

INSUBSISTENCIA – Retiro de servicio / CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – Insubsistencia / FACULTAD DISCRECIONAL – Buen servicio publico / ACTO DE INSUBSISTENCIA – Desvirtuada la presunción de legalidad / DESVIACION DE PODER – No persiguió razones del buen servicio

Esta Corporación ha reiterado, que el control judicial de legalidad del acto administrativo de insubsistencia expedido en ejercicio de la facultad discrecional que en principio se presume expedido en aras del buen servicio, se juzga bajo las reglas que gobiernan el proceso, donde entre los deberes del juez está el hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso y de estas la obligación de probar sus afirmaciones, esto es, donde el demandante en procura de hacer valer sus derechos, tiene la obligación de demostrar que cumplía a satisfacción sus responsabilidades de tal suerte que garantizaba la prestación de un adecuado servicio público, que no existían justificaciones que ameritaran su relevo, y la entidad demandada para defender la presunción de legalidad de su actuar, demostrará las razones que motivaron la decisión, concretando y probando en qué sentido se proponía mejorar el servicio con la expedición del acto de remoción sometido a juzgamiento. (...) La actora cumplió con la carga probatoria exigida, es decir demostró que prestaba un excelente servicio público, y la entidad demandada por su parte ni siquiera sugirió prueba indiciaria con la cual demostrara en qué sentido se proponía mejorarlo con la decisión de insubsistencia de la demandante. Al haberse demostrado en el proceso que el nominador con la expedición del acto de insubsistencia acusado, no persiguió razones del buen servicio público, se estructura la desviación de poder, causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, que afecta la presunción de legalidad del acto cuestionado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-05536-02(2256-11)

Actor: AURA MERCEDES MARTÍNEZ DE MUÑOZ.

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

AUTORIDADES NACIONALES.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 28 de

abril de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

AURA MERCEDES MARTÍNEZ DE MUÑOZ por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la nulidad de la Resolución No. PSAR06-22 de 1 de febrero de 2006, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Directora de la Unidad de Registro Nacional de Abogados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho pretende se ordene el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de similares o superiores condiciones sin solución de continuidad, y se condene a la entidad demandada al pago de salarios y prestaciones, con sus incrementos e intereses respectivos, perjuicios morales, costas del proceso y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y s.s. del C.C.A.

HECHOS

Se resumen así:

Prestó sus servicios para el Ministerio de Justicia desde el 17 de enero de 1978 al 31 de enero de 1990. Posteriormente desempeñó los siguientes cargos: Jefe de Sección, grado 13 y Profesional Universitario grado 14 en la Dirección Nacional de Carrera Judicial; Profesional Universitario grado 33 y Directora en la Unidad del Registro Nacional de Abogados, del cual fue retirada mediante el acto acusado. Los referidos cargos los desempeñó con honradez, eficiencia y lealtad.

Es abogada con especialización en derecho laboral y dentro de su haber cuenta con numerosos cursos de actualización. Además, prestó un excelente servicio público, sin que se le hubiera formulado reparo alguno.

El señor presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en el oficio que le comunicó la decisión de retiro, le manifestó:

“Aprovecho la oportunidad para expresarle en nombre propio, y de los demás miembros de esta Sala, un merecido reconocimiento

por su profesionalismo, y destacar la labor que realizó al frente de la señalada responsabilidad al igual que desearle éxitos en el ejercicio de sus nuevas actividades.”

Fue designada en su reemplazo la Doctora Isolda Genoveva Álvarez de Maza, quien no tenía su experiencia, capacidades y condiciones profesionales. Además, había llegado a la edad de retiro forzoso, pues nació el 15 de octubre de 1940, por lo que considera que no podía válidamente ser nombrada.

El acto acusado no estuvo inspirado en razones del buen servicio público, sino en motivaciones de carácter personal y burocrático, esto es, con desviación de poder que afecta su validez.

De su salario depende su menor hija Ángela María Muñoz Martínez, quien desde su nacimiento ha presentado retraso psicomotor y alteraciones mentales como consecuencia de la hidrocefalia padecida, tal como lo certificó el médico tratante.

El acto acusado carece de un sustento legítimo, violó sus derechos fundamentales y le ha generado perjuicios morales y materiales que deben ser indemnizados.

Normas violadas y concepto de la violación:

Constitución Nacional, artículos 1, 2, 13, 25, 43, 44, 53, 125 y 256; Ley 270 de 1996, artículos 98, 131 y 152, y demás normas concordantes.

Al explicar el concepto de la violación de la normativa invocada expresa que con la expedición del acto acusado se violaron las disposiciones Constitucionales y Legales antes citadas, en especial los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo y estabilidad en el empleo.

Para las autoridades existen límites jurídicos que le prohíben obrar y ejercer su autoridad según su capricho, pues el ordenamiento superior rechaza los tratos discriminatorios y propende para que el derecho a la igualdad sea real y efectivo.

El trabajo es tutelado como un derecho y obligación social que goza de especial protección del Estado, y por ello la administración no puede sacrificar la experiencia y preparación académica de empleados que prestan un excelente servicio público, haciendo triunfar factores que riñen con la transparencia, tales como intereses políticos o burocráticos que conspiran contra la eficiencia y

calidad del servicio oficial.

Ninguna razón de orden burocrático puede justificar la remoción de una excelente funcionaria reconocida por su trayectoria de orden laboral y profesional, y menos reemplazarla por otra persona carente de tales cualidades.

De acuerdo con el artículo 152 de la Ley 270 de 1996, tenía derecho a permanecer en el cargo mientras observara buena conducta, rindiera en el cargo y no hubiera llegado a la edad de retiro forzoso.

También se vulneraron los artículos 43 y 44 de la Constitución Nacional, pues se le privó de unos ingresos de los cuales derivaba su sustento y el de su familia, en especial, el de su hija discapacitada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial se opuso a todas y cada una de las declaraciones y condenas y señaló como razones de su defensa, las siguientes:

La demandante fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Directora de la Unidad de Registro Nacional de Abogados, es decir, su ingreso a dicho cargo no fue como consecuencia de un concurso de méritos, y por lo tanto no contaba con los derechos o prerrogativas que genera la vinculación a una carrera especial.

La situación jurídica laboral de la actora para el momento de su desvinculación, permitía al nominador ejercer la facultad discrecional para retirarla dentro de los parámetros legales y por razones del buen servicio.

El Consejo de Estado ha reiterado que las personas vinculadas a través de nombramientos provisionales, no gozan de fuero de estabilidad, por el contrario, están inmersas en una situación de inestabilidad, y pueden ser desvinculadas discrecionalmente, o como consecuencia del nombramiento de la persona que superó todas las etapas del concurso de méritos.

El hecho de haber ejercido el cargo con rectitud y de manera diligente por lo que mereció el reconocimiento y felicitaciones de sus superiores, no son razones suficientes para predicar que el acto de retiro se expidió con desviación de poder,

pues se trata de cualidades que deben tener las personas vinculadas con la administración. No existe prueba que indique que la actora fue despedida por razones diferentes al mejoramiento del servicio.

El cargo del que fue removida la actora es de libre nombramiento y remoción tal como lo señaló el numeral 4º del artículo 130 de la Ley 270 de 1996, adscrito a la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura por virtud del acuerdo 022 de 1997, y por esa razón podía ser removida en aras del buen servicio público.

Propone como excepciones: Ineptitud de la demanda, caducidad de la acción, falta de causa para demandar y la innominada.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, denegó las súplicas de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

El empleo que desempeñaba la demandante como Directora de la Unidad de Registro Nacional de Abogados del Consejo Superior de la Judicatura, es un cargo de carrera administrativa al tenor de lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley 270 de 1996, al que accedió sin mediar concurso público de méritos.

De acuerdo con la sentencia de 13 de marzo de 2003, dictada por el Consejo de Estado dentro del proceso No. 76001-23-31-000-1998-1834-01, un empleado nombrado provisionalmente puede ser removido cuando la autoridad nominadora lo considere necesario, y en caso de que no pueda proveerse definitivamente o en propiedad, se puede hacer nuevamente en provisionalidad. La ley no consagra estabilidad para el personal sin escalafón que desempeña cargos de carrera judicial.

La provisionalidad por sí misma, así exceda el límite de tiempo señalado en la Ley para permanecer en el cargo no supe las etapas del concurso, sino que éstas deben forzosamente agotarse.

Aun cuando el cargo ocupado por la actora debía proveerse por el sistema del mérito por considerarse de carrera, ello no implica que quedara amparada por una

relativa estabilidad, pues su ingreso a la entidad no fue producto de un concurso.

La Corte Constitucional ha señalado que no puede existir norma que permita el ingreso automático a cargos de carrera, y por esa razón ha declarado inexecutable normas que lo permitían, como en la aeronáutica civil (sentencia C-317 de 1995), rama judicial (sentencia C-037 de 1996), escalafón docente (sentencia C-562 de 1996), entre otras.

La falsa motivación esgrimida por la parte actora como causal de nulidad del acto acusado, no tiene fundamento jurídico, por cuanto desempeñaba un cargo de carrera en provisionalidad, calidad que por sí misma no otorga fuero de estabilidad, es necesario que la norma legal prevea de manera clara y expresa la prohibición de remover al servidor nombrado en esa condición, de suerte que mantenga la garantía hasta cuando se nombre de la lista de elegibles.

En virtud del ejercicio de la facultad discrecional, en que la motivación está implícita, relativa al mejoramiento del servicio, la administración puede retirar al empleado nombrado en provisionalidad sin que se vea obligado a emitir explicaciones sobre sus decisiones, por lo mismo, se presume que tuvo como fundamento el cumplimiento de los cometidos estatales, tal como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando afirmó: "...pudiéndose en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna".

El cumplimiento de una labor en las condiciones que lo exige el cargo, no puede convertirse en un indicio de desviación de poder y tampoco constituirse en un fuero de inamovilidad, de tal forma que no puede aceptarse que el retiro de la actora obedeció a intereses personales al ser reemplazada por otra que no cuenta con una hoja de vida suficiente para atender el servicio en la forma en que lo desempeñaba. Obvio es que el deber de toda persona que desempeñe un empleo público es el de cumplir las calidades necesarias que permitan inferir que en forma adecuada prestan un servicio público eficiente.

Se presenta la desviación de poder cuando una decisión administrativa ha sido tomada en vista de un fin distinto a aquel por el cual la facultad fue otorgada a la autoridad que la profiere; y como esa circunstancia no resulta demostrada en el proceso, significa que la competencia administrativa no ha sido desviada de su fin legítimo y de allí que el acto sea legal en razón de su propósito que es el buen

servicio público.

LA APELACIÓN

El recurso tiene como finalidad que la providencia recurrida sea revocada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, y para ello invocó las siguientes razones:

La sentencia apelada se fundamentó en un pronunciamiento del Consejo de Estado de 13 de marzo de 2003, que le permitió concluir que la demandante podía ser retirada del servicio sin necesidad de motivar el acto, posición que fue rectificadas recientemente por la misma Corporación mediante precedentes que inadvertió el Tribunal al momento de tomar la decisión, sobre la base que ejerció en legal forma la facultad discrecional.

Luego de reiterar los hechos de la demanda y el concepto de la violación, insiste en que motivos de orden burocrático o similar no pueden justificar el acto de remoción, pues considera que debieron existir razones atendibles, lógicas y ciertas para ello, teniendo en cuenta que se trata de una excelente funcionaria que se destacó por su trayectoria en los órdenes profesional y laboral durante más de treinta años como lo reconoció la entidad demandada en la comunicación donde se le informó la decisión de retiro. Agrega que se capacitó para ser un instrumento idóneo del buen servicio, como lo demostró con el título profesional y de postgrado, seminarios, cursos de actualización, capacitación y experiencia.

Sin embargo, la persona que la reemplazó ni siquiera podía ser designada porque ya había llegado a la edad de retiro forzoso. Además, el artículo 152 de la Ley 270 de 1996 le permitía permanecer en el cargo mientras observara buena conducta, su rendimiento fuera satisfactorio y no hubiera llegado a la edad de retiro forzoso, y al ser retirada y reemplazada mediante encargo con una persona que llegó a la edad de retiro forzoso, no demostró el mejoramiento del servicio.

Es claro entonces que su remoción no estuvo inspirada en razones del buen servicio que son las únicas que legitiman y justifican la presunción de legalidad del acto de retiro, sino en motivos distintos de carácter personal y burocrático que afectaron su eficiente prestación, es decir, con “desviación de poder”.

El Tribunal no hizo ni el más mínimo análisis a las pruebas que con esfuerzo fueron allegadas al proceso y no tuvo en cuenta que la entidad demandada, sin justificación, omitió remitir muchas de las que fueron decretadas.

Para resolver, se

CONSIDERA:

Se pretende en el sub iudice que se declare la nulidad de la Resolución No. PSAR06-22 de 1 de febrero de 2006, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Director de la Unidad de Registro Nacional de Abogados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

La demanda expuso que el acto de insubsistencia del nombramiento de la Doctora AURA MERCEDES MARTÍNEZ DE MUÑOZ en el cargo de Director de la Unidad de Registro Nacional de Abogados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, no estuvo inspirado en razones del buen servicio, sino en motivos diferentes de carácter personal y burocrático que afectaron su eficiente prestación, es decir, razones distintas a aquellas para las cuales la Ley le confirió la facultad discrecional, incurriendo de esa manera en desviación de poder, pues además de haber sido reemplazada por una persona que había llegado a la edad de retiro forzoso, no tenía su experiencia, capacidad y condiciones profesionales.

Según la actora, a la administración no le asistían razones que justificaran su retiro, pues considera que debieron existir motivos entendibles, lógicos y ciertos para ello, por tratarse de una excelente funcionaria que se destacó por haber prestado un buen servicio por más de 30 años, sin que hubiera sido objeto de llamados de atención y sanciones, tal como lo reconoció la entidad demandada en el oficio con el que le comunicó la decisión de retiro. Además, tenía derecho a permanecer en el cargo mientras observara buena conducta, su rendimiento fuera satisfactorio y no hubiera llegado a la edad de retiro forzoso como lo señala el artículo 152 de la Ley 270 de 1996.

Su retiro injustificado le causó graves perjuicios, pues se le privó de los ingresos de los cuales derivaba su sustento y el de su familia, en especial, el de su hija discapacitada.

Para el Juzgador de primera instancia, el cargo que desempeñaba la actora es de carrera administrativa, razón por la cual la administración podía retirarla del servicio mediante declaratoria de insubsistencia del nombramiento, por cuanto su ingreso a la entidad no fue producto de un concurso. Además, no probó la falsa motivación por la inexistencia de norma legal que prevea la prohibición de remover al servidor nombrado en provisionalidad hasta cuando se nombre de la lista de elegibles. Tampoco puede el cumplimiento de una labor en las condiciones que lo exige el cargo convertirse en indicio de desviación de poder, por lo que no puede aceptarse que su retiro obedeció a intereses personales al ser reemplazada por otra que no contaba con una hoja de vida suficiente para atender el servicio en la forma en que la actora lo desempeñaba.

Estima la demandante que la sentencia apelada no analizó el material probatorio allegado al proceso con el que probó cada uno de los hechos en que fundamentó las pretensiones de la demanda. Tampoco aplicó la nueva jurisprudencia según la cual, cuando se desvincula un empleado que ocupa un cargo de carrera, es menester motivar el acto correspondiente.

Para el efecto, se allegaron los siguientes medios de prueba:

- Certificación expedida por la Directora Administrativa de la División de Asuntos Laborales de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (fls. 1 a 3 c.2), donde hace constar que la Doctora AURA MERCEDES MARTÍNEZ DE MUÑOZ, prestó servicios en el Ministerio de Justicia entre el 17 de enero de 1978 al 31 de enero de 1990. Igualmente certifica que se desempeñó en las dependencias y cargos que se relacionan a continuación: en la Dirección Nacional (antigua) de carrera judicial, como Jefe de Sección desde el 1 de febrero de 1990 al 26 de septiembre de 1991, y de Profesional Universitario grado 14, del 27 de septiembre de 1991 al 31 de marzo de 1994; en la Unidad de Registro Nacional de Abogados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, Profesional Universitario grado 17, del 1 de abril de 1994 al 31 de octubre de 1996; Profesional Universitario grado 33, desde el 1 de noviembre de 1996 al 16 de febrero de 1998; Director (encargado) del 4 de noviembre de 1997 al 16 de febrero de 1998, y de Director en propiedad de la misma Unidad desde

el 17 de febrero de 1998 al 5 de febrero de 1996, fecha última en que se hizo efectivo el retiro del servicio.

- Certificaciones y diplomas (fls. 164 y s.s. c.2) que dan cuenta que la Doctora AURA MERCEDES MARTÍNEZ DE MUÑOZ es abogada egresada de la Universidad Santo Tomas, y especializada en derecho laboral del Colegio Mayor Nuestra señora de Rosario. Además que realizó el curso de ética administrativa en la Escuela Superior de Administración Pública, y participó en el seminario de actualización del nuevo Código Contencioso Administrativo auspiciado por el Ministerio de Justicia.

- Copia del Acuerdo No. 250 de 17 de febrero de 1998 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (fls. 1 y s.s. c3), donde establece que los cargos de Profesional Asistente y Director de Unidad de la Sala Administrativa, tendrán como requisitos mínimos los siguientes: título profesional y experiencia relacionada, con posterioridad a la obtención del título, de ocho (8) años.

- Copia de la sesión ordinaria de decisión y deliberación de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (fls. 14 y ss c.3), efectuada el 1 de febrero de 2006, donde por mayoría de 5 votos a favor y 1 en contra, se decidió:

“(...) declarar insubsistente el nombramiento, como Directora del Registro Nacional de Abogados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de la doctora Mercedes Martínez de Muñoz”.

Y donde igualmente, resolvió:

“(...) encargar a la doctora Isolda Álvarez de Maza de las funciones de Directora de la Unidad de Registro Nacional de Abogados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (...). En consecuencia, ordenó expedir los actos administrativos respectivos.”

- Copia de la Resolución No. PSAR06-22 de 1 de febrero de 2006, expedida por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (fl. 4 c.p), por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la

actora en el cargo de Director de la Unidad de Registro Nacional de Abogados.

- Copia de la comunicación PSA06-485 de 1 de febrero de 2006, suscrita por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (fl. 3 c.p), donde además de comunicarle a la actora la decisión de insubsistencia, le expresó un merecido reconocimiento por su profesionalismo y destacó la labor realizada al frente de la señalada responsabilidad.

- Registro Civil de Nacimiento de Ángela María Muñoz Martínez, expedido por la Notaría Novena del Círculo de Bogotá (fl. 8 c.p), donde consta que nació el 13 de diciembre de 1989 y es hija de la demandante.

- Certificación de fecha 10 de mayo de 2006, expedida por el Neurocirujano Doctor Carlos Martínez López (fl. 9 c.p), donde hace constar que la menor Ángela María Muñoz Martínez es hija de la demandante. Igualmente, que presentó hidrocefalia con secuelas importantes como un retraso psicomotor y alteraciones mentales en el área cognitiva, y es dependiente en más de un 90%.

- Certificación expedida por el Jefe de la División de Recursos Humanos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (fl. 9 a 11 c.2), donde hace constar que la Doctora ISOLDA GENOVEVA ÁLVAREZ DE MAZA prestó sus servicios en el cargo de Defensora de Menores entre el 11 de julio de 1972 al 30 de noviembre de 1980, y entre el 2 de mayo de 1995 al 16 de septiembre de 1998 como Directora Regional de Bogotá y Asesora de la Dirección General.

- Resolución No. 001 de 16 de marzo de 1999 (fl.26 c.2), expedida por el Doctor GUSTAVO CUELLO IRIARTE, Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual nombró en su Despacho a la Doctora ISOLDA GENOVEVA ÁLVAREZ DE MAZA en el cargo de Profesional Asistente (Magistrado Auxiliar).

- Resolución No. 4337 de 31 de diciembre de 1999 (fl.23 c.2), expedida por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual se encargó a la Doctora ISOLDA GENOVEVA ÁLVAREZ DE MAZA, Profesional del Despacho del Doctor GUSTAVO CUELLO, de las funciones de Directora de la Unidad de Administración de la Carrera Judicial.

- Resolución No. PSAR06-24 de 1 de febrero de 2006, expedida por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (fl. 22 c.2), por medio de la cual se encargó a la Doctora ISOLDA GENOVEVA ÁLVAREZ DE MAZA de las funciones de Director de la Unidad de Registro Nacional de Abogados.

- Resolución No. 022 de 3 de abril de 2006, expedida por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (fl. 19 c.2), por medio de la cual se aceptó la renuncia presentada por la Doctora ISOLDA GENOVEVA ÁLVAREZ DE MAZA del cargo de Magistrada Auxiliar a partir del 15 de abril de 2006.

- Diploma expedido por la Universidad del Atlántico (fl. 12 c.2) donde consta que la Doctora ISOLDA GENOVEVA ÁLVAREZ DE MAZA es Abogada egresada de dicha Universidad.

- Diploma expedido por el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (fl. 13 c.2) donde hace constar que la Doctora ISOLDA GENOVEVA ÁLVAREZ DE MAZA es Especialista en Derecho Comercial.

- Certificación expedida por la Universidad Externado de Colombia (fl. 15 c.2) donde hace constar que la Doctora ISOLDA GENOVEVA ÁLVAREZ DE MAZA asistió a seminario de Derecho de Familia.

- Certificación expedida por la Academia Nacional de Ciencias Forenses (fl. 16 c.2), donde hace constar que la Doctora ISOLDA GENOVEVA ÁLVAREZ DE MAZA asistió al seminario de Jurisdicción de Familia y Código de Menor.

En orden a resolver la controversia, se imponen las siguientes precisiones:

Respecto de la clasificación de los empleos, autoridades nominadoras y causales del retiro del servicio en la Rama Judicial, la Ley 270 de 1996, en sus artículos 130, 131 y 149 señalan:

“Artículo 130.- CLASIFICACIÓN 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.

(...)

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 de 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. (Subrayado fuera de texto)

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 de los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.

(...)"

“Artículo 131.- AUTORIDADES NOMINADORAS DE LA RAMA JUDICIAL. Las autoridades nominadoras de la Rama Judicial, son:

(...)

1. Para los cargos de Director de Unidad y Jefe de División del Consejo Superior de la Judicatura: La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. (Subrayado fuera de texto)

(...)

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

- 1.- Renuncia aceptada.
- 2.- Supresión del Despacho Judicial o del cargo.
- 3.- Invalidez absoluta declarada por autoridad competente.
- 4.- Retiro Forzoso motivado por edad.
- 5.- Vencimiento del período para el cual fue elegido.
- 6.- Retiro con derecho a pensión de jubilación.
- 7.- Abandono del cargo.
- 8.- Revocatoria del nombramiento.
- 9.- Declaratoria de Insubsistencia.
- 10.- Destitución.

11.- Muerte del funcionario o empleado.
(Subrayado fuera de texto)

El Acuerdo No. 22 de 18 de febrero de 1997, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, estableció:

“Artículo Primero.- Los cargos que a continuación se señalan, pertenecientes a la planta de personal de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se adscriben a la Presidencia de la misma Sala:

Director Unidad Nominado.
Profesional Especializado (Jefe de División) Grado 33

De acuerdo con lo expuesto, la Doctora AURA MERCEDES MARTÍNEZ DE MUÑOZ, en el cargo de Director de la Unidad de Registro Nacional de Abogados, ostentaba la calidad de empleado público “de libre nombramiento y remoción”, por tratarse de un cargo adscrito a la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, cuya nominación corresponde a la Sala, por lo que era procedente su remoción a través del mecanismo de la insubsistencia siempre y cuando obedeciera a razones del buen servicio público.

Lo anterior, por cuanto la Carta Política señala que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (art. 123 C.N.), y por mandato del artículo 209 ibídem, la función administrativa debe atender los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, imparcialidad y publicidad.

La Resolución No. PSAR06-22 de 1 de febrero de 2006 (fl. 4 c.p), mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora, fue expedida por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en cumplimiento de la decisión que en tal sentido fue tomada por el nominador, esto es, por la mayoría de los miembros de dicha Sala en sesión ordinaria realizada en esa misma fecha (fls. 14 a 41 c. 3), tal como lo permite el numeral 9 del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, que lo prevé como causal de retiro, es decir que en principio, el acto acusado atendió las formalidades señaladas por el Legislador para su expedición.

Dicha Ley confirió a la autoridad nominadora la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción en procura del buen servicio público, es decir, tal potestad no fue concebida para satisfacer intereses distintos al bien común y el servicio de la comunidad.

Es claro entonces que un acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional se presume emitido en beneficio del buen servicio público, presunción legal que admite prueba en contrario, que puede ser desvirtuada a través de la acción contenciosa.

Esta Corporación ha reiterado, que el control judicial de legalidad del acto administrativo de insubsistencia expedido en ejercicio de la facultad discrecional que en principio se presume expedido en aras del buen servicio, se juzga bajo las reglas que gobiernan el proceso, donde entre los deberes del juez está el hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso y de estas la obligación de probar sus afirmaciones, esto es, donde el demandante en procura de hacer valer sus derechos, tiene la obligación de demostrar que cumplía a satisfacción sus responsabilidades de tal suerte que garantizaba la prestación de un adecuado servicio público, que no existían justificaciones que ameritaran su relevo, y la entidad demandada para defender la presunción de legalidad de su actuar, demostrará las razones que motivaron la decisión, concretando y probando en qué sentido se proponía mejorar el servicio con la expedición del acto de remoción sometido a juzgamiento¹.

Hechas las anteriores precisiones, observa la Sala que las causas determinantes o móviles que inspiraron a la mayoría de los miembros de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para tomar la decisión génesis del acto administrativo de insubsistencia cuestionado, no fueron razones del buen servicio público, sino otras distintas, pues verificada el acta de la sesión ordinaria de decisión y deliberación realizada de 1 de febrero de 2006 (fls. 14 a 41 c. 3) no obra explicación de ninguna índole que lo soporte.

Por el contrario, la prueba documental arrojada al proceso lleva a la Sala a convicción de que la doctora AURA MERCEDES MARTÍNEZ DE MUÑOZ con

¹ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 7 de febrero de 2002, Expediente: 250002325000992175-01(3826-01). Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado.

el desempeño de sus funciones garantizaba la prestación de un buen servicio público al frente de la Dirección de la Unidad de Registro Nacional de Abogados, que sin dudas fue el fruto de su experiencia por más de 28 años de servicio tal como lo certificó el ente demandado al relacionar su trayectoria laboral ascendente (fls. 1 a 3 c.2) sin haber sido objeto de sanciones disciplinarias, atributos que reconoció el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el oficio con el que le comunicó la decisión de retiro (fl. 3 c.p), en los siguientes términos:

“Aprovecho la oportunidad para expresarle en nombre propio, y de los demás miembros de esta Sala, un merecido reconocimiento por su profesionalismo, y destacar la labor que realizó al frente de la señalada responsabilidad al igual que desearle éxitos en el ejercicio de sus nuevas actividades.”

Sobre la eficiencia en la prestación de los servicios de la actora no existe ninguna objeción. En definitiva no encontró la Sala en el plenario, ni el menor indicio del cual se pueda deducir que existían razones que aconsejaran la remoción de la demandante.

Además de lo anterior, no provee el cargo sino que procede a encargar a la doctora ISOLDA ÁLVAREZ DE MAZA (fls. 22 c.2 y 14 a 41 c.3), persona que para ese momento se encontraba en situación de retiro del servicio motivada por la edad, pues nació el 15 de octubre de 1940 (fl. 13 c.3) y para el día 1 de febrero de 2006, fecha en que se expidió el acto de encargo, contaba con más de 65 años de edad, circunstancia que conforme lo prevé el numeral 4 del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, imposibilitaba su designación. A lo anterior se agrega que le fue aceptada la renuncia el día 3 de abril de 2006 (fl. 19 c.2), esto es, su permanencia en el cargo fue mínima, lo que a todas luces evidencia que una designación de tal naturaleza en lugar de propender por el mejoramiento del servicio, lo afecta en cuanto a la continuidad.

En conclusión, la actora cumplió con la carga probatoria exigida, es decir demostró que prestaba un excelente servicio público, y la entidad demandada por su parte ni siquiera sugirió prueba indiciaria con la cual demostrara en qué sentido se proponía mejorarlo con la decisión de insubsistencia de la demandante.

Al haberse demostrado en el proceso que el nominador con la expedición del acto

de insubsistencia acusado, no persiguió razones del buen servicio público, se estructura la desviación de poder, causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, que afecta la presunción de legalidad del acto cuestionado.

Por las razones que anteceden, se revocará la sentencia de primera instancia, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda, y en su lugar se accederá a las pretensiones de la demanda.

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 proferida el 28 de abril de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda. En su lugar se dispone:

DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. PSAR06-22 de 1 de febrero de 2006, expedida por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de MERCEDES MARTÍNEZ DE MUÑOZ en el cargo de Director de la Unidad de Registro Nacional de Abogados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho, condénase a la Nación – Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a reintegrar a MERCEDES MARTÍNEZ DE MUÑOZ al cargo de Directora de la Unidad de Registro Nacional de Abogados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o a otro de igual o superior categoría, y al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha del retiro y hasta cuando se haga efectivo el reintegro.

Las sumas que resulten a favor de la actora se actualizarán en su valor, como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

índice final

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

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

DECLÁRASE para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de la actora, entre la fecha del retiro, y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo.

De los valores que sean reconocidos no se descontará suma alguna por el desempeño de otro cargo, durante el tiempo en que la actora estuvo separada del servicio.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO