

CARRERA JUDICIAL – Sistema de administración de personal / CARRERA JUDICIAL – Proceso de selección / PROCESO DE SELECCIÓN – Herramienta de escogencia / RETIRO DEL SERVICIO – Mediante acto de insubsistencia motivado por una calificación insatisfactoria

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que en los precisos términos del artículo 125 de la Constitución Nacional, la carrera judicial es un sistema de administración de personal que tiene por finalidad escoger, en beneficio del servicio público, el aporte humano más capacitado y calificado para desempeñar la función pública. En ese sentido, el proceso de selección es la herramienta de escogencia, y el mérito, es el pilar fundamental en la superación de las etapas que lo conforman, y solamente el sometimiento y aprobación satisfactoria de ello, es la condición necesaria para ser nombrado y para predicar los derechos que le otorga la carrera judicial, entre otros, una mayor estabilidad en el empleo. En cuanto al retiro, está rodeado de una serie de formalidades, es decir, solamente puede hacerse mediante acto de insubsistencia motivado en una calificación insatisfactoria.

INSUBSITENCIA – Provisional / NOMBRAMIENTO PROVISIONAL – No se equipara al escalafonado / NOMBRAMIENTO PROVISIONAL – Se asemeja al de libre nombramiento y remoción / RETIRO DEL SERVICIO EMPLEADO PROVISIONAL – El acto no requiere ser motivado / FACULTAD DISCRECIONAL – Retiro del servicio

El nombramiento del servidor que ingresa al servicio sin haber superado un concurso de méritos al de aquél que se somete a las etapas del proceso selectivo. En este sentido el nombramiento en provisionalidad no es equiparable al del escalafonado en la carrera, y por lo mismo el retiro no puede estar revestido de las mismas formalidades. La situación del nombrado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez, debe ir encaminado al mejoramiento del servicio. En este orden de ideas, el nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer cargos de carrera, en eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de concurso, o por encargo con otro empleado de carrera. La situación en provisionalidad, no otorga fuero de estabilidad relativa alguno.

DESVIACION DE PODER – No se configura

Se concluye que la referida servidora, cumplía con las exigencias para ser Secretaria de Juzgado de Circuito, situación que agregada al hecho de que el actor no demostró que con su nombramiento se hubiera desmejorado el servicio, implica que por este aspecto no se configura la desviación de poder alegada.

CAUSAL DE IMPEDIMENTO – No esta contemplada en la norma / PARENTESCO – Nombramiento funcionario / ACTO DE INSUBSISTENCIA – Falsa motivación / FALSA MOTIVACION – Probada

Los testimonios practicados en el trámite del proceso, señalan que los motivos que llevaron a la insubsistencia fueron además de la facultad discrecional del nominador, el parentesco entre él y la esposa del actor. En relación con la causal de impedimento “por los menos moral” aducida por el Juez Penal del Circuito Especializado de San Gil. Son los grados de parentesco establecidos por la norma

constitucional los que se deben tener en cuenta al momento de hacer nombramientos. Sin embargo, Sergio Fernando Núñez Plata, al ser cónyuge de la prima del Juez, no estaba dentro de ninguno de los grados descritos y en consecuencia no se configura la causal de impedimento alegada y el hecho de que el nominador se sienta moralmente impedido para su nombramiento, es preciso advertir que el demandante ya se encontraba vinculado al Despacho, aspecto que no se discute, y en consecuencia no se trataba de un nombramiento como lo indica la norma.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 68001-23-31-000-2003-01093-01(1814-10)

Actor: SERGIO FERNANDO NÚÑEZ PLATA

Demandado: LA NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL

Autoridades Nacionales

Decide la Sala el recurso de apelación contra la sentencia de 25 de marzo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

ANTECEDENTES

SERGIO FERNANDO NÚÑEZ PLATA por intermedio de apoderado y con fundamento en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de Santander, la nulidad de los Acuerdos 001 de 1 de octubre y 004 de 30 de octubre de 2002 expedidos por el Juez Único Penal del Circuito Especializado de San Gil por los cuales declaró insubsistente su nombramiento como Secretario de ese despacho.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro sin solución de continuidad al cargo que desempeñaba o a otro

de similar categoría, y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde que se declare la nulidad del retiro hasta que se ordene su reintegro.

