



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA**

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

Radicado No.	250002325000201000422 01 (3201-2013)
Actora:	Adriana María Guzmán Rodríguez.
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
Trámite:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto:	Establecer si el acto de insubsistencia tácita se encuentra viciado de falsa motivación por cuanto la naturaleza del cargo es de libre nombramiento y remoción, y no, de carrera.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 30 de julio de 2015¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obran en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 9 de mayo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B², por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Adriana María Guzmán Rodríguez en contra de la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

¹ Informe visible a folio 185.

² La Sala de Decisión se conformará con los Consejeros doctores William Hernández Gómez y Rafael Francisco Suárez Vargas, quienes integran actualmente la Sección Segunda, Subsección A, de esta Corporación, por cuanto se observa que la sentencia de primera instancia está firmada por los doctores Carmelo Perdomo Cuéter y César Palomino Cortés quienes actualmente son Consejeros de Estado, en la Sección Segunda, Subsección B; por tanto, se encuentran impedidos para conocer de la presente acción.

1. ANTECEDENTES³

1.1 La demanda y sus fundamentos.

Adriana María Guzmán Rodríguez, por intermedio de apoderado⁴, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho –*decreto 01 de 1984*-, presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución 3801 de 14 de octubre de 2009, mediante la cual la Directora Ejecutiva de Administración Judicial nombró en propiedad al señor José Eduardo Gómez Figueredo en el cargo de Coordinador de Seccionales de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial; y, el Oficio DEAJ09-021830 de 24 de noviembre de 2009, por medio de la cual la Directora de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial le informó que había sido nombrado en propiedad el candidato que había ocupado el primer puesto de la lista para ocupar el cargo que venía desempeñando, esto es, Coordinador de Seccionales.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho solicitó, el reintegro, sin solución de continuidad, al cargo que ocupaba o a otro similar o de superior categoría; el reconocimiento y pago de todos los salarios, gastos de representación, primas, vacaciones, subsidios, bonificaciones y demás emolumentos dejados de recibir por la declaratoria de insubsistencia y hasta el momento en que sea reintegrada efectivamente; la indexación de las sumas reconocidas; y, el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado de la demandante, así:

Indicó que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo 345 de 1998 convocó a concurso para proveer los cargos de carrera en la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, entre ellos, el de Coordinador de Direcciones Seccionales.

³ Demanda visible a folios 56 a 71.

⁴ La abogada Tania Inés Jaimes Martínez.

Comentó que el 9 de septiembre de 2009 presentó demanda de nulidad simple en contra del artículo 2 del Acuerdo 345 de 1998, el cual fue suspendido por parte del Consejo de Estado⁵ el 26 de noviembre de 2009, en cuanto incluyó el cargo de Coordinador de las Direcciones Seccionales en el concurso de méritos.

Agregó que por medio del Oficio DEAJ09-021830 de 24 de noviembre de 2009, la Directora de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial le informó que había sido nombrado en propiedad el candidato que había ocupado el primer puesto de la lista para ocupar el cargo que venía ocupando, esto es, Coordinador de Seccionales.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 13, 99 y 125; y, Ley 270 de 1996, artículos 130, 158 y 164.

Como concepto de violación de las normas invocadas, la demandante consideró que los actos acusados están viciados de nulidad, por cuanto:

Desconoció el artículo 130 de la ley estatutaria de justicia, así como las equivalencias establecidas por los acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que, la entidad demandada no solo incluyó el cargo de Coordinador de las Direcciones Seccionales en la convocatoria como si se tratara de un cargo de carrera, sino que continuó con el proceso hasta el punto de efectuar el nombramiento de posesión de una persona que tenía una expectativa sobre la provisión.

Resaltó que a través del Oficio DEAJ09-021830 de 24 de noviembre de 2009, operó la insubsistencia tácita de su nombramiento efectuado, pues se nombró en su lugar al candidato que ocupó el primer puesto en la lista de elegibles del

⁵ CONSEJO DE ESTADO, auto de 26 de noviembre de 2009, referencia: 11001-03-25-000-00120-00.

concurso de méritos para empleados de carrera de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, sin tener en cuenta que el cargo que desempeñaba era de libre nombramiento y remoción.

Destacó que resultaba extraño que se ofertara el cargo de Coordinador de Seccionales, dado que para el año 1996 se equiparó con los cargos de Director de Unidad, empleo que en virtud del Acuerdo 273 de 1998, fue asimilado al cargo de Magistrado Auxiliar, siendo éste un cargo de libre nombramiento y remoción por mandato expreso del artículo 130 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

1.3 Contestación de la demanda.

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, mediante apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por la parte actora con fundamento en los siguientes argumentos⁶.

Señaló que de conformidad con el artículo 5 del Acuerdo 254 de 1996 el cargo de Coordinador de las Direcciones Seccionales es de carrera, pues en este acto no se determinó su equivalencia con el cargo de Director de Unidad, sino que le otorgó las mismas prerrogativas salariales y prestacionales.

Agregó que el cargo de coordinador de unidades seccionales, no tiene las mismas responsabilidades que un director de unidad, pues este último tiene una estructura más amplia, con funciones de mayor relevancia e importancia y por lo tanto, existe una diferencia conceptual en el hecho de otorgar las mismas prerrogativas salariales y prestacionales y darle el carácter de equivalentes a dichos cargos.

Indicó que no es posible revocar el acto administrativo que nombró al integrante de la lista de elegibles, pues se requiere su consentimiento expreso para hacerlo y, además de ello, la providencia que ordenó la suspensión provisional del artículo 2 del Acuerdo 345 de 1998, no había sido adoptada por el Consejo

⁶ Ver folios 91 a 94 vto. del expediente.

de Estado ni comunicada de conformidad con la ley, por lo menos para cuando se efectuó el nombramiento como tal.

Finalmente propuso la excepción de cobro de lo no debido, dado que la señora Adriana María Guzmán Rodríguez pretende el pago de una suma de dinero que no le corresponde.

1.4 La sentencia apelada⁷.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B⁸, mediante sentencia de 9 de mayo de 2013, negó las pretensiones de la demanda por las razones que a continuación se pasan a exponer:

Enunció que el Director Ejecutivo de Administración Judicial puede nombrar o remover al Coordinador de Direcciones Seccionales de Administración Judicial, dada la facultad discrecional, la cual se diferencia de la sancionatoria por cuanto no se requiere adelantar ningún procedimiento para declarar insubsistente, en este caso, a la demandante, en razón a que el cargo que desempeñaba correspondía a los denominados de libre nombramiento y remoción.

Manifestó que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura profirió el Acuerdo PSAA09-6237- de 28 de septiembre de 2009, mediante el cual se conformó la lista de elegibles en cumplimiento de la orden judicial impartida por el Tribunal Superior de Bogotá y posteriormente confirmada por la Corte suprema de Justicia, con el fin de preservar los derechos fundamentales de quienes habían participado en la Convocatoria. En ese sentido, el nombramiento de quien había ocupado el primer lugar implicó para la demandante la insubsistencia de su nombramiento, el cual se encuentra debidamente justificado en la obligación de proveer en carrera administrativa los cargos vacantes para los cuales fue desarrollado en concurso de méritos.

⁷ Visible a folios 618 a 623 vto. del expediente.

⁸ Providencia suscrita por los doctores Carmelo Perdomo Cuéter y César Palomino Cortés.

Resaltó que para el momento en que se efectuó el nombramiento de quien había ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, el Consejo de Estado aún no había suspendido provisionalmente el Acuerdo 345 de 1998 en relación con la demandante, pues ello se produjo el 26 de noviembre de 2009 y, por tanto, la entidad al momento en que desvinculó a la demandante del cargo que venía ejerciendo, actuó conforme a derecho y con fundamento en un acto que se encontraba plenamente vigente.

1.5 El recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación con fundamento en los motivos que se exponen a continuación⁹:

En su sentir, no existió un estudio respecto de la controversia planteada, pues no se realizó un análisis entorno a las características propias del cargo de Coordinador de Directores Seccionales, pues atendiendo a los criterios de tipo funcional jerárquico y de responsabilidad éstos corresponden a los denominados de libre nombramiento y remoción, y se equiparan con el Director de la Unidad Administrativa Especial de Administración Judicial y este a su vez con el de Magistrado Auxiliar.

Expresó que el artículo 2 del Acuerdo 345 de 1998 desconoció el alcance de la Ley Estatutaria y del Acuerdo 254 de 1996, por cuanto fue incluido en la convocatoria para proveer los cargos de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, los empleos de Coordinadores de Seccional, a pesar de que su naturaleza jurídica es de libre nombramiento y remoción.

Comentó que si bien se predica el carácter excepcional de los empleos de libre nombramiento y remoción, la discrecionalidad de su nominación está sujeta a que cumplan con las características propias de su naturaleza jurídica, pues los cargos “equivalentes” tan solo resultan de la confrontación con los empleos que en virtud de la normatividad vigentes se les ha atribuido tal categoría. En ese sentido, era improcedente que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura convocara a concurso de méritos los cargos de Director de Unidad y

⁹ Visible a folios 153 a 159 del expediente.

de Coordinadores Seccionales, cuando en virtud de la equivalencia con el cargo de Magistrado Auxiliar, se evidenciaba que ostentaba la naturaleza de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Destacó que en virtud de la demanda en acción de nulidad del artículo 2 del Acuerdo 345 de 1998, el Consejo de Estado suspendió de manera provisional la provisión de tales empleos, por considerar que era evidente la contradicción con los mandatos constitucionales y reglamentarios, al encontrar que en sustento de las equivalencias establecidas en el Acuerdo 273 de 1998, conforme a la clasificación establecida en el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, el cargo de Director de unidad tenía la categoría de empleo de libre nombramiento y remoción, aspecto que resulta aplicable al presente caso.

II. CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico

De acuerdo a lo señalado en la sentencia de primera instancia y atendiendo los motivos de oposición aducidos por la parte demandante en calidad de apelante único, se extrae que en el *sub-lite* el problema jurídico se contrae a determinar si el Oficio DEAJ09-021830 de 24 de noviembre de 2009, por medio de la cual la Directora de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial le informó a la señora Adriana María Guzmán Rodríguez que había sido nombrado en propiedad el candidato que había ocupado el primer puesto de la lista para ocupar el cargo que venía ocupando – *insubsistencia tácita* -, se encuentra viciado de nulidad porque el cargo al de ser de libre nombramiento y remoción no podía ofertarse y, en consecuencia, podía seguir ejerciendo sus funciones.

Bajo ese contexto, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: i) naturaleza del cargo ocupado por la demandante y la declaratoria de nulidad del numeral 3° del artículo 2° del Acuerdo 345 de 1998; ii) la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción y sus límites constitucionales; y, iii) del caso en concreto.

i. El sistema de carrera y la naturaleza del cargo ocupado por la demandante y la declaratoria de nulidad del numeral 3° del artículo 2° del Acuerdo 345 de 1998.

Al respecto, es preciso indicar que una de las principales innovaciones de la Constitución Política de 1991, mediante la cual se ha logrado mejorar el funcionamiento del Estado y la eficiencia y eficacia de la gestión pública, es el sistema de carrera, basado en el mérito y las calidades de los aspirantes y convertido en el fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio.

Como consecuencia de ello, el artículo 125 de la Constitución dejó por fuera de aquél sistema de administración de personal, únicamente, los empleos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y aquellos que determine la ley.

Fue así, que dentro de la carrera de carácter especial, la Constitución consagró la carrera notarial (artículo 131), militar (artículo 217), de la Fiscalía General de la Nación (artículo 253), de la Contraloría General de la República (artículo 268-10), del Ministerio Público (artículo 279) y la judicial, esta última administrada por el Consejo Superior de la Judicatura (artículo 256-1), corporación que también elabora las listas de candidatos y las envía a la entidad que deba hacer la designación (ibídem, 256-2).

La determinación de los requisitos y condiciones para el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, es función de la ley. En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, dictó normas sobre carrera judicial en sus artículos 156 a 175; empero, al mismo tiempo advirtió que hasta tanto la ley ordinaria regulara la carrera judicial, continuará vigente, en lo pertinente, el Decreto ley 052 de 1987, siempre que sus disposiciones no sean contrarias a la Constitución Política y a aquél estatuto (artículo 204).

Al Consejo Superior de la Judicatura, como administrador de la carrera judicial, la Ley 270 de 1996 le confirió facultades reglamentarias, pero solamente en

relación con la forma, clase, contenido, alcances y demás aspectos de cada una de las etapas del proceso de selección, incluyendo las evaluaciones previstas en la ley, aspectos en los que se deberán garantizar la publicidad y contradicción de las decisiones, conforme a lo señalado en sus artículos 160 y 162. Por lo que entonces el concurso de méritos, se convirtió en el único camino para formar parte de la carrera.

Por su parte, la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial fue creada por la Ley 270 de 1996, como órgano técnico y administrativo que tiene a su cargo, previas orientaciones del Director Ejecutivo Nacional de la Administración Judicial, la ejecución de las actividades administrativas de la Rama Judicial. En ese sentido, el artículo 130 ibídem, dispuso qué cargos son de libre nombramiento y remoción y cuáles de carrera. Para tal efecto precisó:

“(...) ARTICULO 130. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS.

(...)

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 (...).”

Visto lo anterior se puede determinar, que el cargo que venía siendo desempeñado por el demandante, no se enlistó dentro de ninguna de las dos clasificaciones; sin embargo, el Acuerdo 254 de 1996 suscrito por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura estableció, respecto del cargo de Coordinador de las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial, que:

“(...) ARTICULO QUINTO.- El cargo de Coordinador de las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial tendrá las mismas prerrogativas salariales y prestacionales que el Director de Unidad. (...).”

Bajo ese contexto la equivalencia otorgada al cargo de Coordinador de las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial como Director de Unidad, le otorgan la categoría de empleo de libre nombramiento y remoción. A esta misma conclusión llegó esta Sección¹⁰ cuando declaró la nulidad parcial del numeral 3° del artículo 2° del Acuerdo 345 de 3 de septiembre de 1998, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto incluyó el cargo de Coordinador de las Direcciones Seccionales en el concurso de méritos, veamos:

“(...) La Sala encuentra que la equivalencia decretada en el Acuerdo 254 de 1996 genera para el cargo de Coordinador de las Direcciones Seccionales el carácter de empleo de libre nombramiento y remoción, razón por la cual no podía la entidad demandada convocar a concurso para proveerlo.

Obsérvese que según la certificación expedida por la Directora Administrativa de la División de Asuntos Laborales de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el cargo de Coordinador de Seccionales de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial tenía asignadas, entre otras, las siguientes funciones:

“(...) ”

Asesorar a las Direcciones Ejecutivas Seccionales respecto a las políticas y directrices fijadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y el Director Ejecutivo de Administración Judicial.

Participar en las juntas de licitaciones de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial –DEAJ–.

Hacer el seguimiento a la ejecución de los contratos que determine el Director Ejecutivo de Administración Judicial.

Asistir a los comités, juntas, y reuniones en reemplazo del Director Ejecutivo de Administración Judicial cuando éste lo delegue.

Coordinar, consolidar y analizar los instructivos, informes y proyectos que deba presentar el Director Ejecutivo de Administración Judicial a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Unidad de Auditoría Interna, organismos de control y demás entes oficiales.

Efectuar periódicamente los procesos de evaluación a la ejecución del Plan de Acción de la dependencia y aplicar los correctivos que sean necesarios, en aras de cumplir con los objetivos y metas del área...”

De lo anterior se colige que el cargo de Coordinador de Seccionales de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial por sus funciones y especial responsabilidad, requieren de un grado de mayor confianza en relación con su nominador, comoquiera que tienen asignadas funciones de asesoría institucional, así como funciones asistenciales y de apoyo.

En conclusión, tal como se señaló en el auto que decretó la suspensión provisional del acto acusado, no existe duda de que al efectuarse la equivalencia frente a un cargo que ya se encontraba catalogado como de libre nombramiento y remoción, el último debe correr la misma suerte, máxime cuando la misma Ley 270 de 1996, así lo permitió.

(...)”.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, auto de 26 de noviembre de 2009 y sentencia de 7 de febrero de 2015, radicado 110010325000200900120 00, C. P. Alfonso Vargas Rincón.

En virtud de lo anterior se puede concluir, tal y como lo afirma la recurrente, que el cargo de Coordinador de las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial en efecto corresponde a los de libre nombramiento y remoción, pues además de que el Acuerdo 254 de 1996 lo equiparó al del Director Seccional y así se estableció por parte de esta Corporación, no se puede desconocer que cumple funciones de nivel jerárquico las cuales involucran cierta confianza y manejo; razón por la cual, el Director Ejecutivo de Administración Judicial, puede disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular por fuera de la regulación propia del sistema de carrera administrativa.

ii. Facultad Discrecional. Empleo de libre nombramiento y remoción. Límites constitucionales racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

La Constitución Política de 1.991 en su artículo 125 dispone:

“(…) Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso de los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...)”.

La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera

administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Resulta razonable afirmar que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

“(...) ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. (...). (Lo resaltado en negrilla es de la Sala).

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad¹¹.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado¹² como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Por su parte, el artículo 44 del C.P.A.C.A. establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser “adecuada” a los fines de la norma que la autoriza, y “proporcional” a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la “razonabilidad”.

Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al

¹¹ Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012.

acto que origina el despido¹³, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

iii. Caso en concreto.

En el *sub lite* la señora Adriana María Guzmán Rodríguez consideró que el acto que declaró insubsistente de manera tácita se encuentra viciado de nulidad porque el cargo de Coordinador de Seccionales de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial al de ser de libre nombramiento y remoción no podía ofertarse y, en consecuencia, podía seguir ejerciendo sus funciones.

Pues bien, con miras a resolver el punto objeto de controversia, conforme al material probatorio obrante en el expediente, la Sala realizará las siguientes precisiones:

Mediante el Acuerdo PSAA09-6231 de 2009 la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura conformó la lista de elegibles para proveer el cargo de Coordinador de Seccionales, así:

“(…) ARTICULO PRIMERO. – Elaborar la siguiente lista de elegibles, en orden descendente de puntajes, tomada del registro de elegibles integrado por quienes aprobaron el concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo No. 345 de 1998, destinado a la provisión del cargo de Coordinador de Seccionales de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Orden	Nombre	Puntos
1	Gómez Figueredo José Eduardo	730,36
2	Lozano Rodríguez Javier	707, 86
3	Romero Mestre Mery María	539,13
4	Forero Forero Beatriz	533,56
5	Ávila Leal Luis Alejandro	482,15

*ARTICULO SEGUNDO. – El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta de la Judicatura.
(…)”.*

A través de la Resolución 3801 de 14 de octubre de 2009 la Directora Ejecutiva de Administración Judicial nombró en propiedad al señor José Eduardo Gómez

¹³ Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968

Figueredo en el cargo de Coordinador de Seccionales de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.¹⁴

Por medio del Oficio DEAJ09-021830 de 24 de noviembre de 2009 la Directora de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial le informó a la señora Adriana María Guzmán Rodríguez que había sido nombrado en propiedad el candidato que había ocupado el primer puesto de la lista para ocupar el cargo que venía ocupando, esto es, Coordinador de Seccionales¹⁵. Para el efecto dispuso que:

*“(...) mediante Acuerdo PSAA09-6231 de 2009, proferido por la H. Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura fue enviada la lista de candidatos para proveer el cargo de Coordinador de Seccionales, en consecuencia mediante resolución No. 3801 del 14 de octubre de 2009, fue nombrado en propiedad el candidato que ocupó el 1º puesto de la respectiva lista, quien se posesionará en el cargo desempeñado por usted a partir del 25 de noviembre del año en curso.
(...)”*

El 19 de marzo de 2010 el Director Administrativo de la División de Asuntos Laborales de la Dirección de Administración Judicial, certificó que la señora Adriana María Guzmán Rodríguez prestó sus servicios desde el 21 de octubre de 2002 al 24 de noviembre de 2009 y que el último cargo desempeñado había sido el de Coordinador de Seccionales adscrito al Director de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial¹⁶.

Con miras a resolver el cargo alegado, resulta pertinente aclarar que en el presente caso se estudia la legalidad de un acto de desvinculación que aparentemente se encuentra viciado de nulidad porque la naturaleza del cargo de Coordinador de Seccionales de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial corresponde a lo de libre nombramiento y remoción, mas no, de carrera.

En tal sentido, resulta oportuno precisar que cuando se efectúa un juicio de legalidad de un acto de desvinculación se examinan las razones concomitantes al momento en que se profirió o anteriores a éste, sin que sea posible analizar

¹⁴ Ver folio 4 de expediente.

¹⁵ Ver folio 3 del expediente.

¹⁶ Ver folio 5 del expediente.

las posteriores. Lo anterior, porque indistintamente de la naturaleza del cargo, es evidente que existían unas razones de hecho y de derecho que la administración no tenía por qué desconocer, como es el hecho de que se había conformado una lista de elegibles producto de un concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo No. 345 de 1998, destinado a la provisión del cargo de Coordinador de Seccionales de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Ciertamente, la administración se equivocó al ofertar un cargo que dadas sus características y funciones no era posible convocar, pero ello no es motivo o razón suficiente como para declarar la nulidad del acto, dado que para ese momento todos los actos administrativos que se habían proferido tendientes a proveer el cargo en carrera, que ocupaba la señora Adriana María Guzmán Rodríguez, se encontraban vigentes (Acuerdo PSAA09-6231 de 2009 y Resolución 3801 de 14 de octubre de 2009).

Es por ello que si bien esta Corporación a través del Auto de 26 de noviembre de 2009 suspendió los efectos del numeral 3° del artículo 2° del Acuerdo 345 de 3 de septiembre de 1998 en cuanto incluyó el cargo de Coordinador de las Direcciones Seccionales en el concurso de méritos, y posteriormente, declaró su nulidad mediante sentencia de 7 de febrero de 2015¹⁷, al considerar que se encontraba catalogado como de libre nombramiento y remoción, dicha providencia fue proferida con posterioridad a la expedición del acto administrativo demandado, por lo que no resulta aplicable al caso concreto por cuanto este tipo pronunciamientos producen efectos jurídicos hacía futuro.

En otras palabras, para el momento en que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial nombró en propiedad al señor José Eduardo Gómez Figueredo en el cargo de Coordinador de Seccionales, esto es, 14 de octubre de 2009, aun no se habían proferido las decisiones por parte de esta Corporación que limitaran la autonomía de la administración de nombrar a quien había sido favorecido en el concurso de méritos y, por consiguiente, retirar a la demandante del cargo que había sido ofertado.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 7 de febrero de 2015, radicado 110010325000200900120 00, C. P. Alfonso Vargas Rincón.

Sea la oportunidad para afirmar que el fenómeno de la ilegalidad sobreviniente de los actos administrativos se subsume en la figura del decaimiento del acto por desaparición de los fundamentos de derecho¹⁸. En tal sentido, el decaimiento, como causal de pérdida de fuerza ejecutoria, no afecta la validez del acto administrativo, porque es una situación posterior a su nacimiento y no tiene la virtud de provocar su anulación.

Además, la jurisprudencia ha precisado que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, porque no existe una acción autónoma que lo permita, y que la ocurrencia de esa figura no afecta la presunción de legalidad del acto, pues, su controversia debe hacerse en relación con las circunstancias vigentes al momento de su expedición¹⁹.

Quiere decir entonces, que a pesar de que se declaró la nulidad del numeral 3° del artículo 2° del Acuerdo 345 de 3 de septiembre de 1998, en cuanto incluyó el cargo de Coordinador de las Direcciones Seccionales en el concurso de méritos, dada que su naturaleza es de libre nombramiento y remoción, ello no afecta en lo absoluto la legalidad del Oficio DEAJ09-021830 de 24 de noviembre de 2009, por cuanto además de que la administración obró para el momento en que lo profirió bajo la convicción plena de que el citado cargo correspondía a carrera, tan es así que lo había convocado a concurso de méritos, no existía ningún razonamiento de orden legal que impidiera expedir el acto de desvinculación, máxime cuando los actos administrativos que sirvieron de fundamento para ello, se encontraban vigentes, tales como, el Acuerdo PSAA09-6231 de 2009²⁰ y la Resolución 3801 de 14 de octubre de 2009²¹.

¹⁸ “(...) ARTÍCULO 66. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo *pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:
(...)”

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

(...)”.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena, sentencia S-157 del 14 de enero de 1991 y Sección Primera sentencia del 16 de febrero de 2001 reiterada en sentencia del 27 de marzo de 2003, expediente 7095.

²⁰ “(...) Por medio de la cual se elabora la lista de elegibles para proveer el cargo de Coordinador de Seccionales de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial”.
(...)”.

²¹ “(...) por medio de la cual se hace un nombramiento en propiedad (...)”.

En efecto, si en gracia de discusión se admitiera que la administración no podía retirar a la demandante porque el cargo que ocupaba era de libre nombramiento y remoción, resulta que antes de establecer la naturaleza del mismo, era necesario analizar la legalidad de los actos administrativos con los que se cimentó la decisión adoptada, los cuales, se insiste, se encontraban vigentes.

Con las razones expuestas se resuelve el motivo de censura presentado por la recurrente en su apelación, de manera que la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado permanece incólume pues no se demostró que estuviera incurso en alguna causal de anulación y, por ello, habrá de confirmarse la sentencia apelada, que denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 9 de mayo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Adriana María Guzmán Rodríguez en contra de la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, de conformidad a lo expuesto a la parte motiva de la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Radicado No. 250002325000201000422 01
No. Interno: 3201-2013
Actora: Adriana María Guzmán Rodríguez.
Demandado: Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura –
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