objeto del litigio, se impone un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y la imposibilidad de proferir un pronunciamiento de fondo, sin la comparecencia de un número plural de sujetos.*

*Como bien lo señala la doctrina, “el fundamento del litisconsorcio necesario, hay que buscarlo fuera del derecho procesal, en el derecho material, aunque tenga su tratamiento en el primero. Tiene su causa en la naturaleza de la relación jurídico - sustantiva, la cual exige que sea declarada respecto a un determinado número de personas...”<sup>5</sup>*

En este caso, considera el Despacho que es posible decidir el fondo asunto sin la comparecencia del señor Silverio Aquilino Cruz Rojas, quien en su calidad de Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja profirió el acto administrativo demandado, en atención a que su intervención en los hechos se derivó como consecuencia de la relación laboral y la facultad nominadora que este ostenta, en su condición de servidor público de la Rama Judicial.

Por lo tanto, su no intervención dentro del proceso de la referencia no constituye un impedimento para resolver las pretensiones de la demanda, en la medida que la Entidad demandada (Nación-Ministerio de Justicia- Consejo Superior de la Judicatura) puede responder por los eventuales daños que hubiese podido causar sus funcionarios, cuando los hechos de los cuales se deriva sus responsabilidades tienen relación directa con sus funciones o atribuciones.

Ahora bien es preciso señalar que para estudiar la legalidad de la Resolución No. 0001 del 31 de enero de 2001, a través del cual se declaró insubsistente en demandante, no es necesaria ineluctablemente la vinculación del funcionario que la profirió, pues bien puede decidirse sobre la legalidad de dicho acto administrativo, y si es del caso ordenar el restablecimiento del derecho a la entidad demandada, pues a pesar que el nombramiento es realizado por servidor judicial, la relación laboral es directamente con la Rama judicial, toda vez que es ésta la entidad encargada de cancelar sus salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos relacionados a la prestación del servicio.

<sup>4</sup> Sala de casación civil, sentencia del 6 de octubre de 1999, proceso 5224. En esta sentencia la Corte rectificó la posición jurisprudencial que tenía en cuanto debía producirse fallo inhibitorio cuando en el trámite de la segunda instancia se encontrara la falta de integración del litisconsorcio necesario de cualquiera de las partes.

<sup>5</sup> María Encarnación DÁVILA MILLÁN, Litisconsorcio Necesario, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pág. 230.

No obstante lo anterior, y en caso de llegarse a demostrar la eventual responsabilidad del funcionario que profirió el acto administrativo demandado, es claro que la accionada podrá iniciar las acciones judiciales pertinentes a efectos de establecer la responsabilidad patrimonial del servidor o ex servidor público.

Así las cosas y como quiera que no se configura la falta de Litis consorcio necesario, es claro que resulta procedente continuar con el análisis del fondo del asunto.

## **5.2. PREMISAS FÁCTICAS.**

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- ✓ Oficio No. 086 del 31 de enero de 2001, a través de la cual se notifica al señor Wilson Hernando Morales Hurtado de la resolución No. 001 del 31 de enero de 2001, por medio del cual se le declaró insubsistente en el cargo de sustanciador grado 9 que venía desempeñando en el Juzgado Tercero Civil del Circuito (f. 4).
- ✓ Resolución No. 0001 de 31 de enero de 2001, proferida por el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, por medio de la cual “se declara insubsistente un nombramiento y se hace la designación correspondiente” (f. 5-6).
- ✓ Certificación laboral expedida por el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, en la cual se hace constar los cargos desempeñados por el señor Wilson Hernando Morales Hurtado (f. 7-8).
- ✓ Certificado detallado de los pagos efectuados al señor Wilson Hernando Morales Hurtado durante el periodo comprendido entre enero a diciembre de 2000 y enero de 2001 (f. 9-38-45).
- ✓ Decreto 003 del 17 de julio de 2001, por medio del cual se nombró en carrera judicial a la señora Ana Francisca Martínez Piñeros como oficial mayor nominado en el juzgado tercero civil del circuito de Tunja (f.177).
- ✓ Resolución No. 01-0005 del 31 de agosto de 2001, a través de la cual se acepta la renuncia presentada por la doctora Gloria Esperanza Malaver en el cargo de oficial mayor del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja (f. 179-180).
- ✓ Resolución 2484 del 24 de octubre de 2000, por medio de la cual se reconoció a la señora Hurtado de Morales María una pensión de sobrevivientes (f. 218-219).
- ✓ Acción de tutela instaurada por la señora María Hurtado de Morales, tendiente a hacer efectiva el pago de la pensión de sobrevivientes reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social (f. 222-227).
- ✓ Acta dentro de la cual se recepciona el interrogatorio que debe absolver María Hurtado de Morales, en el cual se hace referencia a presuntas irregularidades existentes en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja (f. 244-246).

- ✓ Copia de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil Familia dentro de la acción de tutela radicada bajo el número 2001-0087-01, a través de la cual se ordena compulsar copias por las supuestas irregularidades presentadas en el Juzgado Tercero Civil de Circuito (f. 248-254).
- ✓ Sentencia de segunda instancia proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal a través de la cual se confirma la sentencia de primera instancia del 26 de abril de 2005, que modificó la sanción impuesta al señor Silverio Aquilino Cruz Rojas (f. 275-311)
- ✓ Copia de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal del 23 de mayo de 2012, en la cual decide un recurso de casación (f. 334-341).
- ✓ Oficio CSJBPSA 14-517 del 28 de febrero de 2014, en el cual se establece el número de cargos de oficial mayor existentes en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, así mismo se indican los periodos para los cuales estos estuvieron ocupados en propiedad (f. 348-349).
- ✓ Acuerdo 145 del 2001, expedido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá, por medio del cual formula ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja lista de elegibles conforme a la cual debe designarse a la señora Martínez Piñeros Ana Francisca para proveer el cargo de Oficial Mayor Nominado (f. 353).
- ✓ Oficio DESAJT-TH-CL2014-0443, suscrito por la Coordinadora de Gestión y Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja, en el cual certifica los cargos desempeñados por el señor Wilson Hernando Morales Hurtado en el Juzgado Tercero Civil del Circuito (f. 357-358).
- ✓ Certificación de los salarios devengados por el señor Wilson Hernando Morales Hurtado durante el año 2000 y 2001 (f. 367)
- ✓ Copia del proceso penal adelantado en contra del señor Silverio Aquilino Cruz Rojas por el punible de Concusión (anexos del 1 al 7).

### **5.3. PREMISAS JURÍDICAS.**

- **MARCO NORMATIVO Y PLANTEAMIENTO DEL CASO.**

Previo a resolver el problema jurídico puesto a consideración es preciso establecer las normas que regulan ingreso y retiro de los servidores públicos de la Rama Judicial, a efectos de establecer los requisitos que se deben cumplir a efectos de declarar la insubsistencia de un empleado en provisionalidad; al respecto la Constitución Política en su artículo 125 establece:

***“Artículo 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.*

(Negrilla y subraya fuera del texto)

Ahora bien, la Ley 443 de 1998 vigente para la época de los hechos, no realizó previsión alguna frente a la Rama Judicial, como quiera que el régimen especial de ésta se encuentra regulado por la la Ley 270 del 7 de marzo de 1996, “Estatuto de la Administración de Justicia” que rige a partir de la fecha de promulgación (15 de marzo de 1996), en lo pertinente señala:

*“Art. 130 **CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS.** Son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.*

*Los funcionarios a que se refieren los incisos anteriores permanecerán en sus cargos durante todo el período salvo que antes de su vencimiento intervenga sanción disciplinaria de destitución por mala conducta o lleguen a la edad de retiro forzoso.*

*Es obligación de cada funcionario y del Presidente de la Corporación, informar con seis meses de anticipación a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de la fecha en que se producirá el vencimiento de su período, con el objeto de que se proceda a elaborar la lista de candidatos que deba reemplazarlo.*

***Son de libre nombramiento y remoción*** los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios de esas Corporaciones; los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.

***Son de Carrera los cargos*** de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, ***y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.***

(Negrilla fuera del texto)

Por otro lado, respecto a la autoridad nominadora de la Rama Judicial el numeral 8 del artículo 131 de la Ley 270 de 1996, establece que para los cargos de los Juzgados dicha facultad recae en “*El respectivo Juez.*”, y respecto de las formas de provisión de cargos en la rama judicial el artículo 132 de la referida ley señala:

*“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.***

*Cuando 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....” (Resaltado fuera de texto)*

La citada Ley, en su artículo 149 establece como causales de retiro las siguientes:

***“Artículo 149.*** *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”*

*(Negrilla fuera de texto)*

Es preciso señalar que de la lectura integral del expediente, se observa que los nombramientos del Doctor Wilson Hernando Morales Hurtado en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja no tienen origen en su inscripción en carrera administrativa.

