



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Sede de Despachos Judiciales CAN, piso 4°
Juez, CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá D.C., 14 de junio de 2018

Sentencia N° 084 de 2018
(Artículo 183 ley 1437)

Expediente: 11001-33-35-016-2016-00270-00
Demandante: MARÍA TERESA CHALÁ CANTILLO
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA
JUDICATURA – SALA JURISCCIONAL DISCIPLINARIA

Tema: Insubsistencia nombramiento en provisionalidad

ASUNTO

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

1.- PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La señora MARÍA TERESA CHALÁ CANTILLO solicita a esta Jurisdicción que anule el Acuerdo N° 002 del 14 de enero de 2016, por medio del cual la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad en el cargo de Escribiente, grado 09 adscrito a la Secretaría General de dicha entidad.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA reintegrarla en el cargo de Escribiente, grado 09 de la Secretaría General de la citada sala o a otro de igual o superior categoría y, en consecuencia reconozca y pague los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha del retiro y hasta que se haga efectivo el reintegro; que se declare para todos los efectos que no existió solución de continuidad entre la fecha del retiro y del reintegro al cargo; que se condene a la entidad demandada al

reconocimiento y pago de los perjuicios morales sufridos por la ilegal desvinculación del cargo y finalmente que la entidad de cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, (fl. 27).

2.- HECHOS DE LA DEMANDA

Sostiene la parte demandante que fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Escribiente, grado 09, adscrita a la Secretaría General de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo N° 149 del 31 de octubre de 2012.

Manifiesta que el 27 de febrero de 2014 recibió de manera verbal de parte de la Secretaria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria la instrucción de presentar renuncia a su cargo.

En vista de lo anterior puso en conocimiento la situación presentada a los magistrados de la Corporación mediante comunicación en la que solicitó fuera reconsiderada la exigencia de renuncia al cargo que previamente le había sido formulada. Pese a lo anterior, no recibió respuesta a su solicitud.

Posteriormente, mediante comunicación emitida por la misma Corporación, la demandante fue notificada de la apertura de una indagación preliminar en su contra y en virtud de ello fue citada a que presentara descargos, sin embargo, la misma no pudo ser practicada y hasta la fecha tal indagación no ha finalizado, razón por la cual considera que no tiene fundamento jurídico.

Estima que durante el tiempo que permaneció en la entidad cumplió de manera eficaz, eficiente y a cabalidad sus funciones, sin que hasta el momento haya sido sancionada por alguna conducta contraria a la ley, salvo la indagación preliminar que se sigue en su contra, en consecuencia, debe ampararse su presunción de inocencia hasta tanto no se produzca una decisión de fondo al respecto.

Finalmente, indica que mediante Acuerdo N° 002 del 14 de enero de 2016 fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo que venía desempeñando en la entidad, acto administrativo que considera carece de motivación suficiente y veraz y por tanto es ilegal, (fls. 25-27).

3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

La parte demandante invoca como violadas normas de rango constitucional los artículos 4 y 29 y los artículos 67 y 74 de la Ley 1437 de 2011, (fls. 28-32).

Formula los cargos de violación a la Constitución y la ley, desviación de poder y falsa motivación del acto demandado.

Sostiene que, la motivación del acto demandado carece de veracidad y solo obedeció para cumplir la necesidad argumentación conforme lo ha expuesto la Corte Constitucional, sin embargo, el verdadero trasfondo de tal proceder de la entidad demandada era disponer del cargo de la demandante bajo la excusa de mejorar el servicio, para lo cual fueron utilizadas presiones indebidas, persecución laboral y finalmente investigaciones disciplinarias carentes de fundamento factico y jurídico.

Manifiesta que, de manera permanente la señora María Teresa Chalá Cantillo fue coaccionada moralmente para que presentara renuncia voluntaria al cargo, por lo tanto el acto demandado carece de presunción de legalidad. Lo anterior amparado en el hecho que ninguno de los magistrados dio respuesta a las múltiples solicitudes que elevó la actora, demostrándose así un comportamiento contrario a derecho que desvirtuó la presunción de legalidad que ampara al acto acusado.

Expresa que, pese a que la demandante no goza de los derechos que otorga la carrera administrativa, si estaba cobijada por un fuero de estabilidad laboral relativa o intermedia, el cual obligaba a la entidad a motivar con soportes pertinente la declaratoria de insubsistencia, sin embargo, al no presentar la renuncia como se le solicitó, la entidad hizo uso arbitrario de dicha figura para desvincularla de su cargo, con base en situaciones contrarias a derecho.

Hace énfasis en que a la actora le fue iniciada una investigación preliminar con base en la Ley 734 de 2012, por presunto incumplimiento de sus funciones, sin embargo, la misma no ha tenido avance, ni se ha formulado pliego de cargos en su contra. Pero, pese a ello y de manera unilateral fue declarado insubsistente su nombramiento, sin siquiera brindar la oportunidad de ejercer su defensa, vulnerando también el artículo 29 Superior que protege el debido proceso en todo tipo de actuaciones judiciales.

Insiste en el hecho que el acto demandado carece de motivación o explicación verídica, suficiente o adecuada, por cuanto la decisión adoptada por la el órgano competente, de una aparte, no fue notificada personalmente y de otra, no se ofreció la posibilidad de presentar recursos en vía gubernativa contra el mismo, lo cual violó el derecho de contradicción y defensa y el principio de legalidad establecido en el artículo 4º Constitucional.

Finalmente, expone que la supuesta mejora del servicio no se encuentra acreditada, en razón a que la demandante desempeñaba de forma óptima sus funciones y el cargo era ejercido conforme a la ley. Además, las funciones que ejercía eran de tipo asistencial, por lo que la persona que la reemplazó en el mismo se encontraba sobre calificada para el cargo

por la abultada formación académica que presentó, en consecuencia la declaratoria de insubsistencia no se encuentra soportada en hechos reales y concretos.

En conclusión, considera que el acto demandado al ser expedido con violación de la Constitución Política y la ley, la entidad demandada incurrió en falsa motivación y por consiguiente debe ser anulado.

4.- Oposición a la demanda por la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

La entidad contestó en forma oportuna la demanda mediante memorial visible a folios 54-58 del expediente, en el que se opone a las pretensiones y condenas de la demanda.

En síntesis, considera que el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la demandante contiene la motivación suficiente y se basó en el mejoramiento del servicio partiendo de la formación académica que se tuvieron en cuenta para tal proceder, conforme los parámetros establecidos la Corte Constitucional en la sentencia de unificación de 2010 y en los pronunciamientos que al respecto ha proferido el Consejo de Estado.

Expuso que el acto administrativo de insubsistencia tuvo en cuenta las hojas de vida, formación académica y experiencia profesional de la funcionaria saliente y la que fue nombrada en su reemplazo y que al estar nombrada la demandante en provisionalidad en la entidad demandada no procedida ningún recurso contra dicha decisión al no haber superior jerárquico del nominador en este caso.

Expone que el 4 de julio de 2014 fue notificada de una indagación preliminar por presuntas falencias en el desarrollo de sus funciones, situación que denota descuido y desinterés en el cumplimiento de los objetivos y asuntos que le fueron encomendados.

Finalmente, considera que no es al nominador al que le corresponde demostrar en qué sentido quiso mejorar el servicio, por tanto la carga probatoria en ese sentido corresponde a la demandante y en el asunto de la referencia no fue demostrada conducta ilegal por parte de este, por lo tanto, el acto atacado goza de validez y la presunción de legalidad no fue desvirtuada, en consecuencia, al no estar demostrada la desviación de poder, la falta de competencia o la indebida motivación, no deben prosperar las pretensiones de la demanda.

5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN POR ESCRITO

5.1.- *Alegatos de la parte demandante*, (fls. 150-171). El apoderado de la parte demandante dentro del término legal allegó los alegatos en los que reiteró los argumentos expuestos en la

demanda. Insiste en que el acto administrativo demandado carece de la motivación necesaria en los términos descritos en la sentencia SU-917 de 2010 de la Corte Constitucional, es decir, suficiente y consecuente con los motivos que generan la insubsistencia, que fue indebidamente notificado, que no se informaron los recursos procedentes contra tal decisión y que en el fondo fue producto de la imposición unilateral y de plano de una sanción disciplinaria contra la demandante.

5.2.- *Alegatos de la entidad demandada*, (fls. 142-149). La apoderada de la entidad demandada dentro del término legal allegó los alegatos en los que reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicitó denegar la prosperidad de la misma.

6.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1.- Problema jurídico: Debe resolver el Juzgado si el acto administrativo por medio del cual fue declarada insubsistente el nombramiento provisional de la señora MARÍA TERESA CHALÁ CANTILLO en el cargo de Escribiente, grado 09 adscrito a la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura fue expedido con violación de las normas superiores a las que estaba sometido y fue falsamente motivado y por esa razón está afectado de nulidad y, en consecuencia y si es del caso, ordenar el reintegro en las mismas condiciones en que desempeñaba el cargo, así como ordenar el pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde la desvinculación

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las pruebas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

6.2.- Hechos y pruebas relevantes que obran en el expediente.

Dentro del proceso obran las siguientes pruebas de los hechos más relevantes del litigio:

1. La accionante MARÍA TERESA CHALÁ CANTILLO fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Escribiente, grado 09, adscrito a la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo N° 149 del 31 de octubre de 2012, a partir del 31 de octubre de 2012 (copia simple del acuerdo de nombramiento figura a folio 2 del expediente).
2. Providencia del 4 de diciembre de 2015 proferida por el Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Magistrado Pedro Alonso Sanabria Buitrago, a través de la cual ordenó abrir indagación preliminar en contra de la accionante y otra funcionaria de la entidad, por la presunta comisión de faltas disciplinarias en

cumplimiento de sus funciones, de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002 (fotocopia informal milita a folios 10-13 del expediente).

3. Acuerdo N° 002 del 14 de enero de 2016 –*acto demandado*–, expedido por la Secretaría Judicial y el Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a través del cual fue declarado insubsistente el nombramiento de la señora MARÍA TERESA CHALÁ CANTILLO, en el cargo de Escribiente, grado 09, adscrita a la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a partir del 16 de enero de 2016 y en su reemplazo fue nombrada la señora INGRID REGINA PETRO GONZÁLEZ, a partir del mismo día. En el acto administrativo que declaró la insubsistencia de la actora quedó establecido que el motivo de tal decisión obedecía a razones de mejoramiento del servicio en la Corporación (fotocopia simple milita a folios 15-19 del expediente).
4. Certificación salarial expedida el 9 de marzo de 2016 por el Director Administrativo de la División de Asuntos Laborales de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en la que indica la remuneración mensual (salario básico y la bonificación judicial) que percibió la señora María Teresa Chalá Cantillo en el periodo comprendido entre el 6 de noviembre de 2012 y el 13 de enero de 2016, mientras desempeño el cargo de Escribiente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (original reposa a folio 14 del expediente).
5. Constancia N° 0071-2016 expedida el 24 de febrero de 2016 por la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual certificó que la señora MARÍA TERESA CHALÁ CANTILLO fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Escribiente Nominado, grado 9, adscrita a la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo N° 149 del 31 de octubre de 2012, cargo en el cual se desempeñó desde el 6 de noviembre de 2012 hasta el 14 de enero de 2016, por cuanto a través del Acuerdo N° 002 del 14 de enero de 2014 fue declarado insubsistente el nombramiento en el referido cargo. En la misma certificación se especifica el horario de trabajo de la accionante, las funciones generales y específicas que desempeñaba y diversas situaciones administrativas de las cuales fue objeto, como es el caso de las licencias no remuneradas, (certificación original reposa a folios 20-23 del expediente).
6. Solicitudes realizadas por la actora y dirigidas a los magistrados miembros de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en las informó que el día 27 de febrero de 2014 recibió, a través de la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura una instrucción de la Sala Disciplinaria en la que aparentemente fue requerida para presentar renuncia a su cargo, razón por la cual le solicitó a los citados magistrados que estudiaran su situación particular y, en

consecuencia, la mantuvieran en el cargo que desempeñaba, teniendo en cuenta su condición de madre cabeza de hogar y las obligaciones adquiridas para el sostenimiento de su hogar y su hijo menor (originales con constancia de recibido ilegibles, en las que no constan los nombres de los funcionarios que recibieron cada una de estas solicitudes, las cuales reposan a folios 3-9 del plenario).

7. Piezas procesales que sustentan el expediente disciplinario de la accionante MARÍA TERESA CHALÁ CANTILLO (Nº 2014-0849), el cual contiene las actuaciones adelantadas hasta el momento por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en el proceso disciplinario que adelanta en su contra y contra otra empleada de la entidad (entre otras, reposan citaciones a rendir declaraciones libres y espontáneas y testimonios) (2 anexos de 165 y 198 folios, respectivamente). No reposa fallo que absuelva o declare disciplinariamente responsable a la accionante.

En el mismo expediente reposan pruebas documentales relacionadas con diversas situaciones administrativas de las que fue objeto la accionante, tales como, programación y agenda de trabajo, resolución de nombramiento en provisionalidad en distintos cargos de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (Citador grado 05, Escribiente grado 09), posesión, renuncia, concesión de periodos de vacaciones, licencia no remunerada, certificación de servicios, entre otros.

8. Fotocopia simple de las pruebas documentales correspondiente al expediente administrativo de la accionante MARÍA TERESA CHALÁ CANTILLO y de la funcionaria que la reemplazó en el cargo de Escribiente, grado 9 adscrita a la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (incluye nombramiento, posesión, declaratoria de insubsistencia, llamados de atención por desempeño de las funciones e incumplimiento del horario laboral, formación académica, hoja de vida, funciones del cargo, manual de funciones de la Secretaria Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura) (anexo Nº 3 en 230 folios).
9. Respecto a la prueba solicitada por la señora representante del Ministerio Público relacionada con la notificación del acto administrativo mediante el cual fue declarada insubsistente la accionante (fl. 78), el apoderado de la actora informó que una vez revisadas las pruebas que obran en su poder, no fue posible obtener dicho documento (fl. 82), sin embargo, los apoderados de las partes allegaron al plenario copia simple del Oficio Nº SJ-ABH-00281 del 14 de enero de 2016, a través del cual le fue comunicado a la accionante la declaratoria de insubsistencia, quien lo recibió el mismo día, según se verifica en el citado documento (fl. 84 y también reposa en el anexo Nº 3 aportado por la entidad demandada).

10. Testimonios rendidos en audiencia de pruebas, adelantada el 23 de octubre de 2017, (fls. 110-112) en lo que dan cuenta que las funciones desempeñadas por la actora fueron asumidas por otros funcionarios que trabajaban en la Secretaría y no se vio afectada la labor de la entidad por las funciones desempeñadas la demandante. Además, expresaron que en trámite de la insubsistencia se presentaron presiones indebidas o con intereses personales por parte de los nominadores

6.3-. NORMAS APLICABLES AL CASO Y PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

6.3.1. Los artículos 122 y 125 de la Constitución Política establecieron el sistema de carrera administrativa para el acceso al empleo público, sobre la base del mérito laboral, académico y profesional, en la igualdad de oportunidades, el desempeño eficiente y honesto de las funciones públicas el ingreso, así como la permanencia, promoción y retiro en los diferentes empleos del Estado. En consecuencia, el nombramiento de funcionarios en cargos de carrera debe hacerse, salvo excepciones constitucionales o legales, mediante concurso público de méritos. Para ello, es relevante el principio de igualdad, el cual es inherente a la existencia y funcionamiento de la carrera administrativa, bien sea general o especial o de rango constitucional o legal.

Mediante la Ley 909 de 2004¹ el Congreso de la República expidió las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. En su artículo 23 estableció las clases de nombramientos, así:

“ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.”

Y sobre los nombramientos en provisionalidad, el Decreto 1227 de 2005² reglamentario la Ley 909 de 2004, dispuso:

ARTÍCULO 9º. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron. (...). (Subraya el Juzgado)

¹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

² Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.

De acuerdo con la norma trascrita, queda claro que el nombramiento en provisionalidad procede cuando existe vacancia definitiva o temporal en un cargo de carrera administrativa y que dicha provisionalidad se prolongará hasta tanto se pueda llevar a cabo el concurso de méritos respectivo o por el término que duren las situaciones administrativas que lo originaron. Sin embargo, lo anterior no significa que la persona que ocupa un cargo en provisionalidad tenga el derecho absoluto a permanecer en él.

6.3.2. Consecuente con lo anterior, la Ley 270 de 1996³, en lo pertinente a la clasificación de los empleos en la Rama Judicial señaló en el artículo 130 que los mismos son de periodo individual, de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa⁴ y en el artículo 131 indicó las autoridades nominadoras, que para el caso bajo estudio le corresponde a las Salas de las distintas Corporaciones que conforman a la entidad, de acuerdo con el numeral 9º del artículo citado.

Ahora, en cuanto a los nombramientos en los cargos en la entidad, el artículo 132 *ibíd*, describe que los mismos pueden ser en propiedad, provisionalidad o en encargo⁵. Seguidamente, el artículo 149 dispuso las causales de retiro de servicio, entre otras, en el numeral 9º instituyó la causal denominada “*Declaración de insubsistencia*”.

Sin embargo, la facultad de retiro de un empleado en provisionalidad es reglada, por lo que para ejercerla deben mediar los requisitos que para el efecto ha fijado la ley de la carrera administrativa y normas reglamentarias. Es así como el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, señala en su parágrafo 2º que “*...Es reglada la competencia para el retiro de los empleos*

³ Estatuaria de la administración de justicia.

⁴ “**ARTICULO 130. CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS.** Son de periodo 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 periodo salvo que antes de su vencimiento intervenga sanción disciplinaria de destitución por mala conducta o lleguen a la edad de retiro forzoso. Es obligación de cada funcionario y del Presidente de la Corporación, informar con seis meses de anticipación a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de la fecha en que se producirá el vencimiento de su periodo, con el objeto de que se proceda a elaborar la lista de candidatos que deba reemplazarlo. Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios de esas Corporaciones; los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación. Son de Carrera los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial. PARAGRAFO TRANSITORIO. Mientras subsistan el Tribunal Nacional y los Juzgados Regionales, son de libre nombramiento y remoción los magistrados, jueces a ellos vinculados, lo mismo que los fiscales delegados ante el Tribunal Nacional y los fiscales regionales”.

⁵ **ARTICULO 132. FORMAS DE PROVISION DE CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL.** La provisión de cargos en la Rama Judicial se podrá hacer de las siguientes maneras: 1. En propiedad. Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente. 2. En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes. Cuando el cargo sea de Carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo. En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación. 3. En encargo. El nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un periodo 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”.

de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.” (Subraya fuera del texto original).

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005 (reglamentario de la Ley 909 de 2004), en su artículo 10, estableció que *“Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.”* (Destaca el Juzgado).

De acuerdo a las normas transcritas, es evidente que para declarar la insubsistencia de un empleado en provisionalidad se hace necesario expedir un acto administrativo motivado, así pues a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004 (publicada en el Diario Oficial No. 45.680 de 23 de septiembre de 2004) y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005 (21 de abril de 2005) los empleados provisionales, no pueden ser declarados insubsistentes mediante acto discrecional. Obviamente que la motivación del acto de terminación anticipada del nombramiento provisional, en el evento de que se cumpla la condición que motivó tal nombramiento, fue expresada de antemano en el acto de nombramiento y así la aceptó quien fue nombrado, por ejemplo por la ausencia del titular del empleo o mientras que se surte el proceso de selección.

Respecto de la motivación de los actos de retiro del servicio de los empleados nombrados provisionalmente en cargos de carrera, la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶ de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática señala que la motivación es un *“elemento del Estado de Derecho, del principio democrático, del principio de publicidad y garantía del debido proceso para el acceso efectivo a la administración de justicia”*, en lo relativo al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, sostuvo que es *“inexcusable deber de motivación de dichos actos”*⁷.

También ha explicado la Corte Constitucional⁸ que: *“...sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”; todo porque según la misma Corte, la motivación “es necesaria a fin de que el afectado pueda controvertir las razones que llevaron al nominador a su desvinculación. Sólo de esta manera se le garantiza el debido proceso y se posibilita el acceso efectivo a la administración de justicia”*⁹. *“En otras palabras, la motivación es un requisito de validez,*

⁶ Sentencia SU- 917 de 2010.

⁷ Cronológicamente se destacan 3 sentencias en el año 1998, 1 en el 2002, 3 en el 2003, 4 en el 2004, 24 en el 2005, 15 en el 2006, 13 en el 2007, 13 en el 2008 y 13 en el 2009.

⁸ Sentencia SU- 917 de 2010.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-222 de 2005.

de donde se infiere que los actos que carecen de ella están viciados de nulidad."¹⁰ (Destaca el Juzgado).

En otra providencia la Corte¹¹ reiteró que: *"...la falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, por violación de normas superiores."* (Resalta el Juzgado)

En sentencia T-760A-2011 la Corte expuso que *"En la sentencia que se ha venido citando, -SU-017 de 2010- expuso la Sala Plena de esta Corte que la falta de motivación de los actos de retiro de los cargos en provisionalidad, involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, puesto que a más de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P), se desconocen otras normas de jerarquía superior como la cláusula del Estado de Derecho (art. 1º C.P), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 C.P), de donde se hace imperativo 'asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva'. De ordinario, frente a situaciones como la descrita, se deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en acción de nulidad y restablecimiento del derecho"*.

A su turno el Consejo de Estado, congruente con lo expuesto por Corte Constitucional, arguye que *"la motivación del acto de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad a partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004 surge como imperativo objetivo de la legalidad, de indiscutible acatamiento para los jueces de conformidad con el artículo 230 Constitucional, en el que se predica el sometimiento de los funcionarios judiciales al imperio de la ley."* En otras palabras, la motivación es un requisito de validez, de donde se infiere que los actos que carecen de ella están viciados de nulidad"¹².

6.3.3. Sobre los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera administrativa mientras se efectúa el respectivo concurso de méritos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de señalar que en los precisos términos del artículo 125 de la Constitución Nacional *"la carrera administrativa 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 para la escogencia del personal más capacitado, 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 adquirir los derechos que le otorga la carrera administrativa, entre otros, estabilidad en el empleo. En cuanto al retiro, está rodeado de una serie de

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-170 de 2006.

¹¹ T-289 de 2011.

¹² Sentencia de Tutela del 16 de abril de 2012. SAC, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación Número: 11001-03-15-000-2012-00398-00(Ac).

formalidades, es decir, solamente puede hacerse mediante acto de insubsistencia motivado¹³.

Adicionalmente, el Consejo de Estado señaló que no es lo mismo el nombramiento del servidor que ingresa al servicio sin preceder al 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 administrativa, y por lo mismo el retiro no puede estar revestido de las mismas formalidades¹⁴.

Conforme a lo anterior, no es dable predicar que el empleado nombrado provisionalmente para desempeñar transitoriamente un cargo de carrera administrativa y mientras se realiza el concurso, pueda ostentar la misma condición del que se vincula a la administración previa superación rigurosa de un conjunto de etapas que ponen a prueba su idoneidad personal e intelectual para desempeñar la función.

En este orden de ideas, el nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer cargos de carrera cuando no sea posible hacerlo por encargo o mientras se surte el proceso de selección por concurso de méritos, o mientras dure la situación administrativa que lo generó. Al término de la condición, el nombrado provisionalmente cesa en sus funciones. Por eso la situación en provisionalidad no otorga el fuero de estabilidad propio de la carrera administrativa. 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, porque también puede ser retirado del servicio en forma anticipada mediante acto motivado.

Finalmente, el Consejo de Estado considera que quien pretenda a hacer valer sus derechos frente a la declaratoria de insubsistencia, debe probar que cumplía a cabalidad sus funciones y que ello permitía la buena prestación del servicio y de la misma forma la entidad demandada debe acreditar las razones para que motivaron su decisión. Al respecto, la Alta Corporación¹⁵ expuso 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*

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de febrero de 2013, radicado No. 05001-23-31-000-2004-00123-01(1971-10), MP Alfonso Vargas Rincón.

¹⁴ Ibíd.

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 7 de febrero de 2002, Expediente: 250002325000992175-01(3826-01).

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” (Resalta el Despacho).

Vistas las consideraciones legales y jurisprudenciales que preceden pasa el Juzgado a resolver el asunto bajo examen.

CASO CONCRETO

La demandante MARÍA TERESA CHALÁ CANTILLO prestó sus servicios a la entidad demandada desde el 6 de noviembre de 2012 hasta el 13 de enero de 2016, años durante los cuales se desempeñó en el cargo de Escribiente, grado 09, adscrito a la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (fls. 20-23), hasta cuando fue declarado insubsistente su nombramiento en provisionalidad en uso de las facultades legales y reglamentarias previstas en la Ley 270 de 1996, (fls. 15-19).

Posteriormente, el Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo N° 002 del 14 de enero de 2016, con fundamentos en las facultades previstas en la Ley 270 de 1996 declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la actora, a partir del 14 de enero de 2016 y nombró a otra profesional del derecho en su reemplazo. En tal acto administrativo se tuvieron en cuenta las hojas de vida, formación académica y experiencia profesional de cada una de las empleadas y la motivación del retiro consistió, en síntesis, en el mejoramiento del servicio en la entidad dada la amplia trayectoria y formación de la persona reemplazante, en detrimento de la funcionaria cesada en sus funciones.

Con fundamento en los supuestos fácticos descritos la demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad y a título de restablecimiento del derecho pide que se ordene a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA a reintegrarla al cargo de Escribiente, grado 09 adscrito a la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y en consecuencia le reconozca los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el retiro hasta que sea reintegrada, como si no hubiese existido solución de continuidad, toda vez que el acto acusado adolece de nulidad al incurrir en falsa motivación y desviación de poder.

Por su parte, la entidad demandada sostiene que el acto acusado fue expedido por autoridad competente en uso de las facultades nominadoras que otorga la Ley 270 de 1996, se encuentra debidamente motivado y el objetivo de tal decisión es la buena prestación del servicio y no

busca penalizar ni sancionar faltas disciplinarias, sino que se justificó en la mayor experiencia y mejor preparación académica de la persona que reemplazo a la demandante en el cargo. Además, las calidades, felicitaciones y la hoja de vida de la actora no le otorgan fuero de inamovilidad del cargo.

Ahora bien, el Despacho observa que, en la demanda se imputan como cargos de nulidad de los actos acusados: (i) desconocimiento de la Constitución Política por violación al debido proceso; (ii) falsa motivación y (iii) desvió de poder. Al efecto el Despacho se pronunciará teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la demanda.

En relación con el desconocimiento de la Constitución Política por violación al debido proceso, el apoderado sustenta que se efectuó un proceso unilateral de juzgamiento a la demandante que vulneró su presunción de inocencia y el derecho a la defensa material y técnica de tal forma que la entidad demandada con la declaratoria de insubsistencia usurpó las funciones del juez natural y de plano declaró a la señora Chalá Cantillo responsable de faltas disciplinarias sin haberse agotado el trámite correspondiente del proceso disciplinario, de tal forma que se desconoció el debido proceso, sus calidades personales, trayectoria profesional y su hoja de vida.

También alegó la parte actora que el acto atacado fue indebidamente notificado y no se informaron los recursos que procedían contra tal decisión, sin embargo y contrario a lo expresado por la parte actora, el acto administrativo acusado fue puesto en conocimiento de la parte demandante, como se verifica en el Oficio N° SJ-ABH-00281 del 14 de enero de 2016, en el que se observa que lo recibió personalmente, como se verifica a folio 10 del anexo N° 2 de la demanda.

Respecto de los recursos que proceden contra los actos administrativos, el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 indica que contra los actos administrativos definitivos proceden los recursos de reposición y apelación, sin embargo, el recurso de reposición no es obligatorio, sino facultativo, conforme al inciso 4° del artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 y el de apelación no es procedente, entre otras, contra “...*las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos*...” (Subraya del Juzgado).

Así las cosas, conforme al artículo 87 del C.P.A.C.A. los actos administrativos quedarán en firme, entre otras, cuando “... *contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso*...”, como ocurrió en el presente asunto.

Como se observa, la demandante tenía la oportunidad de interponer el recurso de reposición (que no es obligatorio) ante la autoridad que profirió el acto administrativo de retiro (Sala Jurisdiccional Disciplinaria), por ser el único recurso procedente, sin embargo no lo hizo.

De otra parte, al no tener la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura un superior jerárquico administrativo ante quien se pudiera desatar el recurso de apelación, este también se tornaba improcedente en el presente caso.

Ahora, sobre los cargos de desviación de poder y falsa motivación este Despacho considera que en el caso bajo estudio la Carta Política en sus artículos 122 y 125 prevé la forma de provisión de los empleos públicos y para el caso concreto de la Rama Judicial, dichas disposiciones se encuentran en consonancia con el artículo 131 de la Ley 270 de 1996, que establece que la autoridad nominadora de los cargos que conforman las Salas de las distintas Corporaciones de la Rama Judicial (como la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura) está en cabeza de la respectiva sala. Asimismo, los artículos 132 y 149 *ibíd*, estipulan las formas de acceder a los cargos de la entidad y las causales de retiro del servicio, por tanto, la expedición del acto demandado fue realizada en este caso por funcionario competente (Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y Secretaria Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, fls. 152-19). Este aspecto no lo discuten las partes.

También en el *sub lite*, se encuentra acreditado que el acto acusado contó con la motivación suficiente para declarar la insubsistencia del nombramiento de la demandante y nombrar a una persona con mayor acreditación de capacidades laborales y formativas, decisión que estuvo encaminada al mejoramiento del servicio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y que estuvo sustentada, entre otras razones, en la comparación de las hojas de vida, experiencia laboral y formación académica de las empleadas saliente y entrante, como se relaciona a continuación (fls. 15-19):

“(...) Que los Honorables Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, consideraron que se hace necesario mejorar el servicio en la Secretaría de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de esta Corporación, designando profesionales que acrediten tener mayor experiencia, alto nivel académico, con lo cual se garantizan los fines que se propone la Sala, de elevar el nivel de calidad, eficiencia y los fines misionales que exige la prestación del servicio de administración de justicia en esta jurisdicción-

Que como ha quedado expresado, se reitera que es conveniente desarrollar políticas administrativas que logren mejorar el servicio frente a las personas que se encuentran ocupando en provisionalidad para ser reemplazadas por quienes acrediten tener mayor experiencia profesional, mayor nivel académico, garantizando con ello el mejoramiento del servicio.

(...) Que a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura le fue presentada la mencionada hoja de vida, la cual resulta evidente que supera

*académicamente en especializaciones y en perfil profesional a la doctora MARÍA TERESA CHALA CANTILLO, identificada con cédula de ciudadanía N°. 52.499.535, quien actualmente ejerce en provisionalidad el cargo de Escribiente Grado 09, en la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, razones que motivaron a la Sala para que en Sesión Ordinaria N° 02 del 14 de enero de 2016, los Honorables Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, decidieron declarar insubsistente el nombramiento de la doctora MARÍA TERESA CHALA CANTILLO, identificada con la cédula de ciudadanía N°. 52.499.535, en el cargo de Escribiente Grado 09 en la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a partir del 14 de enero de 2016, y en su reemplazo nombrar en provisionalidad a la doctora INGRID REGINA PETRO GONZALEZ, con cédula de ciudadanía N°. 50.970.251, toda vez que cumple los requisitos exigidos para el cargo, **(diploma de educación media y aprobación de dos (2) años de estudios tecnológicos o técnicos en procedimientos judiciales, investigación judicial, administración técnica judicial o Secretariado y tener un (1) años de experiencia específica o dos (2) años de experiencia relacionada)**, cuenta con los dos (02) años de estudios tecnológicos o técnicos en procedimientos judiciales, tomando los estudios de las actividades de la función docente en el Sena, Pedagogía básica para orientar la formación integral profesional, así mismo como el curso avanzado de técnicas de entrevista, evaluación del caso y manejo de evidencia por la OPDAD, además de los estudios de bachiller en la Escuela Normal Superior Santa Teresita, de la ciudad de Lórica (Córdoba), el cual da a sus egresados el perfil de docente, además de ser Abogada Titulada, Especialista en Derecho Administrativo, Magister en Derecho Procesal, Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo y en la actualidad cursa un doctorado en Derecho...”*

El apoderado de la demandante alega que su prohijsada no fue objeto de llamados de atención y requerimientos por parte de la entidad relacionados con el cumplimiento de sus funciones y que por tanto su desempeño era optimo y acorde con las funciones que le fueron designadas, sin embargo, revisado en detalle las pruebas documentales allegadas, observa el Despacho que en los folios finales del anexo N° 02 reposan una serie de llamados de atención efectuados en los años 2013 y 2014 en los que se detalla el grado de incumplimiento de la actora en las funciones que le eran asignadas por la Secretaria Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Al efecto, reposa copia de la Directriz N° 009 del 12 de febrero de 2013 en la que se observa:

“...Atentamente me permito reiterarle por tercera vez lo encomendado respecto del trámite de los expedientes que se encuentran a su cargo, en el sentido de agilizar la evacuación de los mismos atendiendo el orden cronológico de prioridad de acuerdo con la antigüedad del auto y a las indicaciones impartidas...”

Es de aclarar que en repetidas ocasiones se ha indicado que en el área de pruebas son de tramite inmediato aquellos autos que disponen diligencia al Despacho, los que ordenan prueba en tutela, conflicto de competencias y pliego de cargos, en orden sucesivo, pasos al despacho, reiteraciones y oficiar.

Adjunto fotocopia de cuadro en Excel en dos folios, del cual recibió fotocopia el 21 de enero de 2013, con observaciones manuscritas, para que de manera inmediata, en observancia de lo anterior, se dé cumplimiento a lo indicado en dichas observaciones.

Igualmente le requiero a presentar a este Despacho Secretarial constancias de las reiteraciones que manifestó verbalmente haber efectuado, incorporadas en cada expediente.

Finalmente le solicito guardar la conducta laboral de respeto al superior inmediato y a los compañeros que de una u otra manera colaboran con la verificación y control del trabajo asignado, exhortándole a trabajar en armonía recibiendo las sugerencias necesarias...”

De tal actuación recibió copia la demandante, como se observa en la parte final del citado documento.

De igual forma reposan las Directrices N° 016, 019, 025 y 085 del 13 de marzo y 5 de abril de 2013 y del 30 de abril y 4 de noviembre de 2014, suscrita por la Secretaría Judicial e igualmente recibidas por la parte actora, en las que se le requiere a ella y otros empleados el cumplimiento del horario laboral asignado por la ley para el desempeño de sus funciones. En algunas de esas directrices se observan anotaciones tales como “... Con la presente, para exhortarles, el cumplimiento en la hora de ingreso a esta Secretaría Judicial, con preocupación observo que son reincidentes en esta falta, que como empleados tienen el deber de cumplir con el horario asignado...”, “...me permito reiterarles el cumplimiento del horario establecido por la Corporación según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 270 de 1996 y el numeral 11 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, toda vez que el día de hoy ustedes ingresaron a laborar después de las 08:00 de la mañana, no obstante hayan llamado para informar su tardanza, es frecuente que ustedes lleguen tarde y esta situación no los exime del cumplimiento de este deber...” (Folios finales del anexo N° 2 del expediente).

Como se desprende de lo anterior, resulta claro que la insubsistencia de la demandante evidentemente obedeció al mejoramiento del servicio en la entidad. Además, como se observa en las prueba obrantes en el expediente, su desempeño no era el más óptimo como lo alega en la demanda y por el contrario fue objeto de distintos llamados de atención en diversos momentos, situación que se materializó en los diferentes requerimiento que hizo su superior, por hechos contrarios a las políticas, principios y valores de la entidad, los cuales resultan inadecuados y que además, redundan directamente en la prestación del servicio a los administrados.

De tal forma y contrario a lo planteado por la parte demandante, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en provisionalidad no se trató de un proceso unilateral de juzgamiento o persecución, ni de una situación arbitraria sino del uso de las facultades previstas en la Ley 270 de 1996 y con las cuales cuenta la Rama Judicial (nominadores) en procura de prestar el mejor servicio y aprovisionarse de los mejores profesionales para el cumplimiento de las funciones constitucionales y legales que le han sido conferidas. En momento alguno la constitución y la ley prevén que se debe adelantar un proceso judicial o disciplinario para hacer uso de dicha facultad (remoción de personal nombrado en provisionalidad).

En este caso el Despacho observa que el retiro del servicio está sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales como lo es el mejoramiento del servicio por la experiencia profesional y formación académica que se acreditó en el plenario, además del incumplimiento de las obligaciones y objetivos propios de la entidad a las cuales se encontraba sometida la actora, de tal manera que los diversos llamados de atención y requerimientos que le fueron formuladas demuestran que el incumplimiento de las metas y objetivos fueron reiterativos y no simplemente ocasionales, por lo tanto se desconocieron los principios constitucionales que orientan la administración de justicia.

Lo anterior resulta de especial relevancia por cuanto la noción de buen servicio no se contrae exclusivamente a las calidades laborales de la servidora, sino que comprende aspectos de conveniencia y oportunidad para el servicio; y aquí, no sólo se ha considerado sus logros profesionales, sino que además, tal y como lo señala el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, existen otras circunstancias de buen servicio que hacen necesario el retiro de la entidad de la parte demandante, tal cual surge de las razones del mejoramiento del servicio señaladas anteriormente.

Ahora, el apoderado afirma que el retiro de la señora Chalá Cantillo se encuentra viciado por cuanto se debió a una persecución en su contra por la presunta indagación disciplinaria producto del aparente trámite irregular en el manejo del impulso de una acción de tutela e impedimento que se tramitaba en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (hecho 4º de la demanda y concepto de violación, fls. 26 y 29-30), sin embargo, no fue arrojada al proceso prueba alguna que permita afirmar tal declaración o desvirtuar la legalidad del acto administrativo con motivo de la supuesta persecución laboral y “coacción moral”, con tal actuación no tuvo en cuenta que en el nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) el proceso judicial es predominantemente *dispositivo*, es decir que corresponde a las partes probar los hechos en que sustentan sus pretensiones, defensas o excepciones; muestra de ello es que el artículo 103 del CPACA dispone que quien acuda a esta Jurisdicción “*estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código*”, por tanto, es a la parte demandante a quien le corresponde demostrar que el retiro del servicio tuvo lugar por motivos ajenos al buen servicio, con desviación de poder o falsa motivación.

En ese sentido los testimonios rendidos en el asunto de la referencia tampoco aportaron juicios de valor que lleven al Despacho a arribar a esa conclusión y por el contrario todos fueron unánimes en expresar que las funciones que desempeñaba la actora fueron asumidas por otros funcionarios que trabajaban en la Secretaría y no se vio afectada la labor de la entidad por las funciones desempeñadas la demandante. Además, no expresaron que en trámite de la insubsistencia se hubieran presentado presiones indebidas o con intereses personales por parte de los nominadores.

Lo anterior adquiere mayor fundamento en virtud de la *presunción de legalidad de los actos administrativos*, presunción hoy consagrada en forma expresa en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, que no es extraña a estos actos de las entidades públicas.

La legalidad se debe desvirtuar con probanzas y así lo ha reiterado la Corte Constitucional al expresar que *“En caso de no darse una mínima justificación, corresponderá al juez competente evaluar y determinar las verdaderas razones que llevaron a tomar la medida y así comprobar si se presentó una afectación de los derechos fundamentales.”* Así las cosas, *“...el control material del acto administrativo por parte de la jurisdicción contencioso administrativa debe comprender no sólo la conformidad de éste con la ley (violación de la ley), y la inexactitud de los motivos (falsa motivación), sino también la legitimidad de su finalidad (desviación de poder), todo ello desde la perspectiva de la Carta Política.”* (T-265 de 2013) pues al atacar un acto administrativo no se puede presumir su ilegalidad sino que esta debe probarse por el demandante a través de los medios probatorios legalmente establecidos.

Como se observa, la presunción de legalidad, que no es una cuestión de mero formalismo, fue consagrada de manera expresa después de la Constitución Política de 1991 en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y producto de la evolución jurisprudencial de las Altas Cortes¹⁶. Con ella el legislador ordinario, acogiendo el desarrollo de la jurisprudencia y de la doctrina, quiso garantizar principios como el de la seguridad jurídica, la igualdad, la coherencia del sistema jurídico, por eso dispuso de manera concreta y expresa en el artículo 88 *ibídem*, que *“Los actos administrativos se presumen legales”*. La anterior expresión hace obligatoria la carga de la prueba en cabeza de la demandante de desvirtuar dicha presunción, y sería incoherente frente a esta figura jurídica que la propia entidad tuviera que demostrar la legalidad de su actuación, pues ello tornaría inocua o inútil la citada disposición que el legislador natural y ordinario tuvo a bien afianzar en la nueva codificación.

A propósito del efecto útil de las normas, la Corte Constitucional ha señalado que: *“Si la interpretación conforme a la Constitución de una determinada norma le resta a esta última todo efecto jurídico, lo que en realidad debería proceder es una declaratoria de inexequibilidad pura y simple. Ciertamente, en un evento como el mencionado, las dos decisiones - de exequibilidad condicionada y de inexequibilidad - serían, en la práctica,*

¹⁶ “Como lo dicen la ley, la doctrina y la jurisprudencia, uno de los atributos del acto administrativo, entendido como emisión de la voluntad de un organismo o entidad pública con el propósito de que produzca efectos jurídicos, es la denominada “presunción de legalidad” que también recibe los nombres de “presunción de validez”, “presunción de justicia”, y “presunción de legitimidad”. Se trata de una prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esa clase, que significa que, al desarrollarse y al proyectarse la actividad de la Administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarca. Legalidad es sinónimo de perfección, de regularidad; se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material en pro de la ejecutoriedad y de la estabilidad de esa manifestación de voluntad. (...) La presunción de legalidad es *iuris tantum*. Si en juicio ante la jurisdicción llega a demostrarse o a probarse que uno o varios de los elementos del acto en verdad no responden a la preceptiva legal sobre el mismo, se desvirtúa dicha presunción y el acto deviene en nulo...” Sentencia del 17 de febrero de 1994, Consejo de Estado SCA, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. Álvaro Lecompte Luna, Radicación 6264.

equivalentes, siendo la última mucho más acorde con los principios de eficacia del derecho y de seguridad jurídica. Resulta contrario a los principios mencionados, mantener en el ordenamiento una disposición que carece de toda eficacia jurídica, pues se contradice el principio del efecto útil de las normas generando, al mismo tiempo, una circunstancia que puede originar grave confusión e incertidumbre”¹⁷.

Por su parte el artículo 167 del C.G.P. reitera que es a las partes a las que les incumbe probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ella persiguen.

En la decisión adoptada por la entidad demandada en el Acuerdo N° 002 del 014 de enero de 2016 se presume constitucionalmente¹⁸ la buena fe en sus actuaciones. Significa lo anterior que esta presunción debe desvirtuarse. Ahora, se insiste y repite, en el expediente no hay prueba que lleve a este Juzgado a la certeza incontrovertible de que los motivos que la entidad tuvo para expedir el acto enjuiciado es ajeno a los que la ley señala, o que alguno de los señores Magistrados de la Alta Corporación o un tercero, haya viciado el consentimiento de los demás a fin de obtener el retiro del servicio de la demandante. Menos está demostrada la desviación de poder o la falsa motivación del Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o de la Secretaria Judicial de la Corporación al expedir el acto de retiro del servicio aquí cuestionado.

La demandante en su calidad de servidora pública estaba sometida al cumplimiento de las funciones y compromisos institucionales adquiridos al ingresar a la entidad de tal forma que su permanencia laboral estaba supeditada al cumplimiento de la constitución y la ley, es decir la naturaleza funcional de la entidad en la que trabajaba y la forma como ingresó al servicio (provisionalidad en un cargo de carrera administrativa) exige cierta disponibilidad en la remoción del personal, pues estos no tienen *per se* un derecho adquirido, máxime, se insiste, por la forma en que ingresó y permaneció en el servicio, lo cual no le otorgaba fuero de inamovilidad.

Como alude el apoderado de la demandante, en el trámite de la insubsistencia y posterior retiro no se tuvieron en cuenta su hoja de vida, trayectoria, experiencia, formación académica, sin embargo, pone de presente el Despacho que desconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, que refieren que el buen desempeño de las funciones o calificaciones satisfactorias del servicio (para los funciones sometidos a evaluación, incluido el seguimiento que se debe hacer a la gestión de los empleados nombrados en provisionalidad) no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad que el ordenamiento le concede al nominador. Eso sí, dicha facultad ni es óbice para que el acto de retiro no esté debidamente motivado, situación que

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-499 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁸ Constitución Política, artículo 83. “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten antes estas”.

en el sub examine se acreditó. Ahora, un buen desempeño en las funciones no otorga *per-se* inamovilidad en el cargo público, como lo ha explicado el Alto Tribunal de lo contencioso administrativo¹⁹ al expresar “... que la provisión de los cargos de carrera judicial, mediante el nombramiento en provisionalidad, tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto concurso de méritos-, sin que ello implique que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente, porque así no lo consagra la ley. La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público -de la justicia en el caso de autos-, pero tal modalidad no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe...”, sumado al hecho que también la propia Corte Constitucional lo ha manifestado en distintas ocasiones, como se ha hecho referencia a lo largo de esta providencia.

Adicionalmente, advierte el Juzgado que según la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, quien alega la configuración de la falsa motivación y desvío de poder tiene la obligación de probarlo con suficiencia, de forma tal que lleve a pleno convencimiento al fallador de la existencia de tal situación.

Así lo manifestó la Sección Segunda del Consejo de Estado en Sentencia del 6 de mayo de 2012 dentro del proceso 25000-23-25-000-2002-12596-01 (1752-09) al expresar que “(...) La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 20. de la Constitución Política y artículo 20. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser. Existe desviación de poder cuando el funcionario actúa con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, es decir, cuando con la decisión no se busca el mejoramiento del servicio público y (...) En este orden de ideas, es necesario que quien alega esta causal demuestre en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa.” (Resaltado del juzgado).

Por lo tanto, no es de recibo el argumento de la señora Chalá Cantillo, según el cual al momento de la insubsistencia de su nombramiento retiro no tuvieron en cuenta su buena hoja de vida, experiencia y funciones que ejerció a lo largo de la prestación del servicio, toda vez que constituye una obligación de todos los funcionarios públicos cumplir sus funciones y deberes para con la entidad a la que pertenecen, sin que el acatamiento de las obligaciones genere un fuero de estabilidad que le impida al nominador determinar la procedencia o no

¹⁹ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 13 de marzo de 2003, C. P. TARSICIO CÁCERES TORRES, Rad. N° 76001-23-31-000-1998-1834-01.

de la continuidad en el servicio, pues es claro que *la buena conducta en el servicio es indispensable y obligatoria para el desempeño del servidor público.*

El alto Tribunal de lo Contencioso en un fallo en el que se estudió un caso análogo, indicó: *"... se observa que, no obstante advertirse un buen desempeño en sus funciones debe decirse, de una parte, que ello no otorga per-se, inamovilidad en el cargo público, y de otra, que no se observan elementos de juicio que permitieran inferir a la Sala que la administración obró con desviación del poder en la expedición del acto con detrimento del mejoramiento del servicio."*²⁰

En otras palabras, el hecho de que cumpla con sus deberes, obtenga felicitaciones de sus superiores por cumplimiento de sus funciones y observar buena conducta, no le genera fuero de estabilidad en el empleo y, por lo tanto, no es impedimento para poder ejercer la facultad de retiro en uso de la declaratoria de insubsistencia del cargo en provisionalidad por parte del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria dentro de los parámetros legales.

Tampoco es de recibo que el buen desempeño se constituye autónomamente en causal de nulidad del acto del retiro del servicio o que simplemente por eso se considere *"que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa"*. Como se observó el desempeño de la actora no fue el esperado a lo largo de su permanencia en la entidad y por tanto su retiro obedeció a mejoramiento del servicio (véase los distintos llamados de atención y requerimientos por parte de su superior).

En fin, no probó la parte actora, acorde con las pautas jurisprudenciales, que el retiro no tuviera por fin el mejoramiento del servicio, pues la persona que la reemplazó en el cargo contaba con mayor experiencia y formación académica, amén de los recurrentes llamados de atención, falta de compromiso, control y gestión de sus funciones, por lo que considera el Despacho que no se satisfizo la carga de probar el comportamiento excepcional de la actora durante el tiempo inmediato anterior a la decisión del retiro²¹.

Por consiguiente, se debe concluir que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura declaró insubsistente el nombramiento provisional de la demandante por cuanto estimó que la persona que la reemplazó acreditó mejores calidades

²⁰ Sentencia del 20 de marzo de 2013, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "B" - C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 05001-23-31-000-2001-03004-01 (0357-12).

²¹ En sentencia del 3 de agosto de 2 006 (exp. 0589-05), la Sección Segunda, Subsección B estimó que en estos eventos, "corresponde al juez evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción, obteniendo importancia los antecedentes en la prestación de la labor, inmediatos a la decisión, vale decir, las anotaciones recientes en la hoja de vida del servidor, conforme a la cual es dable inferir su moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal"; sin embargo, precisó, la misma providencia que, "...que las mentadas calificaciones para que puedan considerarse con la virtualidad de acreditar la eficiencia en la prestación del servicio y de contera, para desvirtuar la presunción de legalidad que rodea el acto de retiro deben consignar no el devenir rutinario de la labor, pues sin lugar a dudas a todo servidor público le corresponde prestar con eficiencia sus funciones sino tendrán que plasmar eventos excepcionales y de reconocido mérito, que resulten contradictorios con la decisión de la administración de hacer uso de la facultad discrecional."

profesionales para el desempeño de las funciones en la entidad, y ello en concepto de este Juzgado es razonable, se encuentra fundamentado en el material probatorio obrante en el expediente y estuvo sustentado en razones objetivas y hechos ciertos, es decir, se considera que el retiro obedeció a razones de mejoramiento del servicio y no se evidencia en el acto acusado desviación de poder para buscar una finalidad distinta al buen servicio o para fines distintos de los previstos por la norma.

En este caso también se logró acreditar en el proceso (se hace énfasis) que no hubo un desempeño óptimo de las funciones del cargo de la demandante como lo indica la demanda, sino que fue objeto de recurrentes llamados de atención por parte de su superior.

En conclusión, en el caso bajo estudio i) la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura cuenta con la potestad que le atribuye la ley para ejercer el retiro del servicio de la demandante, en uso de la causal de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad que tal entidad había efectuado; ii) contaba con la competencia para ejercerla respecto de la señora María Teresa Chalá Cantillo y iii) la finalidad del retiro obedeció al mejoramiento del servicio por la experiencia y formación académica que acreditó la persona que la reemplazó en el cargo, en conjunto con la apreciación de distintas circunstancias que evidenciaron el incumplimiento de los requisitos constitucionales exigidos para el desempeño de sus funciones en aras del buen servicio de la entidad.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar. En consecuencia los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los ampara.

Costas y agencias en derecho

Ahora bien, en relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución se regirán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

Este último código en el numeral 1º del artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencido fue la parte demandada quien estuvo debidamente representado.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura,

establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por la Juez al momento de fijarlas, en el artículo 5° del acuerdo (numeral 1, subnumeral 2, literal a, subliteral 1) señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasará entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

Por su parte, nuestro órgano de cierre en la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 07 de abril de 2016 manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la parte demandante, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda. En ese sentido, fijese por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.175 que deben ser liquidadas por Secretaría.

En mérito de lo expuesto el *Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda*, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO. CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandante correspondiente en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fijese por concepto de agencias en derecho la suma de setecientos mil ciento setenta y cinco pesos (\$700.175), por Secretaría liquídese.

TERCERO. En firme esta providencia, por la Secretaría del Juzgado liquídese el proceso, devuélvase al interesado el remanente de los gastos que llegaren a quedar luego de descontar los causados y hechas las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CATALINA DÍAZ VARGAS

Juez

HJDG

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art 201) se notificó a l
partes la providencia anterior, hoy 19 de junio de 2018 a las 8:00 a.m.

Secretaria

Hoy 19 de junio de 2018 se envió mensaje de texto de la notificación p
ESTADO ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los corre
electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3, artículo 201 de la L
1437 de 2011.

Secretaria