



Sentencia 2016-02355 de 2020 Consejo de Estado

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / MAGISTRADA AUXILIAR DE LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / COMPETENCIA

La naturaleza del cargo de magistrado auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura es de libre nombramiento y remoción, motivo por el cual, dentro de las causales de retiro del servicio se encuentra la de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, y quien tiene la competencia para proferir el acto administrativo es el titular del despacho.(...) Si bien en el expediente no se encuentra el acto de nombramiento de la señora Martha Patricia Zea Ramos, conforme al cual pueda establecerse que se trata de la titular del despacho 05 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a partir de los hechos narrados tanto en la demanda como en la contestación y en los testimonios practicados en el presente proceso, esta sala llega a la conclusión de que en efecto la mencionada señora, para el momento de la expedición del acto demandado, tenía la calidad de nominadora, por lo que dentro de sus competencias se encontraba la de declarar insubsistente el nombramiento de las personas que ocupaban cargos de libre nombramiento y remoción en el despacho, y por lo tanto no existió falta de competencia de su parte. Ahora bien, a partir tanto de los argumentos de la demanda, como aquellos contenidos en el escrito de apelación, esta Sala encuentra que la parte demandante pretende discutir la legalidad del nombramiento de Martha Patricia Zea Ramos en el cargo de magistrada del Consejo Superior de la Judicatura, pero, por una parte, no demandó este acto y ni siquiera lo allegó al proceso, y por el otro, no se demostró que se haya declarado la ilegalidad de este por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 (CPACA) - ARTÍCULO 137 / LEY 270 DE 1996- ARTÍCULO 130 / LEY 270 DE 1996- ARTÍCULO 131 / LEY 270 DE 1996- ARTÍCULO 149

DESVIACIÓN DEL PODER – Prueba / BUEN DESEMPEÑO DEL CARGO – no enerva la facultad discrecional

La insubsistencia del nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción se presume que se adoptó por razones del buen servicio, por lo que el demandante debe demostrar con pruebas pertinentes y suficientes, con la contundencia necesaria para que no quede duda de que la motivación del acto fue diferente al buen servicio; o de que el cambio de empleado generó o generará una desmejora del servicio público. Solo así se puede aceptar que ocurrió una desviación del poder del nominador, a lo que hay que agregar que no basta con que el servidor haya ejercido sus funciones de manera correcta o satisfactoria, ya que lo normal es el cumplimiento del deber del funcionario.(...) esta Sala advierte que no se encuentra configurado el vicio de desviación de poder, pues no se demostró inequívocamente que la decisión de la magistrada Martha Patricia Zea Ramos de declarar insubsistente el nombramiento de Doris Feney Rodríguez Guzmán haya obedecido a una razón distinta del buen servicio. En ese sentido, no se encuentra alguna declaración o prueba a partir de la cual se pueda inferir que existía algún tipo de animadversión de la titular del despacho respecto de la hoy demandante. (...) Así mismo, es pertinente recordar que el cargo de magistrado auxiliar obedece a la confianza en la que se basa el nombramiento, y a las especiales responsabilidades de dirección que este implica, pues se puede llegar a comprometer penal, fiscal o disciplinariamente al nominador.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 - ARTÍCULO 26

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 25000-23-42-000-2016-02355-01(5459-18)

Actor: DORIS FENEY RODRÍGUEZ GUZMAN

Demandado: RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Tema: Insubsistencia de nombramiento – servidor de libre nombramiento y remoción

LEY 1437 DE 2011 – SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

-

I. ASUNTO

La Sala de Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán, en contra de la sentencia de 13 de junio de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda en contra de la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones¹

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el Artículo 138 del C.P.A.C.A., Doris Feney Rodríguez Guzmán demandó la nulidad del Decreto 093 del 22 de octubre de 2015, por medio del cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de magistrada auxiliar en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que ordene a la demandada a reintegrar a Doris Feney Rodríguez Guzmán al cargo de magistrada auxiliar que venía ejerciendo o a uno similar, o, en subsidio, que se condene al pago de los perjuicios morales y materiales causados con motivo de la declaración de insubsistencia del nombramiento.

Adicionalmente, que se le paguen los salarios, prestaciones sociales que devengaba en el ejercicio del cargo y se realicen los aportes al sistema general de seguridad social, hasta cuando sea efectivamente reintegrada al cargo, sumas que deberán ser debidamente indexadas, y que sobre las mismas se reconozcan intereses moratorios.

Por último, que se condene a la demandada al pago de las costas del proceso.

2.2. Hechos²

La Sala resume los hechos de la demanda de la siguiente manera:

Por medio del Decreto 078 de 23 de abril de 2014, se nombró a Doris Feney Rodríguez Guzmán en el cargo de magistrada auxiliar, en el Despacho del magistrado Néstor Osuna Patiño, cargo del cuál tomo posesión el 28 de abril de 2014.

El magistrado titular del despacho, Néstor Osuna Patiño, renunció a su cargo el 5 de junio de 2015, momento en el cual la demandante fue asignada al despacho de Wilson Ruiz.

Por medio del Acuerdo 089 de 21 de octubre de 2015 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura nombró en provisionalidad a la señora Martha Patricia Zea Ramos como magistrada de esa Corporación.

A través del Decreto 093 de 22 de octubre de 2015, la magistrada Martha Patricia Zea Ramos declaró insubsistente el nombramiento de la demandante.

Posteriormente, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, se demandó el nombramiento de la señora Martha Patricia Zea Ramos.

El 15 de diciembre de 2015 el Consejo de Estado admitió la demanda y declaró la suspensión provisional del Acuerdo 089 de 2015.

El 4 de febrero de 2016, la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán elevó solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación³

La parte demandante citó como disposiciones violadas los Artículos 136 inciso 2, 137, 152, 169 a 186 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968; Artículos 107 y 109 del Decreto 1950 de 1973; Artículos 130 y 131 numeral 4 de la Ley 270 de 1996; Artículos 1, 2, 6 y 121 de la Constitución Política

En el concepto de violación indicó que el acto acusado incurrió en falta de competencia pues la magistrada Martha Patricia Zea no podía decretar la insubsistencia del nombramiento de los servidores del Despacho 5 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Además, que no existieron razones fundadas en el buen servicio que justificaran el acto administrativo.

Por otra parte, que existió desviación de poder, ya que, desde el momento en que presentó la renuncia el titular del despacho, se inició una política para restarle funciones a la demandante, como se puede evidenciar con la falta de expedientes para sustanciar.

2.4. Contestación de la demanda.

La Nación – Rama Judicial, por conducto de apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda⁴, ya que el cargo de magistrado auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura es de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 130 de la Ley 270 de 1996, y, porque en el Artículo 131 ibídem se estableció que el nominador es el magistrado titular del despacho.

2.5. Decisiones relevantes en la audiencia inicial⁵

En el trámite de la audiencia inicial, debido a que tan solo se presentaron excepciones de fondo, se fijó el litigio en los siguientes términos:

«i) Consiste en determinar si el Decreto Nº (sic) 093 del 22 de octubre de 2015, por medio del cual fue declarado insubsistente el nombramiento de la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán como Magistrada Auxiliar (sic) de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, se ajusta a derecho o si por el contrario fue expedido con algún vicio de legalidad ii) En caso de que el acto administrativo demandado resulte nulo, determinar si es procedente el reintegro de la demandante al cargo que veía ejerciendo o a uno de igual o superior categoría, y el pago de salarios, prestaciones y seguridad social desde la fecha de su desvinculación hasta que el reintegro se haga efectivo»⁶.

2.6. La sentencia de primera instancia⁷.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, por medio de la sentencia de 13 de junio de 2018 negó las pretensiones de la demanda, de acuerdo con los siguientes argumentos:

En primer lugar, se hizo referencia a las disposiciones de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, conforme a las cuales los cargos de magistrado auxiliar de Alta Corte tienen la naturaleza de ser de libre nombramiento y remoción, por lo que es posible que se dé la cesación de las funciones como consecuencia de la declaración de insubsistencia del nombramiento.

Posteriormente, de acuerdo con las pruebas que se encuentran en el expediente, se determinó que efectivamente la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán, fungió como magistrada auxiliar del despacho quinto de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Respecto del cargo relacionado con la nulidad por la falta de competencia, se estableció que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante se produjo cuando todavía no se había declarado la suspensión provisional del nombramiento de Martha Patricia Zea Ramos, acaecido el 15 de diciembre de 2015, y que esa decisión judicial solo tiene efectos hacia futuro.

Así las cosas y como quiera que la determinación tomada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, tuvo efectos hacia futuro, para la fecha en que la magistrada Zea Ramos declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, sus actuaciones se encontraban revestidas de legalidad y en pleno ejercicio de sus facultades como nominadora del despacho.

En relación con los cargos de falsa motivación y desviación de poder, señaló que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción, no requieren ser motivados en forma alguna, pues se presume que se encuentran encaminados al mejoramiento del servicio público y corresponde a la parte actora, acreditar que se alejaron de dicha finalidad.

Sobre este punto, la Sala determinó que las especiales funciones ejercidas por los empleados de libre nombramiento y remoción y las responsabilidades que conlleva su cargo, dan al nominador la plena facultad de separarlos del cargo, buscando el mejoramiento del servicio y la eficacia de la administración pública, que busca materializar y dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado.

A lo anterior agregó que, pese a que la parte demandante afirmó que la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán ejerció su cargo de magistrada auxiliar con calidad, eficiencia y responsabilidad y nunca tuvo llamados de atención ni procesos disciplinarios, el buen desempeño en el ejercicio del cargo no constituye un fuero de estabilidad para el empleado público, pues eso es precisamente lo que se espera de él en el desarrollo de sus funciones.

Por otra parte, indicó que no se probó la desviación de poder, pues si bien es cierto que los testimonios practicados en el proceso dieron cuenta de diferentes traumatismos que se presentaron con ocasión de la renuncia del magistrado titular del despacho, lo cierto es que no se demostró que la declaración de insubsistencia se haya producido por causas diferentes al buen servicio.

2.7 El recurso de apelación de apelación

El apoderado de Doris Feney Rodríguez Guzmán⁸ apeló la decisión de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos:

En primer lugar, señaló que no pueden recibir igual tratamiento los actos de quien nunca fue designado por la autoridad competente como magistrado de una alta Corte, que aquellos expedidos por quien fue designado irregularmente.

En relación con ese argumento, manifestó que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura usurpó las funciones de la Sala Plena, y que la inconstitucionalidad de ese procedimiento no requiere de declaración de nulidad, y es inexistente por estar por fuera del marco constitucional.

Además, señaló que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca erró en su decisión de darle primacía a las normas de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, las cuales son de menor jerarquía que la Constitución Política, para llegar a la conclusión de que Martha Patricia Zea Ramos estuvo legalmente nombrada en el cargo de magistrada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura hasta el momento en el que su nombramiento fue suspendido por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Por otra parte, señaló que la renuncia que realizó la señora Martha Zea al cargo de magistrada en provisionalidad, tuvo como objetivo evitar la declaración de nulidad de su elección, lo cual, a juicio de la parte demandante se debe tener como un indicio de que obró de mala fe.

Así mismo, reiteró que la señora Martha Zea carecía de competencia para declarar la insubsistencia del nombramiento de Doris Feney Rodríguez Guzmán, y por lo tanto carecen de la presunción de legalidad, a lo que agregó que, dado que la mencionada magistrada fue designada por una autoridad no competente, sus actos deben someterse a un control superior.

Además, manifestó que la declaración de insubsistencia de la demandante no obedeció a los principios de razonabilidad que orientan la facultad discrecional de un nominador.

Por último, se refirió a la imposibilidad de darle al nombramiento de Martha Patricia Zea Ramos el tratamiento de funcionario de facto.

2.8. Alegatos de conclusión.

La apoderada de la Nación – Rama Judicial⁹ solicitó que se confirme la decisión de primera instancia y para el efecto reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

La apoderada de Doris Feney Rodríguez Guzmán reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación¹⁰.

En el caso concreto el agente del ministerio público no rindió concepto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia.

De conformidad con el Artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹¹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

3.2. Marco de análisis de la segunda instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 328 del Código General del Proceso¹², la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

3.3. Problema jurídico.

De conformidad con los argumentos planteados por la parte demandante, es necesario analizar si hay lugar a declarar la nulidad del Decreto 093 de 22 de octubre de 2015, por medio del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de Doris Feney Rodríguez Guzmán como magistrada auxiliar adscrita al Despacho 5 de la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, por haber sido expedido con falta de competencia, y con desviación de poder.

3.4. Marco normativo y jurisprudencial.

3.4.1. Análisis de los argumentos relacionados con la falta de competencia.

Previo al análisis de la falta de competencia como causal de nulidad de los actos administrativos, esta Sala considera importante señalar que la parte demandante pretende que se realice el control de un acto que no fue demandado en el presente caso, como es aquel por medio del cual se nombró como magistrada del Consejo Superior de la Judicatura a Martha Patricia Zea Ramos, lo cual es improcedente, pues desborda el alcance del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo anterior sería suficiente para despachar de forma desfavorable los argumentos en los que se funda el cargo de falta de competencia de Martha Patricia Zea Ramos, para declarar la insubsistencia del nombramiento de Doris Feney Rodríguez Guzmán.

Sin embargo, para efectos de claridad, esta Sala analizará los siguientes argumentos expuestos por la parte demandante, ya que resulta oportuno analizar el alcance de la presunción de legalidad de los actos administrativos, y los efectos de las sentencias de nulidad electoral.

En ese sentido, se recuerda que el apoderado de Doris Feney Rodríguez Guzmán manifestó que no se requiere la declaración de nulidad del acto de elección de la magistrada Martha Patricia Zea Ramos para que se configure la falta de competencia respecto del Decreto 093 del 22 de octubre de 2015, por medio del cual se declaró la insubsistencia de la demandante en el cargo de magistrada auxiliar, pues en eventos como en el presente, no existe presunción de legalidad del acto administrativo, ya que se trata de vicios de origen constitucional.

a. La presunción de legalidad de los actos administrativos y las consecuencias de la suspensión judicial de estos.

En nuestro país, la presunción de legalidad de los actos administrativos tiene un origen legal. El actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo la consagra en los siguientes términos:

«Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar».

Como se puede apreciar, todos los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En ese sentido, sería necesario que una norma del ordenamiento jurídico de manera expresa estableciera una excepción a esta presunción para que se considere que el acto administrativo nunca nació a la vida jurídica.

Precisamente la doctrina ha establecido lo siguiente en relación con los requisitos para el nacimiento del acto administrativo:

«Frente a los anteriores elementos propios del acto administrativo, que hacen parte de su esencia y que, por consiguiente, tienen relación con su validez, debe hacerse notar que no todos ellos constituyen requisitos para su nacimiento. En efecto, la voluntad de la administración se traduce en un acto administrativo como consecuencia del ejercicio de una competencia y cumpliendo ciertas formalidades, que incluyen unos procedimientos y la forma de presentación.

Debemos notar, sin embargo, que respecto del nacimiento del acto, estos requisitos o elementos tienen un valor fundamentalmente práctico y no necesariamente de validez jurídica. Es decir, que el acto nace una vez reunidos esos requisitos, así hayan sido cumplidos ilegalmente algunos de ellos, pues recordemos que por virtud del principio de la presunción de legalidad, los actos se consideran válidos y producen efectos desde el momento en que comienza su vigencia, así se pruebe después que el acto nació viciado y que, por consiguiente, es ilegal.

Lo anterior implica que tanto los elementos referentes al objeto o contenido, los motivos y la finalidad, como los elementos o requisitos necesarios para el nacimiento del acto (competencia y formalidades, que se concretan en procedimientos y forma de presentación), tienen relación directa con las ya estudiadas causales de ilegalidad de los actos, pero no son todos requisitos para su existencia. Es decir, que solo algunos de los elementos esenciales de los actos administrativos, son requisitos para el nacimiento o existencia de los mismos.

Pero debemos saber también que, como una limitación a la anterior idea según la cual el acto nace y produce efectos así sea ilegal, la doctrina y la jurisprudencia hablan en algunas ocasiones de los *actos inexistentes*, para referirse a algunos actos cuyo nacimiento es apenas aparente a causa de ciertas irregularidades fundamentales en su formación, concepción esta que, en términos generales, no es aplicable en el derecho colombiano»¹³.

Como se puede apreciar, la concepción de acto inexistente por irregularidades en su producción, no aplica en el derecho colombiano. Por lo anterior, no basta con la existencia de un vicio en el procedimiento generador del acto administrativo, ni siquiera si se trata de un desconocimiento de la Constitución Política para que este deje de producir efectos, ya que se requiere efectivamente de la declaración judicial de nulidad para que se desvirtúe esa presunción de legalidad.

Ahora bien, en el mismo Artículo 88 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se estableció que en el evento en que los actos administrativos sean suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar. Es decir, que no desaparecen del ordenamiento jurídico sin que un juez así lo determine.

Por lo anterior, solo en el evento en el que un juez declare la nulidad de la elección de un servidor público, se podrá establecer si los actos proferidos por este antes de esta declaración, carecen de validez.

Es preciso entonces hacer referencia a la falta de competencia como causal de nulidad de los actos administrativos.

La falta de competencia como causal de nulidad de los actos administrativos en nuestro ordenamiento jurídico.

La falta de competencia, ha sido establecida como causal de nulidad de los actos administrativos en el Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos

administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro».

Como bien se puede apreciar, la falta de competencia es una de las causales de nulidad de los actos administrativos.

Respecto de la competencia como elemento del acto administrativo, la doctrina ha señalado:

«La competencia. Es la facultad o poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función. Esta facultad es dada por la ley y es un requisito de orden público, es decir, que es de estricto cumplimiento, de manera que si no existe, el acto nace, pero viciado de ilegalidad.

La competencia la determinan tres elementos diferentes: el elemento material, el elemento territorial y el elemento temporal.

1. La *competencia "ratione materiae"*. Se refiere al elemento material de la competencia, es decir, al objeto de ella. Ese objeto se traduce en las diferentes funciones que una autoridad puede ejercer legalmente. Por ejemplo, como lo vimos en su oportunidad, el presidente de la república tiene competencia material para nombrar ciertos funcionarios.

2. La *competencia "ratione loci"*. Es la competencia territorial, esto es, el territorio dentro del cual la autoridad puede ejercer legalmente sus funciones. Así, por ejemplo, el presidente de la república y los ministros ejercen sus funciones en todo el territorio nacional, los gobernadores solo pueden ejercerlas en el territorio del departamento y los alcaldes apenas en el territorio municipal.

3. La *competencia "ratione temporis"*. Es la competencia temporal. Se refiere al tiempo durante el cual la autoridad puede ejercer legalmente sus funciones. (...)»¹⁴.

Una vez resuelto lo anterior, es necesario analizar las causales de retiro de los magistrados auxiliares, y si dentro de estas se encuentra la declaración de insubsistencia del nombramiento.

La Ley 270 de 1996, por la cual se expidió la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en su Artículo 130 dispuso lo siguiente en relación con la clasificación de los empleos en la rama judicial:

«ARTICULO 130. CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS. Son de período individual los cargos de Magistrado (sic) 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.

(...)

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar (sic), Abogado Asistente (sic) y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de Magistrados (sic) 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 (sic) de los Tribunales; los cargos de Vicefiscal General (sic) de la Nación, Secretario General (sic), Directores Nacionales (sic); Directores Regionales y Seccionales (sic), los empleados del Despacho del

Fiscal General (sic), del Vicefiscal (sic) y de la Secretaría General (sic), y los de Fiscales (sic) delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación. (...)»

Como se puede apreciar, el cargo de magistrado auxiliar es de libre nombramiento y remoción.

En relación con quiénes son las autoridades nominadoras, el Artículo 131 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia dispuso:

«ARTICULO 131. AUTORIDADES NOMINADORAS DE LA RAMA JUDICIAL. Las autoridades nominadoras de la Rama Judicial, son:

(...)

4. Para los cargos del despacho de los Magistrados: El respectivo Magistrado».

En cuanto a las causales de retiro del servicio, dispuso:

«ARTICULO 149. RETIRO DEL SERVICIO. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos:

(...)

9. Declaración de insubsistencia. (...)»

A partir de las anteriores normas, se concluye que, en efecto, la naturaleza del cargo de magistrado auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura es de libre nombramiento y remoción, motivo por el cual, dentro de las causales de retiro del servicio se encuentra la de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, y quien tiene la competencia para proferir el acto administrativo es el titular del despacho.

El caso concreto.

En relación con el cargo de falta de competencia, se encuentra acreditado lo siguiente:

1. A través del Decreto 078 del 23 de abril de 2014, la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán, fue nombrada como magistrada auxiliar adscrita al Despacho del magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Néstor Iván Javier Osuna Patiño, cargo del que tomó posesión el día 28 del mismo mes y año¹⁵.

2. Por medio del Decreto 093 del 22 de octubre de 2015, la magistrada titular Martha Patricia Zea Ramos, declaró insubsistente el nombramiento efectuado a la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán, decisión que le fue comunicada a través del Oficio SJ-MS 59400 de la misma fecha¹⁶.

Si bien en el expediente no se encuentra el acto de nombramiento de la señora Martha Patricia Zea Ramos, conforme al cual pueda establecerse que se trata de la titular del despacho 05 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a partir de los hechos narrados tanto en la demanda como en la contestación y en los testimonios practicados en el presente proceso, esta sala llega a la conclusión de que en efecto la mencionada señora, para el momento de la expedición del acto demandado, tenía la calidad de nominadora, por lo que dentro de sus competencias se encontraba la de declarar insubsistente el nombramiento de las personas que ocupaban cargos de libre nombramiento y remoción en el despacho, y por lo tanto no existió falta de competencia de su parte.

Ahora bien, a partir tanto de los argumentos de la demanda, como aquellos contenidos en el escrito de apelación, esta Sala encuentra que la parte demandante pretende discutir la legalidad del nombramiento de Martha Patricia Zea Ramos en el cargo de magistrada del Consejo Superior de la Judicatura, pero, por una parte, no demandó este acto y ni siquiera lo allegó al proceso, y por el otro, no se demostró que se haya declarado la ilegalidad de este por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Inclusive de haberse declarado la ilegalidad del nombramiento, es necesario recordar que en la sentencia de unificación de 7 de junio de 2016, la Sección Quinta del Consejo de Estado indicó que la regla general de las sentencias en que se declare nulos los de contenido electoral son hacia futuro, salvo que exista una modulación por parte del juez en los siguientes términos:

«Ahora, habrá de entenderse que, al menos en materia electoral, la regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas, es que aquellos serán hacia el futuro *-ex nunc-* en consideración a la teoría del acto jurídico que distingue entre la existencia, validez y eficacia, como escenarios distintos del acto *-administrativo o electoral-*; y en respeto a la *“verdad material y cierta”*, por encima de la mera ficción jurídica.

Dicha regla podrá ser variada, caso a caso, por el juez electoral, dependiendo del vicio que afecte la elección y en atención a las consecuencias de la decisión en eventos en los que aquellas puedan afectar las instituciones y estabilidad democrática»¹⁷.

Si bien es cierto que la demandante allegó el auto admisorio de la demanda del proceso con radicado 11001032800020150004600, en el que se declaró la suspensión provisional del nombramiento de Martha Patricia Zea Ramos¹⁸, y que, también obra en el expediente copia del auto en el que se confirmó esa medida cautelar¹⁹, es necesario señalar que, tal como se estableció previamente, la suspensión provisional no tiene efectos hacia el pasado, y que, no se encuentra en el expediente prueba de que se haya efectivamente declarado la nulidad del nombramiento de la mencionada magistrada a través de una sentencia con efectos modulados o hacia el pasado.

Inclusive, si se consulta el número de radicado²⁰ de las providencias adjuntadas en el Sistema Justicia XXI²¹, se evidencia que el proceso que se inició en contra del Acuerdo 89 de 21 de octubre de 2015, por medio del cual se nombró a Martha Patricia Zea Ramos en el cargo de magistrada titular de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, culminó con la declaración de terminación anormal del proceso en providencia de 12 de febrero de 2016, confirmada a través del auto de 26 de febrero de 2016, por lo que se debe concluir que jamás se declaró nulo este nombramiento, y por lo tanto, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que lo ampara.

Con base en lo anterior, esta Sala considera que no se logró demostrar el cargo de falta de competencia esgrimido por la parte demandante.

3.4.2. Análisis de los argumentos relacionados con la posible configuración de la causal de nulidad de desviación de poder.

La desviación de poder como causal de nulidad ha sido definida por la doctrina de la siguiente manera:

«Se refiere a la intención con la cual la autoridad toma una decisión. Consiste, por tanto, en que una autoridad dicta un acto para el cual la ley le ha otorgado competencia, pero lo expide persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla o, como dice el Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, “con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió”.

Esta finalidad que se ha propuesto el legislador al otorgar una competencia es, en primer lugar, el interés general. De este modo, si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general, como sería una finalidad personal de tipo económico, partidista o ideológico, ese acto sería ilegal por desviación de poder. Por ejemplo, el alcalde de una ciudad expide una reglamentación sobre el funcionamiento de las salas de cine en su municipio, para lo cual puede estar autorizado legalmente, pero se logra probar que dicha reglamentación tiene por finalidad favorecer a una sala de cine en particular, en la cual él tiene intereses económicos.

En segundo lugar, el legislador puede haber previsto, ya sea expresa o tácitamente, una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, caso en el cual si el funcionario busca otra finalidad, así sea esta última de interés general, el acto será ilegal. Por ejemplo, una ley reguladora de una contribución puede prever una exención para algún grupo determinado de personas, con la finalidad de estimular la actividad que desarrollan estas últimas. En este caso, frente a la finalidad particular o concreta del legislador respecto de la exención, la autoridad administrativa encargada de hacer efectiva la contribución no podría pretender cobrarla a las personas beneficiarias de la exención, así fuera aduciendo una finalidad de interés general, como sería la necesidad apremiante de completar los recursos para poder terminar las obras a las cuales está destinada la contribución, pues esa determinación sería ilegal por cuanto ese fin es diferente del perseguido por la norma que consagró la exención.

Esta causal de ilegalidad presenta dificultades, especialmente en lo que atañe a la prueba. En efecto, como se trata de la finalidad, del móvil con el cual se expide el acto, su prueba no es fácil por cuanto se refiere a elementos psicológicos o internos de la autoridad que toma la decisión. En muchas ocasiones la norma no expresa la finalidad que debe perseguirse al utilizar esa competencia, caso en el cual será el juez quien deberá determinarla utilizando elementos accesorios, como los antecedentes de la norma»²².

A partir de lo anterior es posible afirmar que la desviación de poder consiste en el ejercicio de una atribución para la que el funcionario tiene competencia, pero buscando un fin distinto del que permite o establece la norma.

Es de resaltar que en el Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, el acto por medio del cual se declara la insubsistencia del nombramiento no requiere de una motivación expresa, lo que quiere decir que está amparado por una presunción teleológica en virtud de la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo obedece a motivos de mejoramiento del servicio²³.

Así las cosas, para declarar que existe un vicio de desviación de poder es necesario demostrar la intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración.

Sobre el particular, esta corporación²⁴ ha sostenido que la insubsistencia del nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción se presume que se adoptó por razones del buen servicio, por lo que el demandante debe demostrar con pruebas pertinentes y suficientes, con la contundencia necesaria para que no quede duda de que la motivación del acto fue diferente al buen servicio; o de que el cambio de empleado generó o generará una desmejora del servicio público. Solo así se puede aceptar que ocurrió una desviación del poder del nominador, a lo que hay que agregar que no basta con que el servidor haya ejercido sus funciones de manera correcta o satisfactoria, ya que lo normal es el cumplimiento del deber del funcionario. En ese sentido, se ha establecido que «La noción de buen servicio no se contrae exclusivamente a las calidades laborales del servidor, sino que comprende aspectos de conveniencia y oportunidad, cuyo análisis corresponde al nominador»²⁵.

Es necesario resaltar que la naturaleza de los empleos de libre nombramiento y remoción implica un análisis de aspectos diferentes al cumplimiento de las funciones, y que las situaciones que afecten la credibilidad del servidor o que minen la confianza del nominador pueden dar pie a que se declare la insubsistencia del nombramiento, ya que pueden entorpecer el adecuado funcionamiento de la administración, a lo que se debe agregar que en ocasiones hay cargos en los que se designa a una persona con fundamento en la confianza, debido a que pueden comprometer la responsabilidad del nominador.

Por lo tanto, para acreditar la desviación de poder, no basta señalar que la declaración de insubsistencia se produjo como consecuencia de una persecución laboral, ya que se debe demostrar que la decisión atendió a razones distintas al buen servicio, fútiles o abyectas.

Análisis del caso concreto

En relación con el cargo de desviación de poder, se encuentra acreditado lo siguiente:

1. Que la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán, a través de Oficio N° SJ-ABH-373987 del 22 de julio de 2015, fue asignada al despacho del magistrado Wilson Ruiz Orejuela para que le colaborara en todas las funciones que le fueran encomendadas, con ocasión de la renuncia al cargo ejercido por quien fuera su nominador²⁶.

2. Que a través de escritos del 23 de julio, 29 de septiembre, y 13 de octubre de 2015, la demandante junto con otros funcionarios que se

encontraban adscritos al Despacho del magistrado Néstor Iván Javier Osuna Patiño, rindieron un informe detallado respecto de las providencias que habían realizado durante ese tiempo, ante la Presidencia de la Sala Disciplinaria y Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y ante la Unidad de Desarrollo de Análisis Estadístico²⁷.

3. Que por medio de los Oficios PSD15-1004 del 20 de agosto de 2015 y PSD15-1021 del 21 de agosto de 2015, el presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, solicitó ante la Dirección de Recursos Humanos y la Oficina de Coordinación de Asuntos Internacionales y Asesoría Jurídica de la Rama Judicial, un concepto en el cual le informaran cual era la competencia y las facultades de dicha Sala frente a los empleados del Despacho N° 5 de esa Corporación que hacían parte del equipo del magistrado Néstor Iván Javier Osuna Patiño, hasta el 4 de junio de 2015²⁸.

Adicionalmente se encuentran las siguientes declaraciones rendidas en el trámite del proceso:

Testimonio rendido por el señor Oscar Iván Vásquez Ramírez²⁹.

“(…) PREGUNTADO: ¿Sírvese manifestarle al Despacho si conoce a la señora Doris Ferney Rodríguez Guzmán, y si es así, ¿cuanto hace que la conoció y por qué razón? CONTESTÓ: A la Doctora Doris Ferney Rodríguez Guzmán, desde enero del 2014 aproximadamente, en razón a que estuve vinculado a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en la cual ella se desempeñó como magistrada auxiliar del Despacho N° 5 de esa Corporación, que presidía el Dr. Néstor Iván Javier Osuna Patiño. PREGUNTADO: Sírvese manifestarle al Despacho de forma clara y precisa que tipo de relación ha mantenido con la Sra. Doris Ferney Rodríguez Guzmán, desde la fecha en que la conoció. CONTESTÓ: La relación ha sido eminentemente laboral, de colegas; la relación era de compañeros de trabajo, en donde ella por su nivel jerárquico tenía unas funciones y yo desempeñaba otras; esa ha sido la relación que hemos tenido. PREGUNTADO: Sírvese manifestarle al Despacho si tuvo conocimiento de que actividades laborales ha desempeñado la señora Doris Ferney Rodríguez Guzmán. CONTESTÓ: ¿Las actividades laborales antes o durante el ejercicio de magistrada? PREGUNTADO: Si puede hacer precisión antes y después, no hay inconveniente. CONTESTÓ: La doctora Doris Ferney tengo entendido por razones que se hablaba cuando había camaradería en el Despacho, se habló que la doctora ejerció el cargo de fiscal delegada ante alguna corporación, pertenecía a la Fiscalía General de la Nación, antes de desempeñar el cargo que vino a ocupar en el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria. Cuando ingresó al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdicción Disciplinaria, la doctora ingresó al cargo de magistrada auxiliar del Despacho N° 5 que estaba a cargo del doctor Néstor Iván Javier Osuna Patiño, y que tenía las funciones que desempeñaban todos los magistrados auxiliares de ese Despacho, como era la proyección de fallos de los diferentes procesos disciplinarios que se llevaban a cabo en esta Corporación, en especial desempeñaba la labor de sustanciación y proyección de los procesos disciplinarios en contra de los funcionarios de única instancia y por razones del servicio o por disposición del doctor Osuna, también conocía de las acciones constitucionales como de tutela y principalmente de los de *habeas corpus*, por su conocimiento en materia penal. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si tiene conocimiento de la forma en que la señora Rodríguez Guzmán se desvinculó de la Rama Judicial y hace cuánto tiempo. CONTESTÓ: Tengo conocimiento que la doctora Doris Feney fue desvinculada de la Rama Judicial en razón a un acto administrativo emitido por la doctora Martha Patricia Zea, en la cual la declaró insubsistente, sin motivación alguna, eso fue aproximadamente finalizando el 2015 iniciando el 2016, no tengo la precisión, pero eso fue después de que se presentó la renuncia del doctor Néstor Iván Javier Osuna y fue ella quien después de múltiples reuniones de la Sala Plena, de la Sala Jurisdiccional, decidieron encargar a la doctora Martha Patricia Zea. PREGUNTADO: Indique al Despacho si la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán tuvo algún inconveniente que impidiera su continuidad en la Rama Judicial. CONTESTÓ: Hasta donde tengo entendido la doctora No tuvo ningún inconveniente, siempre desempeñó sus funciones a cabalidad, y que yo tenga entendido, no presentó inconvenientes de índole personal, ni de salud...ningún inconveniente que yo tenga entendido. PREGUNTADO: Informe al Despacho si tiene conocimiento de con quien convive la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán y si tiene personas a su cargo. CONTESTÓ: Si señor, la doctora Doris Feney es madre soltera o hasta donde yo tengo entendido; y convive con su hija que es menor de edad. En este momento el Juez le da el uso de la palabra al apoderado de la parte demandante que para si bien lo tiene, formule alguna pregunta en especial. “(…) PREGUNTADO: Indique al Despacho si la señora Doris Ferney Rodríguez Guzmán cumplía cabalidad con los horarios asignados a su cargo de magistrada auxiliar, adscrita al Despacho 5º de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. CONTESTÓ: En efecto me consta que la doctora Doris Feney siempre cumplía cabalidad con el horario laboral asignado a los funcionarios de la Rama Judicial, la doctora siempre estuvo presta a cumplir a cabalidad con este horario y con las funciones encomendadas, es más, en muchas ocasiones me di cuenta que la doctora llegaba con anticipación a su lugar de trabajo y en algunas ocasiones también se quedaba después de la jornada laboral. PREGUNTADO: Indique al despacho ¿quién fue la Corporación, el Despacho, el magistrado que asignaba las funciones a la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán, una vez renunció a su cargo el doctor Néstor Iván Javier Osuna Patiño? CONTESTÓ: Bueno, aquí hay que hacer una serie de precisiones, una vez renuncia el doctor Néstor Iván Javier Osuna Patiño al cargo de magistrado titular de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se presentaron una serie de situaciones que a todos los que estábamos vinculados al Despacho 5º o al Despacho que él dirigía, se nos presentó una serie de inconvenientes o vicisitudes que para el desarrollo de nuestra labor se nos vio algo complicada: primero porque no teníamos idea o entramos en una incertidumbre de quien iba a ser nuestro jefe directo, quien iba a ser el encargado de dirigir el equipo de trabajo, se nos informó de manera informal que quedábamos a cargo, en primer lugar del presidente interino de esa Corporación que pasó a ser el Vicepresidente que ejercía el doctor Pedro Alonso Sanabria Buitrago y más adelante por directriz, por reuniones en Sala Plena de la Corporación se resolvió que nos iban a repartir entre cada uno de los Despachos que hacían parte de los 6 Despachos restantes de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y es ahí cuando ya se nos asigna, o bueno... yo

quiero hacer la precisión que estuve vinculado hasta el 30 de junio de 2015, en razón a que mi cargo era de descongestión, y el cargo casualmente no fue renovado, no fue prorrogado por ser un Despacho en el que no tenía titular a esa fecha, entonces los cargos de Descongestión que fueron los cargos del magistrado auxiliar en Descongestión el doctor Bernardo Carvajal, el cargo de profesional universitario grado 33 que era el que ocupaba el suscrito y el de la doctora Marcela Rodríguez que era la abogada asesora Grado 23 tampoco fue prorrogado; tengo conocimiento hasta lo que sucedió ahí, que inicialmente se iba hacer un reparto de los empleados que quedábamos desempeñando las funciones en el Despacho 5º, se hizo un reparto, hasta donde recuerdo los diferentes magistrados fueron asignados a un Despacho, recuerdo que el doctor Manuel Páez que era magistrado auxiliar fue asignado al Despacho de la doctora Julia Emma Garzón de Gómez, el doctor Nicolás Federico Arana fue asignado al Despacho de la doctora María Mercedes López, la doctora Doris Feney que era la otra magistrada auxiliar fue asignada al Despacho del doctor Wilson Ruiz Orjuela y los otros que hacíamos parte del equipo, por ejemplo yo...que no tenía claro si mi cargo continuaba o no, quedé interinamente respondiéndole a las directrices del doctor Pedro Alonso Sanabria, a lo mismo que la doctora Marcela Rodríguez que era la encargada de presidencia en esa época y la auxiliar administrativa o la auxiliar judicial del Despacho que era la señora Consuelo Puerto, también estuvo encargada del doctor Pedro Alonso Sanabria, los otros compañeros como Karen Natalia Ospina fue asignada al doctor Ovidio Claros, el otro auxiliar que era Sebastián Gómez Prieto estuvo asignado al Despacho del doctor Angelino Lizcano, al igual que el otro auxiliar Luis... no recuerdo el apellido, era el otro auxiliar, es más también fue repartido en esa distribución de manera autoritaria por la Sala hasta el Judicante de la época que era Daniel...no recuerdo el apellido, fue repartido al Despacho al que fue asignada la doctora Doris Feney, que era el Despacho del doctor Wilson Ruiz Orjuela, eso es lo que recuerdo después de que se presentó la renuncia del doctor Osuna Patiño.

Testimonio rendido por la señora Edna Marcela Rodríguez Vargas³⁰.

«(...) PREGUNTADO: Sírvase manifestarle al Despacho si conoce a la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán, y si es así, cuanto hace que la conoció y por qué razón CONTESTÓ: Si señor, conozco a la demandante, a la señora Doris Feney, desde el momento en que fui vinculada también como funcionaria de la Rama Judicial al Despacho del doctor Néstor Osuna, la doctora Doris Feney ejerció el cargo de magistrada auxiliar, yo desempeñé funciones como abogada asesora, y digamos que el conocimiento que tengo de los hechos es precisamente por la vinculación laboral que tuve al mismo tiempo que la Doctora Doris Feney con la Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura. PREGUNTADO: Sírvase manifestarle al Despacho de forma clara y precisa, ¿qué tipo de relación ha mantenido con la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán desde la fecha en que la conoció? CONTESTÓ: Desde el momento en que yo la conocí como magistrada auxiliar siempre ha existido una relación profesional, cuando estábamos en el Despacho del doctor Néstor Osuna manejábamos una relación de compañeros de trabajo, una vez culminada la vinculación laboral con la Rama Judicial exclusivamente pues para servir de testimonio en el presente proceso pero, exclusivamente profesional PREGUNTADO: Sírvase manifestarle al Despacho si tuvo conocimiento de ¿qué actividades laborales ha desempeñado la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán? CONTESTÓ: La doctora Doris Feney como dije anteriormente, se desempeñaba como magistrada auxiliar, tengo conocimiento que la doctora es especialista en derecho penal, estuvo vinculada también a la Fiscalía y en el Despacho del doctor Néstor Osuna tenía a cargo los procesos disciplinarios en contra de magistrados y jueces de la República. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho, si tiene conocimiento de la forma en que la señora Rodríguez Guzmán se desvinculó de la Rama Judicial y hace cuánto tiempo CONTESTÓ: Si señor, la forma como se desvinculó la doctora Doris Feney Rodríguez se da a partir del momento en que el doctor Néstor Osuna renuncia como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura. A partir de ese momento los funcionarios que estábamos a cargo en ese despacho, quedamos, digamos a disposición de la Sala Jurisdiccional de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por cuanto el despacho había quedado sin titular, desde el momento, desde el 24 de junio que el doctor Néstor Osuna renunció las decisiones administrativas y de funciones fueron asumidas por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para el momento en que el Doctor Osuna presenta su renuncia, yo estaba a cargo de la presidencia del doctor Néstor Osuna, en virtud de la terminación, como el doctor Néstor Osuna había sido elegido presidente y ante su renuncia, la Sala Disciplinaria designó como nuevo presidente al doctor Pedro Sanabria, el doctor Sanabria asumió como presidente y en tal virtud se adelantaron las reuniones necesarias para definir el futuro de cada uno de los funcionarios que quedamos vinculados al Despacho del doctor Néstor Osuna. En ese orden de ideas, para el caso específico de la doctora Doris Feney los casos fueron, o las funciones sometidas en varias oportunidades a discusión de la Sala Disciplinaria, sesión que se llevaba a cabo, una vez a la semana, cada miércoles y que para el momento en el cual se dio la renuncia del doctor Néstor Osuna por las circunstancias que en ese momento se estaban presentando, en atención a que fue expedido el Acto Legislativo y por eso presentó el doctor Néstor Osuna su renuncia, el proceso de desvinculación frente a la Sala Jurisdiccional y Disciplinaria del Consejo Superior, fue un tema que fue debatido al interior de la Sala, en mi caso particular, mi desvinculación se dio por vencimiento del acuerdo de descongestión. Tengo conocimiento que desde el momento en que se presentó la renuncia del Doctor Osuna y debido a que nosotros quedamos dispuestos a la decisión de la Sala Disciplinaria, fuimos repartidos cada uno en uno de los 7 despachos asignados según la decisión de la Sala, en ese momento digamos que la asignación de funciones y digamos como a quien tenían que reportar cada uno, habían sido dispuesto por la Sala Disciplinaria y en ese momento a mí me correspondió continuar con la presidencia del doctor Pedro Sanabria, a la doctora Doris Feney le correspondió el Despacho del doctor Wilson Ruiz y digamos que la doctora Dora era a quien tenía que reportarle las circunstancias en cuanto a cumplimiento de funciones. PREGUNTADO: En relación con la pregunta anterior, permítase aclarar si tiene conocimiento de la forma en que la señora Rodríguez Guzmán se desvinculó de la Rama Judicial y hace cuánto tiempo CONTESTÓ: Si señor, en el momento posterior a la renuncia del doctor Osuna dadas las circunstancias de público conocimiento, fue sometido a debate continuo por parte de la Sala Disciplinaria, cómo y quién estaba a cargo de admitir renuncias o condiciones de desvinculación de los funcionarios que habíamos quedado vinculados al Despacho del Doctor Osuna, para el caso específico, la desvinculación de la doctora Doris Feney se da en el momento en que la Sala Disciplinaria decide nombrar como magistrada a la doctora Martha

Patricia Zea y al día siguiente es notificado un acto administrativo a todos los magistrados auxiliares y a los miembros que hacían parte del Despacho del doctor Néstor Osuna, en este caso de la doctora Doris y le quiero aclarar al Despacho que para el día en que se dio la terminación yo no estaba presente en el Consejo Superior de la Judicatura pero si tuve conocimiento directamente, precisamente porque los magistrados auxiliares nos mostraron el acto administrativo y porque fue días después de mi desvinculación con la Rama Judicial para ese momento. PREGUNTADO: Indique al Despacho si la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán tuvo algún inconveniente que impidiera su continuidad en la Rama Judicial CONTESTÓ: Del conocimiento que tengo de los hechos desde el momento en que se presentó la renuncia del doctor Osuna para los miembros que estábamos asignados al Despacho la situación se volvió un poco compleja, en el sentido de que no se tenía claro cuales iban a ser las funciones, cuál iba a ser el cumplimiento o como se iban a asignar las áreas por parte de la Sala Disciplinaria, en ese orden de ideas, una vez presentada la renuncia, para nosotros incluida la doctora Doris fue una situación de incertidumbre, digamos de discriminación, pues porque lo que tenía que ver, digamos yo que estaba en presidencia, cuando iban a someter los casos a decisión, por ser exfuncionaria del doctor Osuna nos apartaban de dicho conocimiento, digamos las deliberaciones y todo eran independientes y no nos notificaban sino posteriormente y digamos que la situación después de la renuncia del doctor Osuna para todos se tornó en forma más compleja y más, por lo que quedamos sin jefe, no se sabía bien cada uno que tenía que hacer, todo era una situación de ansiedad, de no saber a quién reporta a quien no, se vivió una situación en verdad bastante incomoda PREGUNTADO: Informe al Despacho si tiene conocimiento de con quien convive la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán y si tiene personas a su cargo CONTESTÓ: Si señor, para el momento de la desvinculación, tengo conocimiento de que la doctora Doris Feney siempre ha estado a cargo de su hija, en ese momento era menor. Se le da el uso de la palabra a la apoderada de la parte demandante. PREGUNTADO: Indíqueme al Despacho cómo era el volumen de trabajo asignado al Despacho quinto de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria con anterioridad a la renuncia del doctor Osuna Patiño CONTESTÓ: Semanalmente se tenían que presentar 25 proyectos para fallo para que se presentaran en Sala y fueran objeto de decisión, esa era la carga labora antes de la renuncia del doctor Osuna Patiño PREGUNTADO: Por favor indíqueme al Despacho que sucedió con los expedientes asignados a este Despacho quinto una vez se produjo la renuncia del doctor Osuna Patiño CONTESTÓ: conforme a la decisión de la Sala Disciplinaria, los procesos fueron reasignados y repartidos nuevamente a los demás despachos que conforman la Sala Jurisdiccional Disciplinaria PREGUNTADO: Por favor indíqueme al Despacho si la señora Doris Feney Rodríguez en su cargo de Magistrada Auxiliar, cumplía a cabalidad con sus horarios, funciones y demás tareas asignadas por el doctor Néstor Osuna Patiño CONTESTÓ: Si la doctora Doris Feney en cumplimiento de sus funciones, entregaba sus proyectos, cumplía horario y en condiciones normales, cumplía las directrices que le daba como jefe el doctor Osuna PREGUNTADO: Por favor indíqueme al Despacho si con posterioridad a la renuncia del doctor Osuna Patiño la señora Rodríguez Guzmán continuó cumpliendo a cabalidad con sus tareas, funciones y horarios CONTESTÓ: Si, a pesar de que yo estaba ubicada en el tercer piso de la Sala Disciplinaria, yo siempre tenía contacto, tanto con el Despacho y mis compañeros del Despacho del doctor Osuna, claramente con la doctora Doris y tengo conocimiento que ella daba cumplimiento a sus funciones. PREGUNTADO: Por favor indíqueme al Despacho si con posterioridad a la renuncia del doctor Osuna Patiño se entregaron informes de actividades, salvamentos de voto, proyectos de fallo demás documentos donde hubiera participado la señora Doris Feney ya sea ante la Sala Jurisdiccional o ante algún magistrado CONTESTÓ: Si, tengo conocimiento que se elaboraban actas de cumplimiento o informes que se presentaban tanto a la secretaría como a cada uno de los despachos a los cuales se tenían que reportar las actividades. PREGUNTADO: Por favor indíqueme al Despacho cuál era el espacio físico donde prestaba sus servicios la señora Rodríguez Guzmán una vez fue asignada y quedó a ordene de la Sala o del magistrado Ruiz Orejuela CONTESTÓ: La doctora Doris continuaba prestando sus servicios en la oficina del Despacho quinto que le fue asignada por el doctor Osuna (...) PREGUNTADO: Por favor indíqueme al Despacho si usted conoce algún llamado de atención o algún proceso disciplinario que se hubiera iniciado en contra de la señora Doris Feney debido a sus funciones como magistrada auxiliar de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria CONTESTÓ: No me consta, yo no tuve conocimiento del inicio de ningún proceso disciplinario en contra de la doctora Doris Feney PREGUNTADO: Por favor indíqueme al Despacho si conoce qué funcionarios ocuparon los cargos adscritos al Despacho quinto de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria una vez la doctora Martha Patricia Zea declaró insubsistente a los funcionarios incluida la demandante CONTESTÓ: No la verdad no conozco que funcionario se vinculó al cargo que ella desempeñaba. Se le da el uso de la palabra al apoderado de la parte demandada. PREGUNTADO: tiene usted conocimiento de quien fue la persona que efectuó el nombramiento de la doctora Doris Feney como magistrada auxiliar en ese despacho CONTESTÓ: El nombramiento inicial como magistrada auxiliar fue el doctor Osuna, una vez renunció el doctor Osuna fue sometido su nombramiento, no fue sometido a reparto los funcionarios e iban a trabajar en cada uno de los despachos, pero el nombramiento lo hizo el doctor Néstor Osuna PREGUNTADO: En el momento en que se efectuó el nombramiento que cargo detentaba el doctor Osuna en ese Despacho CONTESTÓ: magistrado titular de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura PREGUNTADO: Después de la renuncia del magistrado Osuna Patiño, sabe usted quien declaró la insubsistencia del nombramiento de la señora Doris Feney CONTESTÓ: el Acto Administrativo fue suscrito por la doctora Martha Patricia Zea quien fue designada como magistrada por la Sala Disciplinaria, (...) PREGUNTADO: Puede precisarle al Despacho qué cargo ocupaba la doctora Martha Patricia Zea cuando declaró insubsistente a la doctora Doris Feney Ramírez Guzmán CONTESTÓ: Fue magistrada encargada por la Sala Disciplinaria del C.S de la J. ella antes se desempeñaba como magistrada auxiliar del Despacho de la doctora Julia Emma Garzón PREGUNTADO: Nos puede precisar la naturaleza del cargo que detentaba la demandante doctora Doris Feney , si era en carrera, en provisionalidad o en encargo o si era un cargo de libre nombramiento y remoción CONTESTÓ: el cargo era en provisionalidad (...) PREGUNTADO: Para precisarle al despacho usted podría indicarnos cuál es la diferencia de un nombramiento en provisionalidad como el que manifiesta usted detentaba la doctora Doris Feney en el cargo de magistrada auxiliar del Despacho quinto de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria con respecto a un cargo de libre nombramiento y remoción CONTESTÓ: Para el caso específico el nombramiento en provisionalidad es cuando el juez titular tiene la posibilidad de nombrar en su despacho como su nombre lo indica, provisionalmente, para cumplir las funciones asignadas, un cargo de libre nombramiento y remoción es un cargo en el que digamos, la decisión no está sometida, porque el cargo en provisionalidad puede ser cubierto por una persona que de pronto venga en carrera mientras que el cargo de libre nombramiento y remoción es única y enteramente disposición del jefe en este caso».

A partir de las anteriores pruebas, esta Sala advierte que no se encuentra configurado el vicio de desviación de poder, pues no se demostró

inequívocamente que la decisión de la magistrada Martha Patricia Zea Ramos de declarar insubsistente el nombramiento de Doris Feney Rodríguez Guzmán haya obedecido a una razón distinta del buen servicio. En ese sentido, no se encuentra alguna declaración o prueba a partir de la cual se pueda inferir que existía algún tipo de animadversión de la titular del despacho respecto de la hoy demandante.

A lo anterior cabe agregar que, si bien es cierto que los testigos declararon que después de la renuncia del magistrado Néstor Osuna Patiño se presentaron dificultades en la prestación de los servicios por la ausencia del titular del cargo, no hay ninguna manifestación que involucre a la magistrada Martha Patricia Zea Ramos.

Así mismo, es pertinente recordar que el cargo de magistrado auxiliar obedece a la confianza en la que se basa el nombramiento, y a las especiales responsabilidades de dirección que este implica, pues se puede llegar a comprometer penal, fiscal o disciplinariamente al nominador.

Como consecuencia de lo anterior, se concluye que tampoco se demostró el cargo de desviación de poder.

Por último, es necesario señalar que en ningún momento en el fallo de primera instancia se hizo referencia a la figura del funcionario de hecho.

Respecto de esta categoría, esta sala ha referido lo siguiente:

«La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que esta forma anormal de vinculación con el Estado puede estructurarse en dos momentos a saber:

a) En los períodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervinientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc.

b) En épocas de anormalidad institucional, producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc., el panorama es distinto.

En tales casos es frecuente que asuman el ejercicio de funciones públicas quienes no tienen título legal alguno. A veces son personas de buena voluntad que, frente a la desaparición de las autoridades constituidas, toman a su cargo ciertas funciones públicas.

En este orden, los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son: (a) que exista de jure el cargo; (b) la función sea ejercida irregularmente; (c) que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente y (d) también puede darse cuando el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso debe ser objeto de protección en aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas.

Cabe aclarar que cuando la Subsección señala que las funciones deben ser ejercidas de manera irregular, se refiere a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos para que surja la vinculación legal y reglamentaria, esto es, no existe ni nombramiento o elección según el tipo de cargo, ni tampoco la posesión o tales requisitos, pese a que existieron, ya no están vigentes.

Además, se requiere probar que su actividad en la entidad haya sido personal y permanente y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad

de trabajo, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Por otra parte, es claro que para que una persona natural desempeñe un empleo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones propias de dicho empleo. Así es dable concluir, que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dada las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley»³¹.

Al respecto, se recuerda que en ningún momento se declaró la nulidad del Acuerdo 089 de 21 de octubre de 2015, por medio del cual, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura nombró en provisionalidad a la señora Martha Patricia Zea Ramos como magistrada de esa Corporación, y para los efectos del acto aquí demandado se concluye que fue legal, pues no se desvirtuó la presunción de legalidad.

Es decir, en ningún momento el Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que la mencionada señora tuviera la calidad de funcionario de hecho, motivo por el cual se concluye que los argumentos de la apelación relacionados con esta figura no tienen relación alguna con el fallo objeto del recurso de alzada, y, por lo tanto, no tienen vocación de prosperidad.

3.5. Costas.

Las costas procesales, entendidas como los gastos necesarios en los que las partes tuvieron que incurrir para ejercer una correcta defensa de sus intereses dentro del proceso judicial, comprenden de un lado, las expensas o gastos ordinarios del proceso y de otra, las agencias en derecho.

Su reconocimiento está regulado por el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el cual dispone que: «Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código Procedimiento Civil», en armonía con lo anterior, el numeral 1 del Artículo 365 del Código General del Proceso señala que la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: «[...] se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]», y en el numeral 3 se señaló que «en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda».

Así mismo, el numeral 8º del Artículo 365 del Código General del Proceso, señala expresamente que «solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan que se causaron y en la medida de su comprobación».

En el caso concreto, y de acuerdo con todo lo anterior, se advierte que hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho en segunda instancia a la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán como quiera que la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura alegó de conclusión en segunda instancia.

Las mismas se liquidarán de acuerdo con lo establecido en el Artículo 366 del Código General del Proceso.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 13 de junio de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda incoada por Doris Feney Rodríguez Guzmán en contra de la

Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la señora Doris Feney Rodríguez Guzmán, de acuerdo con lo establecido en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “SAMAI” y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de doce (12) de noviembre de 2020.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

Firmado electrónicamente

Nota: La anterior providencia fue firmada electrónicamente por la Sala a través de la plataforma SAMAI del Consejo de Estado, con lo cual se garantiza su autenticidad, integridad, conservación, y posterior consulta, de conformidad con el Artículo 186 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas concordantes del Código General del Proceso.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folio 1 y vto. del expediente.
2. Folios 1 vto. y 2 del expediente.
3. Folios 3 vto. a 8 vto. del expediente.
4. Folios 116 a 124 del expediente.
5. Folio 144 del expediente
6. Folio 112 del cuaderno principal del expediente.
7. Folios 179 a 200 del expediente.

8. Folios 207 a 216 del expediente.

9. Folios 233 a 236 del expediente.

10. Folios 240 a 243 del expediente.

11. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

12. «Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley [...]».

13. Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho Administrativo General y colombiano*, 20 Ed. Tomo II. Bogotá, Temis, 2017, pp. 43 y 44.

14. Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho Administrativo General y colombiano*, 20 Ed. Tomo II. Bogotá, Temis, 2017, pp. 44 y 45.

15. Folios 16 y 17 del expediente.

16. Folios 40 y 41 del expediente.

17. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de unificación de 7 de junio de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00, magistrado ponente: Alberto Yepes Barreiro.

18. Folios 42 a 60 del expediente.

19. Folios 61 a 78 del expediente.

20. Proceso con radicado: 11001032800020150004600.

21. <https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=IZLkkqg7yO2fF9ruYF5rfZMjhHk%3d>

22. Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano*, 17ª ed., Bogotá, Temis, 2011, págs. 312 y 313.

23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 22 de noviembre de 2018, expediente 5037-16, magistrado ponente: William Hernández Gómez.

24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 11 de septiembre de 2003, expediente 2199-02, magistrado ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

25. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 10 de marzo de 2005, expediente 0790-04, magistrado ponente: Alberto Arango Mantilla.

26. Folios 21 a 22 del expediente.

27. Folios 23 a 2530 a 39 del expediente.

28. Folios 26 a 27 del expediente.

29. Audiencia de testimonios. Cd que se encuentra en el folio 156 del expediente. Minuto 4:02 a 37:20.

30. Audiencia de pruebas. Cd. que se encuentra en el folio 156 del expediente. Minuto 38:57 a 1:06:51.

31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 20 de agosto de 2020, expediente 3548-18, magistrado ponente: Gabriel Valbuena Hernández.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 06:58:06