A título de indemnización pretende el pago de perjuicios morales en cuantía de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes y materiales por valor de \$14.102.351.00 ocasionados por su desvinculación intempestiva. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y s.s. del C.C.A.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones señala los siguientes:

Sergio Fernando Núñez Plata se vinculó a la Rama Judicial desde el 18 de mayo de 1989 como escribiente del Juzgado Promiscuo Municipal del Valle de San José Santander, en carrera judicial.

En consideración a su experiencia profesional y a sus calidades académicas desempeñó cargos de Secretario del Tribunal Superior del Distrito Judicial y Auxiliar Judicial II del Juzgado Único Penal de Circuito Especializado de San Gil.

Fue nombrado en provisionalidad como Secretario del Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de San Gil, y para desempeñarse en él con el fin de no perder los derechos de carrera que le asistían solicitó licencia remunerada por el término de 2 años, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 142 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

El 1 de octubre de 2002 cuando llegó a su puesto de trabajo encontró que el Juez titular del despacho había designado otra persona en el cargo que venía desempeñando, y en consecuencia declaró insubsistente su nombramiento, mediante el Acuerdo 001 de esa fecha.

El acto de desvinculación motivó la decisión en el hecho de que el actor se encontraba inscrito en carrera judicial en el Juzgado Promiscuo Municipal del Valle de San José, sin advertir que el demandante gozaba de una licencia por el término de 2 años, prorrogables o en su defecto, podía renunciar al cargo sobre el cual tiene derechos de carrera para continuar desempeñándolo.

Mientras cumplió funciones en el cargo de Secretario de Juzgado fue evaluado por el nominador de conformidad con la Ley 270 de 1996.

El retiro del actor está afectado por desviación de poder, al desvincular al actor con el fin de cumplir compromisos adquiridos y nombrar en su reemplazo a quien laboraba como citadora del mismo despacho, porque posiblemente así lo recomendó algún magistrado.

No es cierto que la desvinculación buscara el mejoramiento del servicio teniendo en cuenta que su reemplazo tenía tan solo 3 años de experiencia en la Rama Judicial como citadora, y no había adelantado estudios en derecho, evidenciándose la falta de objetividad en la decisión adoptada.

Contra el acto que declaró la insubsistencia, interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación los cuales fueron resueltos desfavorablemente por el Acuerdo 004 de 30 de octubre de 2002.

Los actos demandados le causaron graves perjuicios al actor y a su familia, habida cuenta que el sustento económico de su hogar es el que él devenga por el ejercicio de su cargo, y al haberse tenido que reintegrar al cargo sobre el cual tenía derechos de carrera judicial ha tenido que desplazarse diariamente de un municipio a otro, puesto que su lugar de residencia está ubicado en San Gil y el de trabajo en San José Santander, viendo así afectados sus ingresos.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocaron en la demanda los artículos 2, 4, 25, 29, 40 numeral 7, 53, 95, 125 y 129 de la Constitución Política; 1, 7, 147 parágrafo, 152 numeral 5, 153 numerales 1 y 2 y 157 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia; 7, 9 y 11 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 198 y los artículos 65, 85, 130 132 numerales 2 y 3, 133, 152, 413 y 416 de la Ley 599 de 2000.

Como concepto de violación de las normas invocadas, señaló que si bien es cierto que se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción, lo cierto es que la remoción debe estar fundada en razones única y exclusivamente dirigidas al mejoramiento de la prestación del servicio público.

El nominador desbordó el ejercicio de la discrecionalidad toda vez que con la decisión controvertida no se mejoró la prestación del servicio en el Juzgado, al prescindir de un profesional con casi 14 años de experiencia en la Rama Judicial, por una persona que demostraba tan solo 3 años de experiencia, además de que cercenó el derecho del actor a gozar de un trabajo digno y justamente remunerado, lo cual le brindaba un bienestar emocional, económico y social.

Los actos demandados están viciados por desviación de poder y falsa motivación, pues aunque el nominador no tenía la obligación de expresar los motivos por los cuales decide retirar a sus dependientes, en razón a la facultad de libre nombramiento y remoción, adujo razones falsas que riñen con los principios de eficiencia, transparencia y recta administración de justicia, al desconocer que el actor aunque estaba en otro cargo del cual era titular en carrera judicial, podía seguir desempeñando el de Secretario del Juzgado.

El nominador para retirarlo del servicio, se fundamentó en una causal de impedimento inexistente, al argumentar que el actor era el esposo de una prima hermana del Titular del Despacho, circunstancia que no impide el desempeño del cargo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones que a continuación se exponen:

No asiste razón al actor al expresar que el acto está afectado de falsa motivación, pues las razones que se exponen como causa de su expedición, realmente existen.

En efecto, no es materia de discusión el hecho de que el actor se encontraba en provisionalidad en el cargo de Secretario de Juzgado, y que estaba inscrito en carrera judicial en un cargo distinto respecto del cual había solicitado licencia para desempeñar otro de libre nombramiento y remoción.

No es de recibo el argumento del actor según el cual al encontrarse en situación de licencia para desempeñar un cargo en provisionalidad le otorgaba un derecho,

pues de todas formas su permanencia obedece al ejercicio de la facultad discrecional del nominador.

De otra parte, la situación que el nominador señala en el acto de insubsistencia como causal de impedimento moral, en razón a su parentesco con la esposa del demandante, también corresponde a la realidad, y ante este hecho resulta razonable que el titular de la facultad discrecional decida ejercerla en aras del buen servicio.

Respecto de la desviación de poder, no basta con solo alegar que “tal vez” el retiro del servicio del actor se determinó con el fin de satisfacer la burocracia a favor de un Magistrado, pues en ese caso es necesario demostrar concretamente que esa fue la intención del Juez.

Ahora bien, las calidades de quien fue designada como su reemplazo según consta en la hoja de vida aportada al plenario a folios 108 a 110 son suficientes para desempeñar el cargo y en consecuencia no está probado que no cumplía con los requisitos para el ejercicio del empleo.

Finalmente y en relación con el cargo de desconocimiento de la Ley 270 de 1996 por haberle impedido seguir desempeñándose en un cargo que le proporcionaba bienestar emocional, social y familiar, es preciso indicar que la estabilidad relativa en un empleo se predica respecto de aquel sobre el cual tiene derechos de carrera judicial y no sobre aquel que desempeñaba en provisionalidad.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión del Tribunal la parte demandante interpuso recurso de apelación, con fundamento en los argumentos que a continuación se exponen:

El fallo del Tribunal está basado en interpretaciones rigoristas, que conllevan a conclusiones equivocadas, dejando de lado que los cargos formulados y debidamente demostrados en el proceso desvirtúan la presunción de legalidad de los actos acusados por estar viciados por desviación de poder y falsa motivación.

Los numerales 1 y 2 de la parte motiva del acto de insubsistencia que informan que el actor desempeñaba en provisionalidad haciendo uso de una licencia del

cargo en el cual se encontraba inscrito en carrera judicial, situación que no es suficiente para declarar insubsistente el nombramiento de un servidor público.

Respecto del impedimento "moral" que invoca el nominador como argumento para determinar su retiro, es una motivación expuesta con el fin de disimular la verdadera intención de quien lo expidió, que era la de beneficiar a una persona que demostraba inferiores calidades académicas que el actor.

El A quo no examinó el material probatorio aportado al plenario, dentro de los cuales obran las evaluaciones de servicios a las cuales debía someterse el demandante por el hecho de estar inscrito en un cargo de carrera judicial, aunque desempeñaba otro en provisionalidad, obteniendo puntajes satisfactorios.

No discute que la persona que fue designada en su reemplazo reuniera los requisitos para el empleo, pero sí el hecho de que sus calidades no superen o por lo menos igualen a las del demandante, pues esa situación demuestra que los actos demandados no fueron expedidos en aras del mejoramiento del servicio.

La desviación de poder se encuentra demostrada con el hecho de que se desvinculó del cargo a un abogado con especialización en derecho penal para designar en su lugar a una administradora de empresas, caso en el cual la finalidad del nominador no podía ser la del mejoramiento del servicio.

Para resolver, se

CONSIDERA

SERGIO FERNANDO NÚÑEZ PLATA solicita que se declare la nulidad del Acuerdo 001 de 1 de octubre de 2002 por medio del cual el Juez Penal del Circuito Especializado de San Gil Santander declaró insubsistente su nombramiento como Secretario, y del Acuerdo 004 de 30 de octubre del mismo del mismo año que denegó los recursos de reposición y en subsidio de apelación interpuestos contra el anterior.

El problema jurídico se contrae a establecer si el nominador, al ejercer la facultad discrecional, incurrió en violación de las disposiciones que regulan lo referente a los nombramientos provisionales y la forma de su retiro, como lo afirma el

demandante y si los actos demandados fueron proferidos con falsa motivación y desviación de poder.

Para efecto de decidir se tiene lo siguiente:

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que en los precisos términos del artículo 125 de la Constitución Nacional, la carrera judicial es un sistema de administración de personal que tiene por finalidad escoger, en beneficio del servicio público, el aporte humano más capacitado y calificado para desempeñar la función pública.

En ese sentido, el proceso de selección es la herramienta de escogencia, y el mérito, es el pilar fundamental en la superación de las etapas que lo conforman, y solamente el sometimiento y aprobación satisfactoria de ello, es la condición necesaria para ser nombrado y para predicar los derechos que le otorga la carrera judicial, entre otros, una mayor estabilidad en el empleo.

En cuanto al retiro, está rodeado de una serie de formalidades, es decir, solamente puede hacerse mediante acto de insubsistencia motivado en una calificación insatisfactoria.

A su turno, no es lo mismo el nombramiento del servidor que ingresa al servicio sin haber superado un concurso de méritos al de aquél que se somete a las etapas del proceso selectivo. En este sentido el nombramiento en provisionalidad no es equiparable al del escalafonado en la carrera, y por lo mismo el retiro no puede estar revestido de las mismas formalidades.

La situación del nombrado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez, debe ir encaminado al mejoramiento del servicio.

En este orden de ideas, el nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer cargos de carrera, en eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de concurso, o por encargo con otro empleado de carrera. La situación en provisionalidad, no otorga fuero de estabilidad relativa alguno.

Aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé la designación en provisionalidad por un determinado tiempo e igualmente ésta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que la persona designada bajo esa situación adquiera estabilidad por dicho lapso.

Por estas razones, la Sala estima que si bien es cierto el nombramiento provisional se ha instituido para los cargos clasificados de carrera que no hayan sido provistos por concurso y que dicho nombramiento no es forma de provisión de los cargos de libre nombramiento y remoción, sí es pertinente predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción.

En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, lo cual encuentra sustento en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, que literalmente dispone:

“Artículo 107.- En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

...

Por su parte, el artículo 7º del Decreto 1572 de 1998 señala que: *“El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador”*, y siendo en consecuencia procedente el retiro de los provisionales a través del mismo acto que materializa el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, es comprensible que para proferir tal decisión sea necesario acudir a las pautas que rigen la **discrecionalidad**.

Hechas las anteriores precisiones, se tiene que no es materia de discusión que el empleo que desempeñaba el demandante como Secretario de Juzgado del Circuito, es un cargo de carrera judicial, al que llegó no a través de un concurso de méritos, sino por nombramiento provisional a través del Acuerdo 006 de 21 de

noviembre de 2000¹, circunstancia por la cual se puede afirmar que no le asiste fuero de inamovilidad propio de quienes ingresaron al servicio por el sistema del mérito, pudiendo en consecuencia ser retirado sin que sea necesario la motivación del acto, como quedó expuesto en párrafos anteriores.

No obstante lo anterior, está demostrado en el expediente que Sergio Fernando Núñez Plata fue inscrito en carrera judicial a través de la Resolución 00046 de 17 de mayo de 1995² en el cargo de Escribiente grado 4, actualizada mediante Resolución 0259 de 1999 en el empleo de Escribiente grado 06 del Juzgado Promiscuo Municipal del Valle de San José³.

Mediante Resolución 005 de 20 de noviembre de 2000 la Juez Promiscuo Municipal del Valle de San José de Santander concedió prórroga de una licencia no remunerada al actor, concedida por la Resolución 004 de 3 de noviembre de 2000, hasta por el término de 2 años, para desempeñar el cargo de Secretario del Juzgado Penal del Circuito Especializado de San Gil Santander.

Por Acuerdo No. 001 de 1 de octubre de 2002, el titular del Despacho declaró insubsistente su nombramiento, y nombró a Yolanda Malagón Ortiz en el cargo que venía desempeñando, decisión contra la cual Sergio Fernando Núñez interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación⁴, los cuales fueron denegados por el Acuerdo 004 de 30 de octubre de 2002⁵.

De acuerdo con los medios probatorios señalados, es claro que Sergio Fernando Núñez Plata desempeñaba el cargo de Secretario de Juzgado Penal del Circuito en provisionalidad, caso en el cual su desvinculación podía darse en virtud con la facultad discrecional del nominador, de acuerdo con las precisiones antes expuestas.

Si bien es innegable que un acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional se presume expedido en beneficio del buen servicio público, tal presunción se puede desvirtuar a través de la acción contenciosa correspondiente, pues no puede

¹ Folio 13.

² Folios 15 y 16.

³ Folio 116.

⁴ Folios 5 y 6

⁵ Folios 7 y 8

perderse de vista que las únicas presunciones que no admiten prueba contraria son las de derecho, por fundarse en principios científicos incuestionables.

La jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sostenido que la falsa motivación o desviación de poder en la expedición del acto administrativo de insubsistencia debe ser probada por quien la impetra.

En el presente asunto, afirma la parte actora que los motivos para la expedición del acto demandado fueron distintos al mejoramiento del servicio, lo cual sustenta en que la persona que fue designada en su reemplazo no tenía las mismas calidades académicas que él demostraba y que la situación que invoca el nominador como un “*impedimento por lo menos moral*” es una “*manifestación ilegal, pues dicho vínculo de afinidad no está previsto por la ley como impedimento alguno*”⁶.

Expone el acto administrativo en su parte motiva lo siguiente:

1) *Que el Señor SERGIO FERNANDO NUÑEZ PLATA, identificado con la cédula de ciudadanía 91.071.788 expedida en San Gil, Santander, conforme consta en los libros de posesión de este Juzgado viene desempeñándose con SECRETARIO de este Despacho en PROVISIONALIDAD, desde el 21 de noviembre de 2000, designado con Acuerdo No. 006 de noviembre de noviembre (sic) 21 de 2000 y posesionado con Acta No. 011 de la misma fecha.*

2) *Que el mencionado empleado, se desempeñaba en Carrera Judicial en el Juzgado Promiscuo Municipal del Valle de San José, Santander, y que al tenor de lo establecido por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (art. 142) y lo dispuesto por lo pertinente por el Honorable Consejo Superior de la Judicatura, el término de licencia de empleados en carrera judicial para desempeñar cargos en provisionalidad es de seis (6) meses y de dos (2) años en tratándose de vacancia definitiva en la Rama Judicial; siendo el Cargo de Secretario de este Juzgado designado en provisionalidad permanente, conforme lo establece la Ley 504 de 1999, art. 40; tratándose además de un cargo de libre nombramiento y remoción.*

3) *Que el mencionado empleado es el esposo de una prima del suscrito titular de este Despacho, recientemente designado, existiendo por tanto, impedimento por lo menos moral y que en ejercicio del Derecho de Discrecionalidad compete a este funcionario, en aras de funcionalidad del Juzgado y por razón del servicio, designar a los empleados del mismo,*

Desviación de poder

⁶ Folio 45

Ahora bien, la desviación de poder la hace consistir en el nombramiento de Yolanda Malagón Ortiz en su reemplazo, persona que afirma no reunía las mismas calidades que él demostraba, configurándose en consecuencia el desmejoramiento del servicio y de otra parte señala que el parentesco del Juez con su esposa (primos hermanos) no configura causal legal de impedimento o inhabilidad.

Obra a folios 99 a 138 los documentos que integran la hoja de vida de Yolanda Malagón Ortiz, de los cuales se desprende que es Administradora de Empresas desde 1985⁷, y para el momento de ser nombrada Secretaria del Juzgado demostraba 3 años de experiencia en el mismo Despacho.

Para el año 2002 los requisitos para ser Secretario de Juzgado del Circuito estaban definidos por el Acuerdo 25 de 1997 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 161 de la Ley 270 de 1996, eran los siguientes:

DENOMINACION	GRADO	REQUISITOS
Secretario de Juzgado de Circuito y Equivalentes	Nominado	CABECERA DE DISTRITO: Haber aprobado dos (2) años de estudios de Derecho y tener dos (2) años de experiencia en la Rama Judicial o un (1) año de estudios superiores y tres (3) años de experiencia en la Rama Judicial. CABECERA DE CIRCUITO: Haber aprobado un (1) año de estudios de Derecho y tener dos (2) años de experiencia en la Rama Judicial o diploma en educación media y tres (3) años de experiencia en la Rama Judicial

De acuerdo con lo anterior, se concluye que la referida servidora, cumplía con las exigencias para ser Secretaria de Juzgado de Circuito, situación que agregada al hecho de que el actor no demostró que con su nombramiento se hubiera desmejorado el servicio, implica que por este aspecto no se configura la desviación de poder alegada.

Falsa motivación

⁷ Obra a folio 103 título obtenido en Bogotá de la Corporación Universidad Cooperativa de Colombia.

Obra a folios 263 a 276, testimonios de Laureano Gómez Ballesteros⁸, Trino Santana Gómez⁹, Marina Uribe Centeno¹⁰ y Roberto Cortés Ponce¹¹, quienes respecto de los motivos de la insubsistencia señalaron:

Laureano Gómez Ballesteros

Realmente me causó extrañeza su intempestiva insubsistencia, y por lo que ha llegado a mi conocimiento dicha circunstancia tuvo su origen en un acto(sic) administrativo, diría yo injustificado y carente de todo soporte jurídico y legal, que apunta más hacia lo arbitrario que hacia lo razonable y lo justo. Tuve ocasión de observar dicho documento, y la verdad sea dicha me sorprendió enormemente al advertir unas razones del nominador por fuera de todo contexto, repito, razonable y jurídico. Sé también que el nominador adujo una supuesta causal de impedimento moral, por el simple hecho de ser él primo hermano de la Sra. Esposa del Dr. NUÑEZ PLATA. Y además, en lo que recuerdo, se fundamentó en la mera provisionalidad del cargo, considerándolo simple y sencillamente, con poco asidero jurídico, de libre nombramiento y remoción, para finalmente desembocar en el mal aplicado principio de la discrecionalidad nominadora.”

Trino Santana Gómez

La verdad, que por comentarios que me hizo SERGIO NUÑEZ, el motivo que llevó, al doctor o señor Juez del Circuito Especializado a declararlo insubsistente, fue porque la esposa de SERGIO, el prima del Juez; parece ser que este fue el argumento que esgrimió el señor Juez JAIME URIBE CELIS, para declarar insubsistente a SERGIO NUÑEZ. No entiendo que eso sea un impedimento legal.

Marina Uribe Centeno (esposa del actor)

Creo que fue por ser prima de él, por parentesco, creo no, es que fue por eso.

Roberto Cortés Ponce

De acuerdo con lo que me comentó Sergio, él fue declarado insubsistente por un parentesco que tiene el Juez con la esposa de Sergio, son primos hermanos.

⁸ Folios 263 a 267

⁹ Folio 268 a 271

¹⁰ Folios 272 a 274

¹¹ Folios 275 y 276

Los testimonios practicados en el trámite del proceso, señalan que los motivos que llevaron a la insubsistencia fueron además de la facultad discrecional del nominador, el parentesco entre él y la esposa del actor.

En relación con la causal de impedimento “por los menos moral” aducida por el Juez Penal del Circuito Especializado de San Gil, se tiene lo siguiente:

El artículo 126 de la Constitución Política dispone:

Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de los previstos en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.

Son los grados de parentesco establecidos por la norma constitucional los que se deben tener en cuenta al momento de hacer nombramientos.

Sin embargo, Sergio Fernando Núñez Plata, al ser cónyuge de la prima del Juez, no estaba dentro de ninguno de los grados descritos y en consecuencia no se configura la causal de impedimento alegada y el hecho de que el nominador se sienta moralmente impedido para su nombramiento, es preciso advertir que el demandante ya se encontraba vinculado al Despacho, aspecto que no se discute, y en consecuencia no se trataba de un nombramiento como lo indica la norma.

Se resalta el hecho de que el actor se encontraba inscrito en el escalafón de carrera judicial en otro cargo (Escribiente), caso en el cual la Ley 270 de 1996 en el artículo 142, le otorga el derecho preferencial para desempeñar otros empleos que se encuentren vacantes en la Rama Judicial.

Finalizado el término concedido (máximo 2 años), el empleado puede volver al empleo sobre el cual tiene derechos de carrera o puede renunciar al él, sin que esta circunstancia pueda ser aducida como causal de retiro del cargo que ocupaba.

En consecuencia, por encontrarse probada la falsa motivación de los actos demandados, se revocará la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander que negó las pretensiones, en su lugar se accederá a las pretensiones de la demanda, para lo cual se declarará la nulidad del Acuerdo 001 de 1 de octubre de 2002, por el cual el Juez Penal del Circuito Especializado de San Gil Santander declaró insubsistente el nombramiento como Secretario del Juzgado del señor Sergio Fernando Núñez Plata y del Acuerdo 004 de 30 de octubre del mismo año que confirmó el anterior.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará el reintegro del actor al cargo de Secretario de Juzgado del Circuito o equivalente, sin solución de continuidad y, el pago de salarios y demás prestaciones dejados de percibir, advirtiendo que no habrá lugar a realizar descuentos a las sumas de dinero que hubiere recibido el actor en el evento de que durante su desvinculación haya celebrado otra u otras vinculaciones laborales con entidades del Estado, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que fue desvinculado del servicio en virtud del acto acusado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y prestacional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 25 de marzo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar, se dispone:

DECLÁRASE la nulidad del Acuerdo 001 de 1 de octubre de 2002, por el cual el Juez Penal del Circuito Especializado de San Gil Santander declaró insubsistente el nombramiento como Secretario del Juzgado del señor Sergio Fernando Núñez Plata y del Acuerdo 004 de 30 de octubre del mismo año que confirmó el anterior.

ORDÉNASE a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial reintegrar al actor al cargo de Secretario de Juzgado del Circuito o equivalente, sin solución de continuidad y, el pago de salarios y demás prestaciones dejados de percibir, advirtiendo que no habrá lugar a realizar descuentos a las sumas de dinero que hubiere recibido el actor en el evento de que durante su desvinculación haya celebrado otra u otras vinculaciones laborales con entidades del Estado, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Índice inicial

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que fue desvinculado del servicio en virtud del acto acusado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y prestacional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada

uno de ellos.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO