

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) julio de dos mil ocho (2008).

Expediente: 11001-03-28-000-2007-00060-00

Radicación Interna: 2007-0060

Demandante: LUIS ALEJANDRO SÁNCHEZ ROMERO

Acción Electoral

Procede la Sala a decidir de fondo la demanda que presenta el ciudadano LUIS ALEJANDRO SÁNCHEZ ROMERO contra la Resolución N° 02 de 2007 dictada por la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura.

I. ANTECEDENTES.-

1. LA DEMANDA.-

A. PRETENSIONES.-

El señor Luis Alejandro Sánchez Romero actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción electoral, solicita la nulidad del acto por medio de cual se nombró en provisionalidad al doctor Carlos Mario Isaza Serrano como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de esa Corporación, en reemplazo de la doctora Leonor Perdomo Perdomo, hasta tanto el nominador realice el nombramiento en propiedad.

B. FUNDAMENTOS DE HECHO.-

Resumiendo, el demandante los explica así:

Por vencimiento de su periodo constitucional como Magistrada del Consejo Superior de la Judicatura, la doctora Leonor Perdomo Perdomo se retiró del cargo el 15 de octubre de 2007.

La Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura en sesión extraordinaria del 24 de octubre de 2007 designó en su reemplazo, y ante tal vacancia, al doctor Carlos Mario Isaza.

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.-

Considera el demandante que el acto demandado es nulo bajo las siguientes censuras:

♦ FALTA DE COMPETENCIA PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO.

Refiere que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se integra por siete magistrados elegidos para un periodo de 8 años por el Congreso de la República de ternas enviadas por el Gobierno, conforme lo dispone el artículo 254 numeral 2 de la C.P.

De conformidad con esta norma constitucional, la autoridad nominadora tratándose de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, es exclusivamente el Congreso de la República.

Que la vacancia puede ser absoluta en los eventos de causales como la muerte, la renuncia aceptada, el cumplimiento del período, la incapacidad física permanente, el cumplimiento de la edad de retiro forzoso y el abandono del cargo entre otros; y temporales en los casos de licencia y de enfermedad.

Afirma que según lo prevé la Ley 270 de 1996 para la provisión de las vacantes absolutas de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura deben proveerse por el nominador y las temporales, por la respectiva Sala.

Dice que al presentarse un retiro del cargo por cumplimiento del periodo y generarse una vacancia absoluta, su provisión compete únicamente al

respectivo nominador resultando por tanto ilegal cualquier nombramiento que se haga en casos de vacancia absoluta por autoridad diferente al nominador.

Refiere que no obstante la claridad de la normatividad aplicable a este caso la Sala Plena de la Corporación mediante la Resolución 02 del 24 de octubre de 2007, efectuó la provisión de tal cargo mediante un nombramiento en provisionalidad sin facultad para ello.

♦ **FALSA MOTIVACIÓN.**

El acto acusado se encuentra falsamente motivado en razón a que invoca como norma legal la del artículo 77 de la Ley 270 de 1998, disposición que enseña que *"las vacancias temporales serán provistas por la respectiva Sala, las absolutas por los nominadores"*.

Que el párrafo 1° del artículo 53 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece que *"la provisión transitoria de las vacantes se hará directamente por cada Corporación o Tribunal y no podrá exceder, en ningún caso, de tres meses"*; no obstante, como si en el presente caso se tratara de una vacancia temporal se procedió a designar provisionalmente en contravía de estas disposiciones.

Refiere que el artículo 53 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia es una norma de carácter especial aplicable al nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, disposición que no es aplicable al Consejo Superior de la Judicatura por cuanto tiene su propia regulación en el artículo 77 *ibídem*.

Dice que tampoco hay lugar a invocar el artículo 132 toda vez que en el asunto bajo examen no se trató de una vacancia temporal, que es la situación administrativa que contempla la norma para autorizar que la *"designación se hará directamente por la respectiva Corporación"*

Por lo expuesto solicita se declare la nulidad de la Resolución 02 de 2007, por incurrir en las causales de anulación de que trata el artículo 84 del C.C.A.

2. TRÁMITE DE LA ACTUACIÓN.-

Luego de corregido el defecto señalado por auto del 24 de enero de 2008 se admitió la demanda, se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público, al demandado y al Presidente del Consejo Superior de la Judicatura; también se decidió sobre la solicitud de suspensión provisional, denegándola.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

El demandado doctor CARLOS MARIO ISAZA SERRANO intervino directamente en el proceso, y procedió a contestar la demanda en los siguientes términos:

Solicita que de ser posible, en consecuencia con el objeto de la acción de nulidad electoral, se declare la legalidad del acto por medio del cual lo nombraron en provisionalidad como Magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Respecto de los cargos formulados precisa:

Que el acto se cuestiona por falta de competencia y por falsa motivación, no obstante considera que los reparos de ilegalidad se pueden concretar en un sólo cuestionamiento: la violación de normas superiores en las cuales debía fundarse el acto acusado.

Indica que si bien corresponde al Congreso de la República proveer las vacancias absolutas de los Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, no siempre que se presente una de éstas, de manera inexorable, procede, como lo entiende el actor, un nombramiento en propiedad, toda vez que el acto de escogencia de quien ocupará el cargo de Magistrado de la referida Corporación, por ser

según la doctrina de los denominados complejos, requiere de la intervención de otra autoridad.

Que conforme se prescribe por la Constitución se requiere de la intervención del Presidente de la República para que éste envíe al Congreso de la República la terna de la cual se escogerá en propiedad el nuevo magistrado, razón por la cual, mientras se agotan estos pasos y por ende, se dicta el acto de elección, condiciones que deja de lado el actor, puede transcurrir un tiempo superior al razonablemente esperado y, antes de que el servicio sufra mengua, se hace imperiosa la competencia de la Sala Plena de la Corporación con apoyo en el numeral 2° del artículo 132 de la Ley Estatutaria de Justicia, de proveer en provisionalidad el cargo después del retiro del magistrado que termina su periodo y el nombramiento y posesión del nuevo titular.

Solicita que en el evento en que se encuentren oficiosamente probada una excepción de fondo, ésta se decida por la Sala de conformidad con lo previsto en el artículo 163 del C.C.A.

Plantea la **excepción** de ineptitud sustantiva de la demanda por carencia material y formal de uno de los requisitos previstos legalmente en el artículo 137 del C.C.A., en armonía con el artículo 227 *ibídem*, en razón a que el objeto de la acción de nulidad electoral es *"la anulación, rectificación, modificación, adición o revocación de las resoluciones de las Corporaciones electorales y no, la declaratoria de legalidad de tales actos, tal como lo ha pedido el actor en su libelo de demanda."*

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.-

Vencida la etapa probatoria y allegadas las pruebas solicitadas, se corrió el traslado a las partes para alegar de conclusión en los términos del artículo 263 del C.C.A. Únicamente el demandado hizo uso de su derecho y presentó escrito en los siguientes términos:

Además de insistir en la ineptitud sustantiva de que adolece la demanda señala que el actor se sustenta en una grave equivocación al confundir

la vacancia definitiva con la provisión definitiva del cargo, y con base en tal confusión, formula dos cargos contra el acto impugnado sustentados en reparos hipotéticos que podrían plantearse de haberse efectuado el nombramiento en propiedad y no en provisionalidad.

El hecho de que haya quedado una vacante definitiva por vencimiento del período de un magistrado, no implica que mientras se agoten los pasos para que la autoridad competente realice la correspondiente designación en propiedad, la Sala Plena de la Corporación con apoyo en el numeral 2 del artículo 132 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia pueda proveerlo en provisionalidad por el lapso que medie entre el retiro de aquel que terminó su período y el nombramiento y posesión del nuevo titular.

Reitera el argumento de la contestación respecto a que en el ordenamiento jurídico no está determinado, como lo pretende el actor, que ante la existencia de una vacancia absoluta corresponda forzosamente un nombramiento en propiedad, pues un entendimiento en este sentido ocasionaría graves perjuicios a la administración de justicia.

4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado en su concepto se refiere a los cargos planteados por el demandante en los siguientes términos:

Refiere en relación con la excepción planteada, que el actor demandó la "legalidad" del acto de designación del magistrado, pero no ha solicitado que se declare la legalidad del acto acusado como lo entiende la parte demandada.

Que en tratándose de la demanda de contenido electoral no existen términos o formas sacramentales de proponer la pretensión ante la jurisdicción de lo contenciosos administrativo, en razón a que la parte actora está en la libertad de señalarla. Además, el juez como supremo

director del proceso está encargado de velar que el acceso a la justicia sea real, y no solo un enunciado teórico, carente de sentido material, toda vez que en ejercicio de sus potestades debe interpretar la demanda sin que ello implique superponerse a la voluntad del actor.

Que en este caso no existe duda respecto de la intención del actor de demandar en acción de nulidad de contenido electoral el acto de designación expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y enervar por vía del ejercicio de esta acción, la presunción de legalidad de que se halla investido el acto. Por tal motivo, considera que la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

Respecto del asunto de fondo explica lo siguiente:

- ♦ De conformidad con el artículo 135 de la Ley Estatutaria de Justicia las situaciones administrativas en las que se puede encontrar un funcionario o empleado de la Rama Judicial son: i) en servicio activo, que comprende el desempeño de sus funciones, la comisión de servicios y la comisión especial y ii) separados temporalmente del servicio, situación que puede ocurrir en los siguientes eventos: i) en uso de una licencia remunerada, ii) en una licencia no remunerada, iii) en vacaciones, iv) suspendidos por medida penal o disciplinaria y v) prestando servicios militares.

Indica que si bien estos eventos generan retiro temporal no todos ellos generan la vacancia temporal del cargo, por cuanto el permiso por disposición expresa de la ley no genera vacante transitoria ni definitiva del empleo.

Según el artículo 149 de la ley Estatutaria de Justicia, se tiene que la cesación definitiva de las funciones se produce cuando se presenta el vencimiento del período para el cual fue elegido, la consecuencia que genera dicho retiro no es otra que la vacancia de carácter definitivo.

- ♦ Que no es ajena a la antinomia que se presenta entre el contenido del artículo 77 inciso 3º y el artículo 132 de la Ley Estatutaria, la que se

explica en el hecho de que la primera de las disposiciones dispone que las vacancias absolutas serán provistas por los nominadores y la segunda, al regular la designación en provisionalidad suponga que esta forma de provisión se hará en caso de vacancia definitiva, hasta tanto pueda hacerse por el sistema legalmente previsto que no podrá exceder de seis meses.

- ♦ Considera que para dilucidar esta controversia que surge de la incompatibilidad entre las dos disposiciones, el operador debe recurrir a las reglas de interpretación establecidas en las leyes 57 y 153 de 1887.

- ♦ Que la regla de interpretación que prevé que la disposición relativa a un asunto especial se prefiere a la de carácter general debe aplicarse en este asunto, y en tal sentido, el inciso tercero del artículo 77 de la ley Estatutaria de Administración de Justicia es la norma a tenerse en cuenta en el *sub - lite*, en la medida en que señala que las vacancias absolutas serán provistas por los nominadores, en este caso, por el Congreso de la República.

- ♦ Dice que esta interpretación no resulta contraria al ordenamiento jurídico, por el contrario preserva el mismo, en tanto que hace prevalente la taxatividad de la competencia, que no puede adquirirse por interpretaciones extensivas o aplicaciones analógicas, sino por razón de lo dispuesto en la Constitución, la Ley o el reglamento.

- ♦ Así, en el entendido que el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Plena no tiene asignada de manera expresa competencia para suplir las vacancias absolutas que se presenten en la Corporación cuando uno de sus miembros hace dejación definitiva del cargo por cualquier circunstancia, el acto se encuentra viciado de nulidad por haber sido expedido sin competencia.

Por todo lo expuesto, solicita se declare la nulidad de la Resolución 02 del 24 de octubre de 2007.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

1. COMPETENCIA.-

Según lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, artículo 128, numeral 3° - modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998 - y el Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999, artículo 13 - modificado por el Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003, artículo 1°-, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia del proceso electoral planteado.

2. EL ACTO ACUSADO.-

Lo constituye la Resolución N° 02 del 24 de octubre de 2007 proferida por la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual se nombró en provisionalidad al doctor CARLOS MARIO ISAZA SERRANO, en el cargo de Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en reemplazo de la doctora LEONOR PERDOMO PERDOMO, mientras el nominador hace el nombramiento en propiedad.

3. DEL PROBLEMA JURÍDICO.-

Se trata de definir si la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura tenía competencia para designar provisionalmente en el cargo vacante de Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, vacante con carácter definitivo, al doctor Carlos Mario Isaza Serrano hasta tanto el nominador hiciera la provisión del cargo en propiedad ante la vacancia definitiva por el vencimiento del periodo de la doctora LEONOR PERDOMO PERDOMO, y si se incurrió, en falsa motivación al expedirlo.

4. DEL CASO CONCRETO.-

4.1. CUESTIÓN PREVIA.-

En primer término procede la Sala a resolver la excepción planteada por el demandado, relativa a la ineptitud sustantiva de la demanda por

carencia de uno de los requisitos formales de la demanda, en los términos del C.C.A., artículos 137 y 227.

El planteamiento del demandado consiste básicamente en cuestionar que el objeto de la demanda de nulidad electoral difiere de la pretensión que el actor plantea, en cuanto lo que éste demanda es la legalidad del nombramiento.

De conformidad con el Código Contencioso Administrativo, artículo 227 *"Podrá cualquier persona ocurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional contra los actos de las corporaciones electorales **para que se anulen**, o se rectifiquen, modifiquen, adicionen o revoquen las resoluciones de esas corporaciones electorales por medio de las cuales se declare indebidamente alguna nulidad, o se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente no sean elegibles, o se hubiere dejado de computar un registro, o se haya alterado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos., [...]"*.

En el presenta asunto aunque el demandante no señala en la pretensión de manera expresa que se anule el acto de elección, ello no significa que por este motivo, la demanda en estricto sentido adolezca de uno de los requisitos previstos en el artículo 137 del C.C.A, que impida pronunciamiento de fondo. Está determinado con claridad en el libelo que el acto acusado es la Resolución N° 002 de 2007, según se advierte del capítulo II de la demanda. Este señalamiento indicativo del objetivo que el actor persigue en consonancia con los argumentos que sustentan la censura descartan la duda que sobre este particular plantea el excepcionante.

De manera que al encontrarse debidamente determinado el acto administrativo que contiene el nombramiento reprochado, no hay lugar a declarar probada la excepción planteada, pues la demanda no es inepta como razonablemente lo establecen los poderes interpretativos que le asisten al juez.

4.2. CUESTIÓN DE FONDO.-

Previo a resolver de fondo el asunto es preciso efectuar un análisis respecto del tratamiento que la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Justicia, le otorga a los nombramientos y a las designaciones en la Rama Judicial, así:

En relación con los nombramientos, la ley 270 de 1996 contempla las formas para la provisión de cargos en la rama judicial, así:

*"Artículo 132. **La provisión de cargos en la rama judicial** se podrá hacer de las siguientes maneras:*

***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.*

***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.

***En encargo.** El nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas [...]" (Resaltas fuera de texto).*

♦ De la anterior norma se tiene que el nombramiento en provisionalidad puede tener lugar tanto para llenar vacancias definitivas, como para las transitorias, en el entendido que constituye, junto con el encargo, una forma de **provisión temporal** de los empleos de la Rama Judicial.

♦ Específicamente el artículo 132 en cita señala que el nombramiento en provisionalidad procede para cuando se presente una **vacancia definitiva, "hasta tanto se pueda hacer la designación**

por el sistema legalmente previsto", modalidad de vinculación transitoria que opera ya para el evento en que la designación se haga para proveer empleos de carrera o ya de período fijo, en ambos casos mientras puede hacerse la provisión de manera definitiva por el sistema previsto para el efecto.

♦ De la comprensión integral de este artículo se puede concluir que es legalmente viable el nombramiento en provisionalidad cuando: **i)** Se proveen cargos para los cuales el régimen constitucional asigna un período fijo (Magistrados de las Corporaciones Judiciales¹), mientras se integra la lista por el Consejo Superior de la Judicatura o la terna por la autoridad encargada para tal efecto y se produce la respectiva designación; **ii)** En los cargos de carrera, cuando se eligen los magistrados, los jueces y los empleados provisionalmente mientras se hace la designación conforme al sistema de concurso o cuando éste es declarado desierto; **iii)** cuando la causa que motive el encargo se prolongue por tiempo mayor del término legal², y **iv)** cuando se provea vacante temporal por término superior a un mes.

♦ Este nombramiento en provisionalidad, cuando la vacancia es definitiva, no puede exceder de seis meses, según lo establece el artículo 132 numeral 2º de la ley 270 de 1996, plazo dentro del cual el nominador debe hacer la provisión del empleo por el sistema legalmente previsto para tal efecto.

Con esta precisión, procede a la Sala decidir las censuras planteadas por el actor y su estudio se aborda de la siguiente manera:

♦ **FALTA DE COMPETENCIA.-**

El demandante alega que en su entender sólo el Congreso de la República en su condición de nominador de los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es el

¹ Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (artículo 233 de la C.P.) y los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura (artículo 254 de la C.P.). Su periodo es individual de 8 años.

² El artículo 132 prevé que el encargo se hará hasta por un mes prorrogable hasta por un término igual.

único llamado a suplir las vacancias definitivas que se presenten, de conformidad con lo previsto en el artículo 254 numeral 2 de la C.P.

Que en el *sub lite*, ocurrió que la vacancia definitiva se generó en razón a que la doctora LEONOR PERDOMO PERDOMO culminó su periodo constitucional en el cargo de Magistrado de la referida Corporación.

Al respecto ha de señalarse que el artículo 53 de la Ley 270 de 1996, señala las reglas a aplicar para la elección de los Magistrados y Consejeros. El texto de la norma es del siguiente tenor:

ARTÍCULO 53. ELECCIÓN DE MAGISTRADOS Y CONSEJEROS. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado proveer las vacantes que se presenten en la respectiva Corporación, de listas superiores a cinco (5) candidatos, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Estos Magistrados no son reelegibles y tomarán posesión ante el Presidente de la República.

Con el objeto de elaborar las listas a que se refiere este artículo, el Consejo Superior de la Judicatura invitará a todos los abogados que reúnan los requisitos y que aspiren a ser Magistrados, para que presenten su hoja de vida y acrediten las calidades mínimas requeridas, Al definir la lista, el Consejo Superior de la Judicatura deberá indicar y explicar las razones por las cuales se incluyen los nombres de los aspirantes que aparecen en ella.

El Magistrado que deba ser reemplazado por destitución estará inhabilitado para participar en la elección de su sucesor y en la de cualquier otro integrante de la Corporación que por el mismo tiempo se encuentre en la misma situación.

Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, **del Consejo Superior de la Judicatura**, de los Tribunales, los Jueces y los Fiscales, no podrán nombrar 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. Así mismo, los citados funcionarios, una vez elegidos o nombrados, no podrán nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con los servidores públicos competentes que hayan intervenido en su postulación o designación.

PARÁGRAFO 1o. **La provisión transitoria de las vacantes se hará directamente por cada Corporación o Tribunal y no podrá exceder, en ningún caso, de tres meses.**

PARÁGRAFO 2o. Los funcionarios públicos en cuya postulación o designación intervinieron funcionarios de la Rama Judicial, no podrán designar a personas con las cuales los postulantes o nominadores tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Constituye causal de mala conducta la violación a ésta disposición.

Por su parte el artículo 77 *ibídem* señala:

ARTÍCULO 77. REQUISITOS. Para ser **Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura** se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta y cinco años; tener título de abogado y haber ejercido la profesión durante diez años con buen crédito. Los miembros del Consejo no podrán ser escogidos entre los Magistrados de las mismas corporaciones postulantes.

Estarán sujetos al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Las vacancias temporales serán provistas por la respectiva Sala, las absolutas por los nominadores.

Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura no son reelegibles.

Igualmente el artículo 254 Superior dispone:

El Consejo Superior de la Judicatura se dividirá en dos salas:

1. La Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.

2. **La Sala Jurisdiccional Disciplinaria**, integrada por siete magistrados elegidos para un período de ocho años, **por el Congreso Nacional** de ternas enviadas por el Gobierno. Podrá haber Consejos Seccionales de la Judicatura integrados como lo señale la ley.

La armonización lógica y razonada de las anteriores normas (artículos 53 y 77 de la Ley 270/96), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 132 de la misma Ley 270 de 1996, también transcrito atrás, se obtiene el siguiente entendimiento que resuelve el problema jurídico que el proceso plantea:

- ♦ La Sala Jurisdiccional Disciplinaria se integra por siete magistrados elegidos por el Congreso de la República para un periodo de ocho años, de terna enviada por el Gobierno.
- ♦ El proceso de su designación comprende dos etapas. Una, la relativa a la elaboración de la terna por el Gobierno y otra, correspondiente a la designación por el Congreso atendiendo a la terna que para el efecto se le envíe.
- ♦ De conformidad con el artículo 132 de la Ley 270 de 1996 que regula la manera de proveer los cargos en la Rama Judicial ya en propiedad, ya en provisionalidad o en encargo, autoriza realizar nombramientos en provisionalidad cuando se presente una vacancia definitiva, situación en la cual el término del nombramiento será hasta tanto se pueda hacer la designación atendiendo al sistema previsto por la ley.

- ♦ Ahora bien, el párrafo 1º del artículo 53 de la Ley 270 de 1996 que aparece a continuación del 3º inciso en el cual se incluye a las cuatro Altas Cortes, autoriza hacer la **provisión transitoria** directamente por cada Corporación o Tribunal. No especifica la clase de vacancia. Entonces, como donde la norma no distingue no le es dable distinguir al intérprete, es preciso entender que la atribución se extiende a ambas clases de vacancia, ya temporales, ya transitorias.

- ♦ El artículo 77 regula los requisitos para ser magistrado del Consejo Superior de la Judicatura y señala en el inciso segundo que las vacantes absolutas se proveen por los nominadores. Pero nada establece acerca de la provisión en provisionalidad de vacantes absolutas. Por ello, para resolver el punto es preciso acudir a la regulación armonizada que sobre el asunto consagran el artículo 132, incisos 2º y el 53 párrafo 1º de la Ley Estatutaria de Justicia, en concordancia con el 254 de la Constitución Política, e incluso con el propio artículo 77 de la Ley 270 de 1996, en tanto que éste último al no contemplar a que autoridad compete la designación en provisionalidad de estos funcionarios en el evento de tener que proveerse transitoriamente una vacante definitiva, autoriza tener que acudir a la armonización con las otras disposiciones que rigen la materia.

- ♦ De todo lo anterior se concluye que el Consejo Superior de la Judicatura tiene competencia para hacer la provisión transitoria de los Magistrados de esa Corporación, aún de las vacancias definitivas, a través de un nombramiento en provisionalidad y hasta tanto se haga la designación por el sistema previsto para tal propósito, en este último caso sí, únicamente mediante previa elaboración de la terna por el Gobierno, mediante designación del Congreso de la República, para el caso de Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Se resalta en este punto que acorde con el contenido del artículo 254 superior el Congreso de la República ejerce función nominadora de los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria únicamente cuando, ante vacantes definitivas, la provisión del empleo se va a cumplir en propiedad, situación para la cual requiere la existencia de la terna aportada por el gobierno. Por lo tanto, si la provisión de la vacante

definitiva es en provisionalidad, a la situación le es aplicable lo dispuesto en los artículos 132 y 53 a las cuales es preciso remitirse como normas que sí regulan el asunto.

- ♦ La Resolución N° 02 de 2007 “*Por la cual se hace un nombramiento en provisionalidad*”, emanada de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura se expidió conforme a la normatividad antes referida. No se usurparon funciones que le corresponden al Congreso de la República en su condición de nominador en propiedad. En este caso el Consejo Superior de la Judicatura ejerció la facultad que la Ley le confiere para, de manera provisional, designar Magistrado de la referida Sala hasta tanto el nominador realizara el nombramiento en propiedad.

- ♦ Este propósito y modalidad de la designación es claramente recogida en la Resolución acusada, en la que se dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO PRIMERO: NOMBRAR en Provisionalidad al doctor CARLOS MARIO ISAZA SERRANO identificado con C.C. N° 17.971.535, en el cargo de Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en reemplazo de la doctora LEONOR PERDOMO PERDOMO, mientras el nominador hace el nombramiento en propiedad." (subrayas y resaltas fuera del texto)

- ♦ Tampoco se presenta la oposición que asegura el Ministerio Público existe entre los artículos 77 y 132 de la Ley 270 de 1996, pues al armonizarlos y concordarlos con el 53 de la misma Ley y con el artículo 254 superior, se establece que le asiste competencia al Consejo Superior de la Judicatura para designaciones provisionales de sus integrantes aún para cargos vacantes definitivamente, hasta tanto se realice el nombramiento en propiedad por el nominador. Interpretar lo contrario llevaría al equivoco de que la figura de la provisionalidad no operara como situación administrativa para llenar transitoriamente las vacantes de los Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura puesto que el Congreso como nominador solo le corresponde proveerlas **en propiedad** mediante la terna suministrada por el gobierno y ello equivaldría a propiciar el desmedro del servicio que quedaría acéfalo en el interregno entre la presencia de la vacancia

definitiva y la conclusión del procedimiento a cumplirse por los dos organismos para su provisión en propiedad.

En atención a estas razones el cargo no prospera.

♦ **FALSA MOTIVACIÓN.-**

Para sustentar esta censura el demandante reitera el planteamiento relativo a que la vacante definitiva solo puede ser provista por el nominador, de acuerdo con lo previsto en el artículo 77 de la Ley 270 de 1996.

El reproche se resuelve en el sentido de que no existe la falsa motivación, con fundamento en el mismo análisis y explicaciones acotadas al resolver el anterior cargo.

Es preciso insistir en que la provisión en propiedad de las vacancias absolutas corresponde a los nominadores. Pero en este caso, a través de la Resolución acusada, el cargo de Magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, vacante definitiva **no** se proveyó en propiedad sino en provisionalidad, esto es, transitoriamente. De lo contrario, esto es, para proveerlo en propiedad ciertamente si compete al Congreso.

En este orden de ideas, el argumento del demandante no encuentra respaldo, pues se insiste, la designación fue provisional hasta tanto se designara el mismo en propiedad, en uso de la facultad que al Consejo Superior de la Judicatura confieren los artículos 53 y 132 de la Ley 270 de 1996, y porque el artículo 77 no reglamenta esta específica situación administrativa.

Respecto a que el artículo 53 *ibídem* sólo se refiere a los nombramientos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado porque en tratándose de magistrados del Consejo Superior de la Judicatura existe regulación propia en el artículo 77 *ibídem*, debe precisarse que, de una parte, el referido artículo 53 se encuentra inmerso en el Título III "DE LAS CORPORACIONES Y DESPACHOS

JUDICIALES”, Capítulo V “DISPOSICIONES COMUNES” y de la otra, que el párrafo 1º regula la manera de efectuar la provisión transitoria de las vacantes en las cuatro Cortes, tanto si éstas son temporales o definitivas porque la norma no distingue, asignándole tal competencia a la propia Corporación. Además, como ya se explicó, el artículo 77 no consagró quien es el competente para proveer vacantes definitivas en provisionalidad.

Por lo expuesto esta censura tampoco prospera.

III. LA DECISION.-

Por lo expuesto, **EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- Declarar no probada la excepción de ineptitud sustantiva planteada por el demandado, atendiendo a las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

COPÍESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidenta

MARIA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

MAURICIO TORRES CUERVO