En este punto es del caso indicar que el señor Wilson Hernando Morales Hurtado, al momento de su desvinculación del servicio se encontraba vinculado en el cargo de sustanciador grado 9; cargo que desempeñó en provisionalidad en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, según se desprende del acto administrativo demandado al igual que de las diferentes certificaciones allegadas (f. 357); así mismo, esta situación no fue controvertida por el accionante quien incluso en la

demanda señaló que “...una vez fallecido el señor Floriberto Morales, su hijo Wilson Hernando, desde el 7 de febrero de 2000, **fue designado en provisionalidad**...” (f. 14) (negrilla y subraya fuera del texto).

Ahora bien, el Despacho encuentra que uno de los fundamentos que alega la parte actora para controvertir la legalidad del acto administrativo demandado es que éste no cuenta con ningún fundamento válido que lo respalde, toda vez que el nominador se amparó “...*en una facultada discrecional para manejar a su antojo la nominación de un cargo de carrera administrativa como si se tratase de uno de aquellos que por su naturaleza confianza y manejo reciben la denominación de libre nombramiento y remoción*...” (f. 18).

Para resolver dicha inconformidad, el despacho tomará en cuenta los siguientes argumentos:

- ***El nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera. Naturaleza jurídica.***

El nombramiento en provisionalidad en la Rama Judicial es una forma de proveer empleos en cargos que pueden o no ser de carrera, de manera transitoria, con personal no seleccionado mediante concurso de méritos, en tanto sea posible hacer la designación por el sistema legalmente previsto, y de manera general el término máximo del nombramiento en provisionalidad es de seis meses (Art. 132 numeral 2º Ley 270 de 1996).

La finalidad del nombramiento en provisionalidad es garantizar la continuidad del servicio público mientras se provee el cargo de carrera de manera definitiva a través de concurso público y abierto.

Obsérvese que el artículo 125 de la Constitución Política establece como principio que todos los empleos del Estado “son de carrera”, y se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y “los demás que determine la ley”. En éste sentido, entonces, el nombramiento en provisionalidad no tiene como fuente formal la Constitución sino la ley. Luego, la misma Constitución estipuló que la ley podría establecer formas de proveer cargos del Estado que estuvieran por fuera del principio general de la carrera.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, en Sentencia de Unificación del 13 de marzo de 2003, dictada en el proceso 1834-01, M.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, sostuvo la tesis de que “los funcionarios provisionales los rodea un doble fuero de “inestabilidad, de una parte, porque al no pertenecer a la carrera administrativa, pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión, y, de otra, por cuanto pueden ser desplazados por quien supere las etapas del concurso de méritos, en los términos que señale la ley.” Por lo tanto, el H. Consejo de Estado tiene como marco normativo para derivar la naturaleza jurídica de los nombramientos en provisionalidad la ley y tiene razón en reclamarle a la Corte Constitucional que al actuar como máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, conforme al artículo 237 de la Constitución Política, aquella no podría imponerle una interpretación ya que vulneraría su independencia y

autonomía y con ello la misma Constitución, pues sólo está sujeto el imperio de la ley y la jurisprudencia es sólo un criterio auxiliar de la administración de justicia. (Art. 230 CP). La Corte Constitucional, por su parte, ha sostenido que su interpretación se deriva directamente de la Constitución y, por tal razón, difieren en cuanto a su alcance y contenido debido a que las normas legales son constitucionalizadas y por tanto existe una diferencia entre el debate constitucional y el debate legal<sup>6</sup>. Esbozaremos los argumentos que sustentan dichas tesis:

*El Consejo de Estado fundamenta su tesis en la analogía entre cargos de libre nombramiento y remoción y en provisionalidad: “Tal orientación obedece a que, tanto el acto por cual se retira del servicio por insubsistencia a un empleado de libre nombramiento y remoción, como el que desempeña un cargo en provisionalidad, son de la misma naturaleza, es decir, se presume que son expedidos en aras del buen servicio público, presunción que es susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional, aduciendo y probando por el interesado, que el motivo determinante es diferente al buen servicio público”.*<sup>7</sup>

*La Corte Constitucional<sup>8</sup> a partir de las sentencias de tutela contra actos administrativos de retiro de manera discrecional y sin motivación expresa, ha sostenido que el nombramiento en provisionalidad goza de una estabilidad relativa y el acto de insubsistencia tiene que ser motivado debido a que con ello se realizan los derechos al debido proceso, defensa y estabilidad laboral, ya que “la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuación, pues la motivación de un acto administrativo se consagra como una garantía para el administrado”<sup>9</sup>. Por otra parte, “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad”<sup>10</sup>, ni se convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción; por ello, “el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”.*<sup>11</sup>

Como puede observarse, sobre un mismo tema existen dos interpretaciones distintas en los órganos de cierre. Esencialmente, como sostenía la Corte Constitucional, porque hace una interpretación constitucional mientras que el Consejo de Estado hace una interpretación legal. Sin embargo, el Consejo también acudió directamente al texto constitucional para justificar su interpretación<sup>12</sup> y sostuvo que el retiro discrecional y sin motivación asimilable a los cargos de libre nombramiento y remoción de los nombramientos en provisionalidad se derivaba directamente del inciso 2º del artículo 125 de la Constitución. La respuesta a la tesis de la Corte es que “al no haber ingresado al servicio los empleados provisionales en virtud del mérito, sino que su vinculación obedeció a razones discrecionales, no pueden ampararse en las causales de retiro previstas en el artículo 125, inciso 2, de

<sup>6</sup> Ver Corte Constitucional sentencia T-838/07.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda A, sentencia de marzo 12 de 2009, Radicación número: 76001-23-31-000-2000-05374-01(5374-05). MP. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>8</sup> Para ver la línea jurisprudencial revisar la sentencia T-087 de 2009.

<sup>9</sup> T-610 de julio 24 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>10</sup> T-800 de diciembre 14 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>11</sup> T-800 de diciembre 14 de 1998.

<sup>12</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección “B”, mediante sentencia del 17 de abril de 200812, Expediente 3197-2005. Actor: Jorge de Jesús Quitama Vergara. Consejero Ponente: Jesús MARÍA Lemos Bustamante. Sección Segunda A, sentencia de marzo 12 de 2009, Radicación número: 76001-23-31-000-2000-05374-01(5374-05). MP. Luis Rafael Vergara Quintero.

la Constitución, toda vez que ellas se reservan a los empleados cuyo nombramiento obedeció a que tenían derechos de carrera y que conferirles a aquellos el derecho a que su acto de desvinculación se motive los equipara, sin justificación alguna, a quienes concursaron y por sus méritos adquirieron el derecho a integrar la planta de personal de determinada entidad.”<sup>13</sup> En conclusión, el nombramiento en provisionalidad tiene una naturaleza jurídica distinta.

Así, para la Corte Constitucional el servidor público en provisionalidad goza de estabilidad relativa y el acto de insubsistencia debe ser motivado de manera expresa. Por el contrario, para el Consejo de Estado el nombramiento en provisionalidad goza de una doble inestabilidad y el acto de insubsistencia no debe ser motivado.

- ***El dilema constitucional.***

Ahora, qué debe hacer el juez al momento de decidir? Primero debe ser consciente de este dilema y, segundo, adoptar una posición justificada. No está de ninguna manera acatando ineludiblemente ninguna de las dos posiciones porque debe actuar con independencia y autonomía, sin embargo, está en la obligación de exponer las razones por la que acoge una de las dos teorías y se aparta de la otra desde la perspectiva constitucional y no puramente legal. Es decir, no podría simplemente plegarse a una de las dos teorías sin tener en cuenta la otra sino que deberá explicitar sus razones constitucionales pues el debate ya no es de simple legalidad toda vez que se encuentran en tensión derechos fundamentales como la igualdad y legalidad.

El Consejo de Estado, al resolver una tutela contra el Juzgado 2º Administrativo del Circuito de Valledupar que acogió, en proceso de nulidad y restablecimiento, la tesis sobre el nombramiento en provisionalidad de este Máximo Tribunal, aceptaba la procedencia de la acción de tutela contra la sentencia judicial no “*porque considere que deba seguir estrictamente sus criterios interpretativos*”, sino por otras importantes razones:

“La primera es que en este aspecto, comparte plenamente la idea cardinal de que en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de “cualquier autoridad pública” (C.P. artículo 86) incluidos desde luego los jueces de la República de todas las jurisdicciones y rangos y sus respectivos órganos de cierre.

“En segundo lugar, se trae a colación la jurisprudencia constitucional respecto de la tutela contra decisiones judiciales por cuanto muestra que ha sido la misma jurisdicción constitucional la que se ha encargado de destacar, que si bien la acción resulta procedente, ella es absolutamente excepcional y no puede significar, en modo alguno, una prolongación indefinida del debate jurídico.

“Finalmente, estima la Sala que la metodología contenida en la jurisprudencia constitucional para verificar si una decisión judicial debe o no ser tutelada, constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto, cuya adopción facilita el

---

<sup>13</sup> ib

análisis de este complejo problema.”<sup>14</sup>

Este Despacho comparte plenamente la anterior apreciación en cuanto que sirve para resolver el dilema de derechos en que encuentra la discusión, por las siguientes razones:

- a) En el Estado Social de Derecho prevalece e impera la efectividad de los derechos fundamentales; b) Los jueces como autoridades públicas pueden ser objeto de acción de tutela contra la sentencia judicial;
- c) La tutela contra sentencia judicial es “absolutamente excepcional”, es decir, sólo procede de acuerdo a la metodología adoptada por la Corte Constitucional y acogida por el Consejo de Estado;
- d) El dilema interpretativo sobre el nombramiento en provisionalidad genera un conflicto de rango constitucional debido a que se crea con la sentencia una discriminación o vulneración al derecho a la igualdad;
- e) La sentencia del juez administrativo que acoja la tesis del Consejo de Estado, sobre el nombramiento en provisionalidad puede ser objeto de acción de tutela, que a la postre puede ser revisada por la Corte Constitucional, (Art. 86 y 241 CP) entonces, en la práctica se somete al ciudadano a “una prolongación indefinida del debate jurídico”, contradiciendo completamente la finalidad de la acción de tutela;
- f) La tutela se transforma en un trámite ineludible del ciudadano que quiere ver protegidos sus derechos, como sería el de la igualdad en la decisión judicial;
- g) Qué razón práctica y razonable puede dársele al ciudadano para que un juez le niegue el derecho con base en la teoría del Consejo de Estado, si a la postre, ésta sentencia va a ser objeto de tutela y revocada por la Corte Constitucional?;
- h) Por eso el mismo Consejo de Estado en la sentencia en comentario sostiene que si bien cabría la acción de tutela por desconocimiento del precedente judicial de la Corte Constitucional, no amparó los derechos por esta razón porque “no implica una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del actor, en tanto la decisión de escoger entre los precedentes de las Corporaciones judiciales antes señaladas constituye una expresión legítima del principio de la autonomía funcional de los jueces”;
- i) La Corte Constitucional, como el Consejo de Estado han aceptado como causal de procedencia de la acción de tutela contra sentencias el desconocimiento del precedente jurisprudencial, el cual se configura cuando “(i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) contrariando el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corporación a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela”<sup>15</sup>;
- j) Existen precedentes jurisprudenciales donde la Corte Constitucional ha revocado las sentencias de los Tribunales Contencioso Administrativos y los Jueces Administrativos del Circuito, que han decidido bajo la teoría del Consejo de Estado, para que decidan con base en la jurisprudencia de la Corte, como por ejemplo las sentencias T-186-2009 y T-838 de 2007<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda B, sentencia del 3 de febrero de 2009, Expediente número: 11001-03-15-000-2009-01268-00(AC), Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Galvis Antonio Bolaño Daza. Demandado: Juzgado Segundo Administrativo de Valledupar

<sup>15</sup> Sentencia T-186-2009

<sup>16</sup> Ver también de la Corte Constitucional, T-437 de 2008, T-341 de 2008, T-1092 y T-887 de 2007; T-410 de 2007, T-254 de 2006 y T-170 de 2006.

k) La Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-971 de 2010, abordó veinte casos que habían sido resueltos en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, fundados en que el acto administrativo de retiro del nombramiento en cargos de provisionalidad, no requiere motivación. La Corte se planteó el problema de la motivación de dichos actos de retiro o insubsistencia y la vulneración de los derechos constitucionales<sup>17</sup>, reiteró su línea jurisprudencial y terminó dejando sin efectos las sentencias de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado. La Corte acepta que existe una gran discrepancia con el Consejo de Estado y que no se trata de que ella no se equivoque, sin embargo, se requiere un órgano de cierre de la Constitución que asegure la interpretación uniforme y vinculante de los derechos fundamentales.<sup>18</sup>

En conclusión, este Despacho comprende que el proceso de constitucionalización del derecho genera choques o conflictos normales entre las diferentes posiciones de las altas Cortes, máxime cuando la estructura organizativa de la Rama Judicial no establece una que haga de órgano de cierre de los debates de constitucionalidad (Art. 113, 116, 236, 234 y 254 CP), pero también es cierto que desde la perspectiva de los derechos fundamentales o material, el órgano de cierre de los debates de constitucionalidad es la Corte Constitucional debido a la competencia para revisar de manera eventual las tutelas cuando se ha aceptado que éstas proceden contra la sentencia judicial de los demás jueces (Art. 86 y 241.9 CP), lo cual la habilita para finalmente imponer su interpretación. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico debe tener algún mecanismo de coherencia y unificación de la jurisprudencia, pues no puede permitirse que existan varias opiniones razonables de autoridades todas legítimas y competentes para interpretar una misma disposición constitucional, puedan resultar contradictorias y con ello vulneran el derecho a la igualdad, pues seguramente ninguna de ellas resulta incorrecta desde las premisas donde se pensaron, sin embargo alguien tiene que decir la última palabra, no porque sea mejor o más correcta sino porque tiene el poder de decidir de manera definitiva el debate.

Un buen ejemplo que ilustra la importancia de la unificación de la interpretación de los derechos constitucionales se encuentra en una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1816, en el caso *Martin v Hunter's Lessee*. En aquel momento, el Tribunal Supremo del Estado de Virginia se opuso a la aplicación de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU con el argumento de que, debido a la cláusula federal, la Corte Estatal era Suprema en el Estado respectivo, y no podía recibir órdenes de nadie. Con todo y dicha oposición,

<sup>17</sup> "(i) ¿El ordenamiento jurídico colombiano exige motivar los actos de insubsistencia o retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera? (ii) ¿Se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la justicia cuando una autoridad judicial considera que el acto de desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera no requiere motivación alguna y con ese argumento se abstiene de declarar la nulidad de dicho acto así como el restablecimiento del derecho? (iii) ¿Es procedente la acción de tutela dirigida directamente contra la entidad pública que desvincula a un empleado nombrado en provisionalidad sin que el acto de retiro haya sido motivado?"

<sup>18</sup> "La abierta discrepancia que existe entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional necesariamente debe ser superada para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales a la igualdad y al acceso efectivo a la administración de justicia, así como para salvaguardar otros principios constitucionales no menos importantes como el de confianza legítima, la coherencia sistémica y la seguridad jurídica, lo que sólo ocurre mediante la procedencia de la tutela contra las providencias, y en este caso particular con la revisión y unificación de jurisprudencia por la Corte Constitucional. Cabe precisar que en estos eventos la procedencia de la tutela no se explica porque el juez constitucional nunca se equivoque y los tribunales de la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa si lo hagan, pues es claro que la infalibilidad no es propiamente una virtud humana.(...)

....  
En este sentido, la Corte tiene claro que el control de legalidad que se adelanta mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho comprende también un control de constitucionalidad, pues no puede afirmarse que el juez contencioso administrativo ejerce un control ajeno a la protección de los derechos fundamentales."

la Corte Suprema de los EEUU revocó la sentencia de la Corte de Virginia, y defendió la competencia de la Corte Suprema Federal para revocar sentencias de los tribunales supremos de los Estados. Luego de indicar algunos argumentos textuales e históricos que justificarían esa competencia, el juez Story, magistrado que redactó la sentencia, que es considerada una de las más importantes de la historia de Estados Unidos, señaló el argumento decisivo, que es el siguiente:

“Un motivo de otra naturaleza perfectamente compatible con el respeto más sincero por los tribunales estatales, induce a la concesión de un poder de apelación sobre sus decisiones. Este motivo es la importancia, incluso la necesidad de que se dicten decisiones uniformes en todos los Estados Unidos sobre todos los temas al amparo de la constitución. Jueces igualmente concededores e íntegros en diferentes Estados pueden interpretar en forma diversa la ley, un tratado o la propia constitución. Si no existiera una autoridad con competencia para revisar esas sentencias discordantes y disonantes a fin de armonizarlas y unificarlas, las leyes, los tratados y la Constitución de los EEUU serían diferentes en los diferentes Estados y no tendrían tal vez nunca la misma interpretación, fuerza vinculante y eficacia en dos Estados”.

Esta sentencia es perfectamente aplicable al debate colombiano sobre la necesidad de que exista tutela contra sentencias, incluso contra sentencias de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, pues la relación entre jurisdicción federal y jurisdicción de los Estados es semejante a aquella que existe entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria. Así, si no se admite la tutela contra sentencias, incluyendo aquellas de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, pues no hay la posibilidad de unificar la interpretación que los jueces del país hacen de la constitución. Sin tutela contra sentencias no existiría un verdadero órgano de cierre en materia de derechos fundamentales. La última palabra sobre el alcance de los textos constitucionales se desdoblaría, de hecho, al menos en cuatro palabras: la de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema), la de la jurisdicción contenciosa (Consejo de Estado), la de la jurisdicción disciplinaria (Sala Disciplinaria del Consejo de la Judicatura) y la de la propia jurisdicción constitucional. Cada derecho estaría sujeto a interpretaciones diferentes en cada corte sin que hubiese posibilidad de unificar un sentido constitucional. Así, por ejemplo, el juez contencioso administrativo tendría que someterse a la doctrina de la Corte Constitucional cuando un determinado asunto se le presente por medio de una acción de tutela; sin embargo, se acogerá a lo dicho por el Consejo de Estado si el mismo asunto se le presenta a través de una acción de nulidad. Si, por ejemplo, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado no se ponen de acuerdo sobre el alcance de la consulta necesaria para expedir una licencia de explotación minera, ¿qué debe hacer el funcionario cuando intenta acatar la Constitución? ¿Y el particular?<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Uprimny Yepes Rodrigo, García Villegas Mauricio, “¿Qué hacer con la tutela contra sentencias?”, Texto memo. Para una revisión más completa de la tutela como mecanismo de unificación de la interpretación de los derechos fundamentales dentro del Estado Social de Derecho, desde una perspectiva comparativa, ver: Mauricio Martínez. La Constitucionalización de la Justicia y La Autonomía Judicial. La tutela contra providencias judiciales en Colombia y España. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

- ***Acto de retiro del servicio del nombramiento en provisionalidad debe ser motivado.***

Este Despacho acoge la jurisprudencia de la Corte Constitucional, además de las razones expuesta en la parte del dilema constitucional, porque esencialmente al ser dos teorías completamente razonables, para resolver el dilema debemos acudir al criterio de la aplicación del principio de favorabilidad laboral. (Art. 53 C) Este implica que si existen dos posturas en materia laboral ambas razonables el juez debe escoger aquella que de mejor manera proteja el derecho reclamado.

En este caso el Consejo de Estado parte de la premisa de que el nombramiento en provisionalidad tiene una doble inestabilidad pues lo asimila al nombramiento de libre nombramiento y remoción, por lo tanto, el acto de insubsistencia no tiene que motivarse, mientras que para la Corte Constitucional el nombramiento en provisionalidad goza de estabilidad relativa por tanto no puede ser asimilado al de libre nombramiento y remoción, y el acto de insubsistencia requiere de motivación expresa. En este caso concreto, la teoría de la Corte protege de mejor manera los derechos laborales de la persona nombrada en provisionalidad porque puede conocer directa y expresamente las razones de su retiro y así mismo puede ejercer su derecho a la defensa. El criterio práctico en cuanto que al aceptarse la tutela contra sentencia judicial, finalmente el proceso va a terminar en la Corte Constitucional por vía de la revisión eventual de la tutela, como ya fue expuesto, por lo tanto, la tutela en la práctica se está transformando en un recurso ineludible del ciudadano para reclamar un derecho fundamental que sí lo reconoce la Corte Constitucional. Un criterio iusfundamental en cuanto la sentencia del juez ordinario es causa directa de la vulneración de un derecho fundamental, como el de la igualdad en el trato de la jurisprudencia, ya que aquellos casos que lleguen a la Corte se les concede el derecho mientras aquellos que no sean revisados entonces no. Por simple consideración con el ciudadano, los jueces no podemos permitir este desgaste en esfuerzo y tiempo de la persona, que solamente mina la confianza en la administración de justicia

La Corte Constitucional en sentencia T-838 de 2007, en un caso similar revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el 18 de agosto de 2006 (Radicación N° 70-001-23-31-004-2003-01260-00), resumió su posición así:

“Con base en la compilación jurisprudencial se puede afirmar que (i) los funcionarios que ocupan cargos de carrera siendo nombrados en provisionalidad no son asimilables a los de libre nombramiento y remoción. Lo anterior puesto que los últimos cargos –taxativamente señalados por el legislador- implican una relación subjetiva o *in tuitu personae* y la elección se hace con base en motivos de confianza en el sujeto elegido, mientras que los primeros no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo; (ii) la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable, so pena de vulnerar el debido proceso en el aspecto del derecho a la defensa; (iii) tal necesidad de motivación cesa, únicamente, cuando es nombrada a través de concurso la persona que ha de ocupar el cargo en cuestión.”

- **Discrecionalidad del acto.**

Al respecto debe decirse que las actuaciones de la administración deben ceñirse al principio de legalidad que les exige hacer sólo aquello que la Constitución, la ley o el reglamento previamente disponga o no prohíba (Art. 6 y 121,122). Este principio general que rige las actuaciones de los servidores públicos en el derecho administrativo se conoce como la actuación reglada, la cual significa que ninguna de las decisiones adoptadas por la administración y sus agentes o servidores puede hacerse por capricho personal sino que deben estar fundamentada o motivada en una norma previa, que le exige hacer o no una conducta, puesto que la razón para actuar o decidir dentro de la administración tiene que provenir de la propia norma. Lo anterior es lo que determina los mecanismos de control ya que si la actuación se hace con fines distintos a los señalados en la norma entonces ocurre el desvío de poder, si no se hace conforme a los procedimientos y trámites entonces hay una expedición irregular, o si el acto se funda en razones de hecho o derecho que no corresponden a la realidad entonces existe una falsa o errada motivación, o con desconocimiento del derecho de audiencia o violación directa de la norma superior. (Art. 84 CCA).

Sin embargo, existen actuaciones de la administración donde la ley o reglamento no regula de manera previa el curso de la acción y la decisión, por lo tanto, la administración tiene un ámbito o campo abierto guiado únicamente a través de criterios como tales como el interés general, bien común, buen servicio, que le permiten optar en varias posibilidad y decidir de acuerdo a una de ellas.

*“La discrecionalidad administrativa tiene tres elementos esenciales: el interés público, su falta de determinación precisa en las normas que regula la actuación administrativa, el margen de apreciación de dicho interés que de la determinación normativa se deriva.”<sup>20</sup>*

La Corte Constitucional ha sostenido que la discrecionalidad absoluta no existe en el Estado Social de Derecho, sino que la “discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional. En este orden de ideas, la necesidad de motivar el acto administrativo se erige como la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario”,<sup>21</sup> y se fundamentó en una jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de octubre 22 de 1975.

Ahora bien, esa misma Corporación ha asumido una línea jurisprudencial consolidada y uniforme en la cual se establece que el acto por el cual se declara insubsistente a un funcionario nombrado “en provisionalidad” en un cargo de carrera si bien puede ser resultado de la facultad discrecional, de todas formas debe

<sup>20</sup> Marín Hernández, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa El concepto de discrecionalidad administrativa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 138-288.

<sup>21</sup> Sentencia C-1003-2003

ser motivado, pues de no ser así se produce una lesión a los derechos fundamentales al debido proceso, legalidad y defensa.

Ha señalado la Corte<sup>22</sup> que la desvinculación de un funcionario público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad puede producirse por razones disciplinarias, por motivos del servicio o por la provisión definitiva del cargo, una vez superadas las etapas propias de un concurso público. Por esta razón, el acto administrativo mediante el cual se declare insubsistente un nombramiento en provisionalidad debe dar cuenta de los motivos por los cuales es preciso dar por terminado el vínculo laboral. Dijo la Corte en sentencia T-1112/08 al respecto lo siguiente:

“Esta regla jurisprudencial se sustenta en dos premisas: (i) la obligación general de motivar los actos administrativos como expresión del principio de publicidad que informa la función pública, y (ii) la situación laboral de las personas nombradas temporalmente en cargos de carrera descrita por esta Corporación en diversas oportunidades como de “estabilidad relativa”. En lo que sigue se explica el sentido de cada una de estas tesis:

5.1. La estabilidad laboral de los funcionarios que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad.

El artículo 125 de la Constitución política establece que (i) es regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado sean “de carrera”; esto significa que (ii) el acceso a los cargos públicos se da por el cumplimiento de los requisitos y condiciones legales que determinen los méritos y calidades de los aspirantes (en un concurso de méritos), y que (iii) el retiro del cargo sólo puede producirse por calificación no satisfactoria en el desempeño de las funciones, por violación del régimen disciplinario o por causales establecidas constitucional o legalmente.

De acuerdo con el mismo artículo, constituyen excepciones al régimen de carrera, entre otros, los cargos de libre nombramiento y remoción. En estos empleos, como su denominación lo sugiere, las facultades del nominador en la escogencia de los funcionarios y en su retiro se hacen mucho más amplias debido a que se trata de cargos que se proveen con base en criterios de confianza o con dependencia de decisiones políticas<sup>23</sup>. Por ese alto grado de discrecionalidad que posee el nominador, los cargos de libre nombramiento y remoción deben ser definidos de forma taxativa por el Legislador.

<sup>22</sup> La regla jurisprudencial que se expone fue consignada en la sentencia SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) en la cual se analizó la situación laboral de los notarios elegidos en interinidad. Posteriormente ha sido reiterada en numerosas oportunidades por esta Corporación y en muchas ocasiones para resolver peticiones de funcionarios o ex funcionarios de la Fiscalía General de la Nación. Los pronunciamientos centrales de la línea son, aparte de la sentencia mencionada, las sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-752 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-222 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-297 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-610 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-031 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-951 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Otros pronunciamientos que tienen como fundamento la regla mencionada son las sentencias T-1011 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-132 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-580 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-1206 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-161 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-267 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-392 de 2005 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-648 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-660 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-804 de 2005 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-1159 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1162 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-1310 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-1316 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-1323 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-081 de 2006 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-156 de 2006 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-653 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>23</sup> De acuerdo con la sentencia SU-250 de 1998 estos cargos “obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar política ... estableciéndose una relación “in tuitu personae” entre el nominado y el nominador”. En el mismo sentido, ver la sentencia T-610 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

La ley prevé, asimismo, la posibilidad de realizar nombramientos provisionales en cargos de carrera para suplir necesidades del servicio durante vacaciones temporales del titular del cargo, o durante el tiempo que tome la Administración para adelantar los distintos concursos de méritos para el ingreso al servicio público<sup>24</sup>. En este sentido, señaló la Corte en la sentencia T-225 de 2005: "...la ley ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse de manera provisional, en casos de vacaciones definitivas o temporales, "mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal".<sup>25</sup>

Esta Corporación ha recalado que los nombramientos "en provisionalidad" son de carácter excepcional así que deben tener un límite temporal, pues de no ser así se comprometería el derecho fundamental al acceso a los cargos públicos en igualdad de oportunidades. (Artículos 13 y 40 de la C.P.)

Ahora bien. Es claro que la tardanza de la Administración en la realización de los concursos de méritos no puede tener como consecuencia la afectación desproporcionada de quienes se encuentran ejerciendo un cargo público de forma cumplida y responsable, así que la Corte ha precisado algunos aspectos relacionados con el ejercicio de cargos de carrera en provisionalidad que se encuentran en la base del problema jurídico estudiado:

- (i) El hecho de que un cargo de carrera sea ocupado en provisionalidad no implica una modificación en la naturaleza del mismo. Específicamente, no transforma el cargo de carrera en uno de libre nombramiento y remoción<sup>26</sup>. La razón de ello, se reitera, es que sólo aquellos cargos que requieren una confianza calificada o una decisión política tienen tal condición y por lo tanto deben ser señalados expresamente por el Legislador. En los demás cargos, el criterio de permanencia es el mérito y el cumplimiento de las funciones del cargo.
- (ii) Sin embargo, la "provisionalidad" es una situación excepcional así que, por definición, una persona que ocupe un cargo en tal condición sólo puede permanecer en él hasta que sea proveído de forma definitiva mediante la realización de un concurso de méritos<sup>27</sup>.
- (iii) Por último, en tanto se realiza el concurso, el empleado goza de una estabilidad relativa, lo que significa que sólo puede ser removido de su cargo por razones del servicio o por fallas disciplinarias que deben ser, en ambos casos, acreditadas por el nominador<sup>28</sup>.

La Corte también sostiene que la obligación de motivar los actos administrativos es una garantía del debido proceso administrativo<sup>29</sup>, es una exclusión de la arbitrariedad<sup>30</sup> debido a la estrecha relación entre la motivación de los actos como expresión de publicidad y el debido proceso ya que permite el control ciudadano y judicial, y, por último, permite al ciudadano la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa ya que se conocen las razones de la decisión.<sup>31</sup>

<sup>24</sup>Corte Constitucional. Sentencia T- 1206 de 2004 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Sentencia T-800 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

<sup>27</sup> Ver, entre otras, las sentencias C-1381 de 2000 (Álfredo Beltrán Sierra), T-222 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y C-279 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), todas relativas a la situación laboral en la Fiscalía General de la Nación.

<sup>28</sup> Sobre esta situación, descrita por la Corte como de estabilidad laboral relativa, ver las sentencias T-222 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-279 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>29</sup> Sentencia T-552 de 1992. (M.P. Fabio Morón Díaz), C-1189 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-595 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), entre otras.

<sup>30</sup> SU-250/98

<sup>31</sup> *Ibidem*.

- ***De la motivación del acto administrativo como garantía de los derechos fundamentales.***

Como ya se ha dicho, es claro que los empleos de carrera, que son la regla general dentro del funcionamiento de la administración pública del país, solo pueden ser provistos mediante nombramiento en propiedad de acuerdo a los procedimientos señalados en la ley la constitución y el reglamento. No obstante cuando quiera que por diversas razones lo anterior no sea posible, en guarda del principio de continuidad de la función pública, es pasible la aplicación de la figura de provisión de los empleos a través del llamado nombramiento provisional, figura que aunque por sí misma no genera inamovilidad, es claro que por razones de orden constitucional y legal los servidores designados en provisionalidad gozan de lo denominado por la jurisprudencia “estabilidad relativa” consistente en que las personas que ocupen un cargo de carrera de manera provisional, gozan de cierta estabilidad laboral pues, como se indicó, no pueden ser removidos de sus empleos mientras no sean sujetos de una sanción disciplinaria o se provea el cargo respectivo a través de concurso o cualquier otra razón o causa legal que justifique su retiro siempre que dicha razón sea expuesta en el mismo acto administrativo.

Por ello, con el fin de garantizarles el debido proceso, la decisión de desvincular un empleado o funcionario provisional debe ser adoptada mediante acto motivado, en razón a que la desvinculación del servicio de ese tipo de empleados debe ocurrir por causas previstas en la norma, valga decir, el surgimiento de un titular con derecho al cargo por el concurso de méritos, o en su defecto cualquier otro motivo que legalmente implique el retiro del servicio como sería una orden disciplinaria, orden judicial o cualquier otro dispositivo con efectos jurídicos análogos. Esto significa la necesidad de un acto administrativo motivado que además opera como garantía plena del debido proceso, legalidad y defensa (Art. 29 CP), los principios mínimos laborales consagrados en el artículo 53 de la Constitución, entre otros, la estabilidad laboral, cuya limitación opera por reserva legal y únicamente para atender intereses de carácter general sin que con ello se esté autorizado a vulnerar el núcleo mínimo irreductible del derecho fundamental.

De otra parte el estado de desproporción respecto de la designación en propiedad constituye una realidad que no es imputable a persona distinta que a la misma Administración lo que desde luego no puede invocarse como pretexto para aplicar a ese tipo de servidores condiciones inherentes al sistema de empleos de libre nombramiento y remoción. Además la jurisprudencia ha reconocido en diversos pronunciamientos que la necesidad de motivación de los actos administrativos admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, excepción que encuentra soporte en normas superiores por cuanto es la misma Constitución Política la que admite la existencia de cargos que no son de carrera administrativa, respecto de los cuales el nominador puede nombrar y remover libremente a quienes han de ocuparlos, razón por la cual tales empleos deben ser señalados taxativamente por el legislador pues, como se sabe, se someten a una relación subjetiva en la escogencia del empleado por motivos personales de confianza estableciéndose una relación "*intuito personae*" entre el nominado y el nominador. Por ello no es aceptable que se expidan actos de declaratoria de insubsistencia sin

motivación en empleados que no son del sistema de libre nombramiento y remoción cuando -como la misma Corte Constitucional señaló<sup>32</sup>- la autorización dada por el legislador es para **no motivar los actos de desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción** y por ello necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción. El despacho comparte la posición de la Corte Constitucional en la medida en que en este caso se verifica de fondo un debate constitucional referente a los derechos fundamentales al debido proceso, legalidad, defensa y favorabilidad laboral, por el desconocimiento de precedentes jurisprudenciales que resultan más apropiados para la resolución de conflictos que implican de suyo la protección de derechos de carácter fundamental de empleados que se encuentran desempeñando cargos de carrera con nombramiento provisional los cuales, como se vio, gozan de estabilidad relativa con referencia a quienes se encuentran inscritos y escalafonados en carrera, que desde luego poseen derecho a estabilidad plena y que se limita por la condición suspensiva de la ley delimitada por el agotamiento del proceso de selección, es decir que cumplido este proceso procede la provisión definitiva del empleo y por ello quien ha sido designado en empleo en forma provisional para llenar una vacante de un cargo de carrera, posee la prerrogativa a una estabilidad si bien limitada, al fin y al cabo estabilidad, que no puede ser desconocida por el nominador.

- ***De la desviación de poder.***

La desviación de poder es un vicio de nulidad de los actos administrativos que obedece a su elemento teleológico, y se presenta cuando el funcionario profiere el acto en busca de una finalidad diversa a la que establece la ley, abusando de sus atribuciones públicas, esto sucede cuando persigue intereses personales o políticos y ajenos al buen servicio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2° Superior; por tanto corresponde al demandante demostrar en el proceso, que la verdadera motivación del acto discrecional obedeció a tales móviles. Esta causal de nulidad se relaciona con el elemento subjetivo del acto administrativo, o sea, **la intención** que tuvo el funcionario al expedir el acto administrativo, y se configura cuando esta no coincide con el motivo expreso o tácito en la norma atributiva de la competencia. De tal manera que quien denuncie que un determinado acto administrativo esta viciado de desviación de poder, obviamente debe probar la intención alterada que tuvo el funcionario que lo expidió.

- ***El mejoramiento del servicio***

Se trata de una noción que carece de respaldo normativo, la cual solo se ha consolidado a través de vía jurisprudencial que como se sabe, constituye el principal motivo que justifica el ejercicio de las facultades discrecionales orientadas al nombramiento y remoción de empleados públicos. El parámetro del mejoramiento del servicio ha tenido efectos en el campo administrativo laboral, reconocidos por la jurisprudencia, en temas de insubsistencia, cuando, por ejemplo, en lugar de la persona desvinculada se designa a otra que por no reunir

<sup>32</sup> C-734 de 21 de junio de 2000

mejores condiciones de experiencia o estudios da lugar a que el juez de lo contencioso administrativo considere inaceptable la tesis de que ello redundará en mejora del servicio y, en consecuencia, invalide el acto de retiro. No obstante no corresponde, al servicio público que debe prestar el Estado, el cual, simplemente debe prestarse, en los precisos términos de las funciones de las diferentes dependencias oficiales y de las de sus servidores, quienes no pueden permitirse hacer sino lo que les está ordenado en la ley y los reglamentos, so pena de incurrir en extralimitación en su ejercicio.

Ahora bien, en lo que se refiere a las necesidades del servicio debe decirse que esta figura el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, con ponencia del Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante en sentencia de 13 de octubre de 2005 dentro del expediente radicado con el No. 25000-23-25-000-1999-05050-01(2906-03) señaló que corresponde a la parte demandada demostrar en el transcurso del proceso, a través de los medios de prueba establecidos en la ley, “las estrictas necesidades del servicio” que la llevaron a reemplazar al funcionario cuyo nombramiento de libre nombramiento y remoción es declarado insubsistente. Si bien esta caso se trata de la declaratoria de insubsistencia de nombramiento en provisionalidad, atendiendo a que como se dijo con anterioridad éste se trata de un debate constitucional referente a los derechos fundamentales al debido proceso, legalidad, defensa y favorabilidad laboral, fundamentados en precedentes jurisprudenciales que implican la protección de derechos de carácter fundamental de empleados que se encuentran desempeñando cargos de carrera con nombramiento provisional los cuales, como se vio, gozan de estabilidad relativa con referencia a quienes se encuentran inscritos y escalafonados en carrera, que desde luego poseen derecho a estabilidad plena y que se limita por la condición suspensiva de la ley delimitada por el agotamiento del proceso de selección. Es así que con mayor razón para este caso debería la entidad desplegar la actividad probatoria para defender la presunción de legalidad de su decisión Esta tesis fue corroborada en sentencia No. 2468 de 22 de junio de 2000, actor: Pastor Baena Gutiérrez, Magistrado Ponente: Doctor: Carlos A. Orjuela Góngora, en la que se sostuvo: “...No resulta razonable, como en este caso, que una persona con una excelente hoja de vida, buen funcionario, con experiencia en la institución y en el cargo digna de resaltar, de la noche a la mañana pase a ser un funcionario inconveniente para la administración. Tampoco se puede presumir, ligeramente, que su retiro se produjo en aras del mejoramiento del servicio. El nominador, goza de un margen discrecional razonable en la escogencia frente a los empleados de libre nombramiento y remoción, pero esto no quiere decir que pueda removerlos o nombrarlos de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo sus calidades experiencia e idoneidad en el desempeño de las funciones, en este supuesto las razones deben ser objetivas, sólidas y explícitas.”.

#### **5.4.- DEL CASO CONCRETO Y DE LO EFECTIVAMENTE PROBADO.**

##### **5.4.1.- DE LA DESVIACIÓN DE PODER.**

En el presente caso el demandante sostiene que con el acto administrativo demandado no se buscó mejorar la prestación del servicio, toda vez que al momento de la desvinculación del Doctor Wilson Hernando Morales Hurtado éste

ya había cumplido con los requisitos de la judicatura, así mismo ya había venido desempeñando el cargo de oficial mayor grado 9 en el Juzgado Tercero Civil del Circuito desde el mes de marzo de 2000, sin que hasta la fecha de su retiro (31 de enero 2001) haya existido queja o reparo alguno en la prestación del servicio, por parte del nominador del cargo.

Es preciso establecer si de conformidad con lo establecido en los artículos 84 y 85 del Decreto 01 de 1984, la Resolución No. 001 del 31 de enero de 2001, a través de la cual se declaró insubsistente al demandante se encuentra incurso en la causal de nulidad denominada desviación de poder; nótese que esta causal está igualmente contenida en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (art. 137) siendo válidas para la resolución de este caso las reflexiones elaboradas por la Jurisprudencia en vigencia de ésta última normatividad con respecto a dicha causal. El Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2015; Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez; expediente (0596-2014) señaló:

“De acuerdo con lo anterior, la causal de nulidad de los actos administrativos, por desviación de poder, conforme al artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, se presenta cuando el nominador dicta un acto que está dentro de sus atribuciones, observa las formalidades prescritas por la ley y se ajusta en sus términos a las normas superiores; sin embargo, al proferirlo, tiene en cuenta motivos distintos a aquellos para los cuales se le confirió el poder, esto es, contrarios al buen servicio público a cargo de la entidad que representa. La desviación de poder se configura, entonces, cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley.

Pues bien, se argumentó que la decisión de declarar insubsistente al demandante no tuvo como finalidad el mejoramiento del servicio público sino que fue el producto del interés particular de la administración de turno, dejando de lado la objetividad, la imparcialidad, la eficacia, la moralidad que deben caracterizar a la administración, violándose así los principios de la función pública, primando el interés personal para ejercer el poder en forma arbitraria y que el buen servicio público se desmejoró porque se nombró en reemplazo del demandante a una persona con menos experiencia.” (Negrilla fuera del texto).

Si bien es cierto el Despacho no desconoce que dentro de la actuación penal adelantada en contra del señor Silverio Aquilino Cruz Rojas, los jueces de primera y de segunda instancia para declarar la responsabilidad del procesado señalan dentro de sus argumentos que la salida del Señor Wilson Hernando Morales Hurtado se dio de manera precipitada ante la negativa de éste a seguir cancelando los pagos exigidos por sus compañeros de trabajo; también lo es, que la acción penal y la acción contencioso administrativa son totalmente independientes, pues mientras que la primera de ellas busca establecer la responsabilidad del funcionario en la posible comisión de un delito, en la acción contenciosa se debate la presunción de legalidad de los actos administrativos, sin que éstas tengan la naturaleza de excluirse mutuamente; por lo tanto, la declaratoria de responsabilidad del Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, por la comisión de una conducta punible, no tiene la connotación per se de demostrar o hacer presumir la ilegalidad de los actos administrativos proferidos por éste.

Si bien, no se trata de realizar un juicio respecto de la idoneidad del empleado que fue removido, es del caso indicar que pueden existir diferentes circunstancias que eventualmente a juicio del nominador pueden afectar la adecuada prestación del servicio, motivos que deben quedar impresos en el acto que establece su remoción.

Así las cosas, es procedente entrar a analizar las razones o fundamentos que motivaron la expedición de la Resolución No. 001 del 31 de enero de 2001, por medio del cual se declara insubsistente al señor Wilson Hernando Morales Hurtado, la cual en su parte considerativa establece

*“(…) Que se hace necesario para la buena marcha del Despacho la designación de un abogado titulado y con mayor experiencia, a partir de la presente fecha.*

*Que tanto la ley estatutaria, como los acuerdos del Honorable Consejo Superior de la Judicatura han indicado que la provisionalidad no debe superar los seis meses, ya que debe solicitarse la lista de elegibles cuando la vacante se presenta.*

*Que en anteriores oportunidades y para el cumplimiento de las normas que rigen la carrera judicial, este despacho solicito lista de elegibles, recibiendo respuesta de la Presidencia de la Sala Administrativa del Honorable Consejo Seccional de la Judicatura, en sentido que el Juez queda autorizado para nombrar por cuanto no hay lista de elegibles.*

(…)

*Que el nombramiento hecho en provisionalidad no otorga derecho de permanencia en el cargo y **ante la necesidad del servicio y siempre que el mismo realmente se mejore...**” (f. 5 cuaderno 1)*

(Negrilla fuera del texto).

Por su parte el señor Silverio Aquilino Cruz Rojas en declaración rendida el 24 de abril de 2001<sup>33</sup>, al momento de exponer las razones que motivaron su decisión de declarar insubsistente al señor Wilson Hernando Morales Hurtado manifestó:

*“El retiro se debió a la insubsistencia decretada de manera legal, y por los motivos que en la correspondiente resolución se indican en la misma resolución, por ahora, considero necesario explicar que el compromiso con el extinto Floriberto Morales Rodríguez, fue permitir que Wilson Hernando, realizará su judicatura. Con Wilson Hernando, ningún acuerdo o compromiso realice, de otra parte debo señalar que el*

<sup>33</sup> En cuanto a esta prueba, así como las demás declaraciones del proceso penal, acoge el Despacho lo dispuesto en la Sentencia 13607 de la Sección Tercera del Consejo de Estado: “A efectos de dilucidar si las mencionadas pruebas pueden ser objeto de valoración en este proceso, es necesario acudir a las normas del Código de Procedimiento Civil, aplicable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, según el cual “En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, se aplicarán, en cuanto resulten compatibles con las normas de este código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”. En punto a la posibilidad de trasladar las pruebas, cualesquiera que sean, practicadas en otro proceso, la misma se encuentra autorizada por el artículo 185 del Estatuto Procesal Civil, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: - Que hayan sido válidamente practicadas. - Que se trasladen en copia auténtica. - Que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. Concretamente, respecto a la prueba testimonial es necesario recordar que el artículo 229 ejusdem consagra obligación de ratificar el testimonio practicado en un proceso para que pueda trasladarse cuando: “a. Se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior. b. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.” Se cumple en este caso con todos los anteriores requisitos, es válido en consecuencia analizar las pruebas recaudadas en el proceso penal que cursó contra Silverio Aquilino Cruz por el delito de concusión y fundamentar en las mismas la sentencia.

*juzgado a mi cargo venia retrasado o lo que es igual en morosidad al punto que todas las sentencias de la jurisdicción ordinaria fueron proferidas durante el año dos mil (2000) fuera de los términos previstos por el C.P.C. Ocurre que los dos empleados del grado nueve (9), uno llamado oficial mayor y el otro sustanciador, nunca profirieron un proyecto de sentencia ordinaria de tutela o de segunda instancia. Se conformaron con mantener más o menos al día la llamada sustanciación, de otra parte desde el mes de abril del año dos mil, en mi juzgado se conformaron dos grupos de empleados, el primero que era los que laboraban en secretaria propiamente dicha, y el segundo por los dos llamados sustanciadores, esto es Olga Amparo Bernal y Wilson Hernando Morales. Finalmente anoto, que acudí a finales de enero, de año dos mil uno (2001) a la sala administrativa del honorable Consejo Seccional de la Judicatura para reclamar listas de elegibles para el cargo de secretario, habida consideración de que el concurso había concluido, en razón a que el Dr. Wilson Alarcón me explico que tales listas podían ser remitidas la siguiente semana o quizás después, le comente que en mi juzgado la situación era irresistible por el trabajo y por el trato personal que se me prestaba a lo cual él me dijo “ hay casos en que uno como juez debe amarrarse los pantalones, llamar a sus empleados y si no funcionan echarlos”, de vuelta al juzgado y en cuanto estaba realmente desesperado con las situaciones anotadas le pedí a Wilson Hernando, en la entrada del juzgado, que por favor me presentara la renuncia por cuanto ya se había cumplido el requisito de judicatura, que como ya estaban las nóminas hechas la renuncia seria con efectos a fin de mes. Nada me contestó, pero nunca presento renuncia, por lo cual el funcionario procedió a decretar la insubsistencia de quien estaba en provisionalidad y de conformidad con las leyes y los reglamentos. El reemplazo se designó a la Dra. Gloria Esperanza Malaver, quien es abogada titulada, tiene terminada una especialización y se venía desempeñando, hasta diciembre del año anterior, como oficial mayor del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Tunja; en el caso del juzgado los sustanciadores invocaron siempre tener demasiados procesos a su cargo con lo que se mantenían ocupados y por eso no podían colaborar con el resto del Despacho. Evidentemente el número de autos que aparecen en los distintos estados es bastante superior en mi juzgado respecto a los otros tres. Reitero que no fue solo la situación de trabajo sino el hecho de que los grupos conformados de hecho en el juzgado, no se entendían y ni siquiera se hablaban. (f. 75 anexo 3).*

Por otro lado el señor Óscar Raúl Rivera Garcés, quien para el momento de los hechos se desempeñaba como Secretario del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, al momento de referirse a la calidad y el cumplimiento del trabajo del demandante señaló:

*“..WILSON HERNANDO es una persona muy cumplidora de su deber, cumplía con todas las tareas que el cargo le exigía, muy reservado, únicamente se limitaba a contestar o saludar, poco le gustaba departir con su compañeros, muy respetuoso de sus compañeros, del señor juez, siempre observó buena conducta, muy estudioso, muy juicioso...en cuanto a calificar si es bien o malo, es difícil, porque en el derecho, le corresponde hacer esa valoración al señor juez, quien es quien observa si se incurrió en algún error, decretar la respectiva nulidad, para mí el trabajo de los sustanciadores en cuanto a sustanciación, es decir el impulso procesal, para mí, considera que fue bueno...”* al preguntársele sobre las razones por las cuales el accionante fue removido del cargo de oficial grado 9, manifestó que “...el Dr. Aquilino, me comentaba que él había sido nombrado para que realizara la judicatura, en el juzgado y como el señor Wilson no renunció el Dr. Aquilino, manifestaba que necesitaba designar un abogado para que le colaborara de fondo,

*que por tal motivo se profirió la resolución, la cual yo como secretario le notifiqué conjuntamente con el señor Juez...” y respecto a la persona que sucedió en el cargo al señor Wilson Hernando Morales indicó que “...una Dra. Gloria Malaver, pues según presentación que hizo el doctor en Secretaría es abogada titulada con pos-grado en un área del derecho que no sé cuál será, ha ocupado los cargos de juez e inspectora, lo anterior por manifestación del señor juez ante la Secretaría, porque no conozco su hoja de vida (f.97-100 anexo 3).*

Ahora bien, en el presente caso no se debate que las labores de sustanciación desempeñadas por el señor Wilson Hernando Morales no fueron buenas, pues incluso el nominador del cargo en su declaración sostiene que su despacho sobresalía en el cumplimiento de metas frente a esta labor; no obstante la inconformidad del nominador del cargo radicaba en dos situaciones diferentes; la primera de ellas consistente en el gran cúmulo de trabajo que presentaba en el Despacho frente a decisiones de fondo que debían ser adoptadas y que no eran resueltas de manera oportuna, pues los “...dos empleados del grado nueve (9), uno llamado oficial mayor y el otro sustanciador, nunca profirieron un proyecto de sentencia ordinaria de tutela o de segunda instancia...”, lo cual le valió una calificación negativa; en segundo lugar, el ambiente que se había creado en el Despacho, pues existía una gran rivalidad entre los sustanciadores y los empleados de la secretaría hasta el punto en que no “...se entendían y ni siquiera se hablaban...”; por lo tanto y para solventar esta difícil situación el nominador del cargo optó por buscar una persona que le permitiera ponerse al día con la proyección de sentencias (mejorar el servicio) y que sea del paso aliviar la tensión que se presentaba en el Despacho.

Si bien no se conoce con claridad sí la prestación del servicio con el cambio de empleado mejoró, también lo es que atendiendo a las circunstancias particulares el nominador decidió prescindir de quien él consideraba el funcionario que menos le aportaba al cumplimiento de los objetivos establecidos por el juzgado, fue así que a través de la Resolución No. 001 del 31 de enero de 2001, designó en el cargo de sustanciador grado 9 a la Doctora Gloria Esperanza Malaver, quien a juicio del nominador contaría con las capacidades profesionales y humanas para lograr el cumplimiento de las funciones establecidas para el cargo, a pesar que la vinculación de la nueva funcionaria se hubiese hecho en las mismas condiciones de provisionalidad.

Ahora bien, a pesar que en el presente caso no se cuenta con elementos probatorios suficientes que permitan establecer el mejoramiento en la prestación del servicio, esta no es una circunstancia que le corresponda a la entidad demandada, pues esta carga probatoria le corresponde al empleado retirado, el cual debe allegar los medios de prueba idóneos que demuestren de manera fehaciente e inequívoca los vicios de nulidad con los que cuenta el acto administrativo demandado, situación que no se configura en el sub lite, toda vez que del material probatorio allegado no se logra inferir siquiera que el nominador del cargo de manera indebida haciendo uso de su facultad discrecional, haya buscado un beneficio diferente a mejorar la prestación del servicio.

Pues si bien el Despacho no desconoce que el funcionario que suscribió la Resolución No. 001 del 31 de enero de 2001, fue declarado responsable dentro del

proceso penal adelantado en su contra por el delito de concusión, también lo es que dicha circunstancia por sí sola no tiene la connotación de permitir inferir la ilegalidad del acto administrativo demandado, toda vez la funcionaria que reemplazó al demandante tenía un nivel académico y profesional superior, pues mientras ésta, según lo expuesto por el nominador del cargo en su versión libre era abogada, tenía una especialización y se había desempeñado como oficial en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Tunja, el señor Wilson Hernando Morales Hurtado según declaración realizada por éste el 3 de abril de 2001 (f. 56 anexo 3), tan solo había terminado sus estudios en derecho, situación que deja entrever que a pesar de las irregularidades que se hubiesen podido presentado al interior del Despacho, la intención del nominador del cargo siempre fue la de mejorar la prestación del servicio; así las cosas y como quiera que no existen elementos de juicio que permitan establecer la ilegalidad del acto administrativo demandado, el cargo de desviación de poder expuesto por el demandante no tiene vocación de prosperar.

En este punto es preciso señalar que si bien la hoja de vida de la funcionaria que reemplazó al accionante, no constituye un elemento ineluctable para demostrar el mejoramiento en la prestación del servicio, también lo es que al contar con dicha prueba se hubiese podido establecer de manera indiciaria la desviación del poder, pues de llegarse a demostrar que la funcionaria no cumplía con los requisitos establecidos en la motivación del acto administrativo; esto es, ser abogada titulada y contar con mayor experiencia en este caso que el demandante esta circunstancia permitiría configurar la causal de nulidad de desviación de poder alegada por la parte actora.

• **DE LA FALSA MOTIVACIÓN.**

Sostiene el demandante que el acto administrativo demandado adolece de falsa motivación, toda vez que los motivos expresados en la parte motiva del mismo, carecen del respaldo invocado, toda vez que éste fue el resultado de la decisión arbitraria y resentida del nominador ante la negativa del señor Wilson Hernando Morales Hurtado de seguir distribuyendo su salario entre los funcionarios del despacho.

Revisado el acto administrativo demandado, se advierte que el nominador del Despacho al momento de expedir la Resolución No. 001 del 31 de 2001, expuso como fundamentos del mismo: i) la necesidad de contar con un empleado graduado y con mayor experiencia, ii) el término para la provisionalidad señalado en la ley estatutaria y en los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, iii) la inexistencia de listas de elegibles iv) *“ante la necesidad del servicio y siempre que el mismo realmente se mejore...”*(f. 5) (negrilla y subraya fuera del texto)

De lo anterior, se logra establecer diferentes circunstancias que permiten construir la legalidad del acto administrativo demandado; el primero de ellas consiste en la poca experiencia con la que contaba el funcionario que hasta la fecha venía desempeñando el cargo de sustanciador grado 9 (desde el 31 de enero de 2000); en segundo lugar y teniendo en cuenta el gran cúmulo de proyectos de sentencias represados el nominador del cargo consideró que lo mejor sería vincular *“...un*

*abogado y con mayor experiencia...*”, con lo cual se lograría mejorar la prestación del servicio.

Si bien es cierto, la responsabilidad del rendimiento del despacho no le es atribuible a un solo empleado, pues es responsabilidad de todos y cada uno de los funcionarios, también lo es que las fallas detectadas en el rendimiento, según el criterio del nominador del despacho, le eran atribuibles a los dos sustanciadores grado 9, esto es Olga Amparo Bernal y Wilson Hernando Morales, quienes no realizaban ninguna proyección de sentencias; en ese punto es preciso señalar que el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, a pesar de ser consciente de las falencias de estos dos funcionarios decide prescindir de los servicios del demandante, teniendo en cuenta que el señor Óscar Raúl Rivera Garcés, quien era el oficial grado 9 de carrera de dicho despacho, al momento de los hechos se encontraba en licencia ejerciendo el cargo de secretario grado 10, siendo reemplazado de manera provisional por el señor Wilson Hernando Morales; por su parte la señora Olga Amparo Bernal Ariza, de conformidad con el Decreto No. 003 del 18 de noviembre de 1992 se encontraba nombrada en propiedad en el cargo de oficial mayor grado 9 en dicho juzgado (f. 357).

Así las cosas, atendiendo las circunstancias particulares que se presentaban en ese momento en el Juzgado Tercero Civil del Circuito, para mejorar la prestación del servicio no le era dable al nominador del Despacho prescindir de otro funcionario diferente al que se encontraba nombrado en provisionalidad, esto es, el cargo del señor **Wilson Hernando Morales**. Ahora bien, dicho empleado fue sucedido por la señora Gloria Esperanza Malaver, quien para ese momento, según lo expuesto por el señor Silverio Aquilino Cruz Rojas, era “...*abogada titulada, tiene terminada una especialización y se venía desempeñando, hasta diciembre del año anterior, como oficial mayor del juzgado cuarto civil del circuito de Tunja...*” (f. 75 anexo 3); situación que permite inferir el cumplimiento de uno de los supuestos establecidos en el acto administrativo demandado, esto es, la designación de “**un abogado y con mayor experiencia**”, circunstancia que no fue controvertida por la parte actora, quien se limitó a señalar que el acto administrativo demandado era nulo toda vez que al momento de su expedición el demandante ostentaba un buen desempeño en sus labores.

En el sub lite la parte actora no cumplió con la carga de la prueba en debida forma, toda vez que no existen las pruebas suficientes que permitan predicar la ilegalidad del acto administrativo acusado; al respecto el artículo 177 del C.P.C y al referirse a la carga de la prueba establece que:

**“...Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.**

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba. (Negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, es claro que la presunción de legalidad de cobija a la resolución No. 001 del 31 de enero de 2001, se encuentra incólume, toda vez que en el curso del proceso no quedó demostrado que la desvinculación del demandante obedeció a intereses particulares y mucho menos que los fundamentos expuestos

en dicho acto correspondan a supuestos facticos diferentes a los allí expuestos, razón por la cual no se configura la causal de nulidad denominada falsa motivación.

## **6. CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto en esta providencia, se negaran las pretensiones invocadas, habida consideración que el acto administrativo de insubsistencia del nombramiento del demandante, goza de presunción de legalidad, sin que de los argumentos expuestos en la demandada o en los alegatos de conclusión pueda llegar a inferirse alguna irregularidad que permita adoptar una decisión diferente a la aquí expuesta.

## **7. COSTAS**

Finalmente, el Despacho que, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y en el sub lite ninguna procedió de tal forma; en consecuencia, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.-** Declarar no probada la excepción de “FALTA DE LITIS CONSORCIO NECESARIO POR PASIVA”.

**SEGUNDO.-** Negar las pretensiones formuladas por el demandante WILSON HERNANDO MORALES HURTADO contra la Nación – Ministerio de Justicia – Consejo Superior de la Judicatura.

**TERCERO.-** Abstenerse de condenar en costas en esta instancia.

**CUARTO.-** Archivar el expediente una vez cobre firmeza la presente providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO**

**Juez.**