



Sentencia 03044 de 2009 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

INSUBSISTENCIA DE MAGISTRADO AUXILIAR – Empleado de libre nombramiento y remoción. Procedencia / INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – No requiere motivación

El empleo de Magistrado Auxiliar es de libre nombramiento y remoción, en consideración a la estricta confianza que demanda su desempeño, lo que justifica que Magistrado Titular del Despacho pueda disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular por fuera de la regulación propia del sistema de carrera judicial. La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el demandante, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad.

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LA RAMA JUDICIAL – Declaración con posterioridad a la presentación de la renuncia. Efectos / RENUNCIA – Requisitos / RENUNCIA – Prohibición de aceptación cuando carece de la voluntad inequívoca de separación del cargo

El hecho de que el actor, supuestamente, hubiese presentado la renuncia antes de que se le comunicara la insubsistencia, en nada altera el contenido del acto ni su eficacia y ejecutividad. La renuncia *“se produce cuando el funcionario o empleado manifiesta por escrito, en forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del empleo de que ha tomado posesión”*, por su lado, el artículo 149-1 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, señala que esta figura, entre otras, produce la cesación definitiva de las funciones. El retiro definitivo del servicio por renuncia se rige para los empleados de la rama judicial por lo dispuesto en los artículos 122 a 125 del Decreto 1660 de 1978, aplicable por remisión del artículo 204 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, disposiciones que consagran la forma, el contenido y los plazos que debe contener una dimisión. Conforme a los preceptos mencionados al nominador de la Rama Judicial, le está vedado aceptar las renunciaciones que no contengan la voluntad inequívoca de separarse del empleo de que ha tomado posesión, además de que, carecen de valor absoluto las que ponen en manos del nominador la suerte del funcionario o empleado.

RENUNCIA – Solicitud a empleados de libre nombramiento y remoción. Cargo de confianza y manejo

El hecho de que la renuncia hubiese sido solicitada por el nominador corresponde a una potestad del mismo quien puede decidir darle la oportunidad al empleado de tener una salida decorosa del cargo de libre remoción, pues formal y socialmente se considera inadecuada la declaratoria de insubsistencia de los empleados de los altos cargos. Respecto de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción tanto en el régimen general como en el de la rama judicial, que tienen similares previsiones, la solicitud o insinuación de renuncia a los funcionarios o empleados que ejerzan funciones de dirección, manejo y confianza no afecta la legalidad de los actos de retiro. Dicha facultad obedece a la oportunidad que la ley le otorga a los nominadores de reorganizar el servicio mediante el cambio de sus subalternos.

FACULTAD DISCRECIONAL – No se enerva por las calidades y condiciones especiales del empleado / INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LA RAMA JUDICIAL – Declaración con posterioridad a la presentación de la renuncia. Efectos / RENUNCIA – Requisitos / RENUNCIA – Prohibición de aceptación cuando carece de la voluntad inequívoca de separación del cargo

Para el desempeño del puesto de Magistrado Auxiliar de una alta Corporación se requieren de sus ocupantes calidades excelsas y condiciones especiales, como las que ostentaba el demandante, pero estas circunstancias no enervan la potestad discrecional del nominador de relevar a sus empleados ya que el primero puede tener razones objetivas del servicio para prescindir de sus servicios. En el mismo sentido el demandante afirma que con la designación de su reemplazo se desmejoró el servicio porque pese a reunir los requisitos para el desempeño del cargo, no tenía la misma experiencia y, revisada su hoja de vida *“revela inestabilidad en los empleos interinos que venía desempeñando a partir de su graduación”*, lo antes expresado corresponde a apreciaciones subjetivas que no sirven para infirmar la presunción de legalidad del acto acusado. Además, en lo que se refiere a la no aprobación del concurso de méritos para el desempeño del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de

Distrito Judicial, por parte del reemplazo, esta situación no es indicio de no idoneidad ni lo descalifica para el desempeño del puesto de Magistrado Auxiliar, que como ya se indicó es un cargo de libre nombramiento y remoción.

IDONEIDAD DEL REEMPLAZO EN EL DESEMPEÑO DEL CARGO – Se determina por el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos / ACTO DE NOMBRAMIENTO – Ajeno a la ilegalidad del acto de insubsistencia

En el presente asunto, como ya lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, lo que debe cuantificar el juez, a efectos de calificar la no idoneidad del reemplazo son los requisitos mínimos para el desempeño del cargo, porque, en principio, el acto administrativo de nombramiento de un empleado es ajeno y autónomo a la declaratoria de insubsistencia, de manera que la eventual ilegalidad del primero no incide en la legalidad del segundo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá. D.C., doce (12) de marzo de dos mil nueve (2009).-

Rad. No. : 25000-23-25-000-2001-03044-01(1438-07)

Actor: JAIRO OMAR TOVAR NIÑO

Demandado: RAMA JUDICIAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2007, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A” mediante la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Jairo Omar Tovar Niño contra la Nación Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura.

LA DEMANDA

El apoderado del doctor JAIRO OMAR TOVAR NIÑO en ejercicio de la acción de que trata el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda contra la Nación Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura encaminada a obtener la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos:

Decreto No. 017 de 30 de noviembre de 2000, expedido por el Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia doctor Mario Mantilla Nougues, mediante el cual declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Magistrado Auxiliar de esa Corporación.

Decreto 019 de 18 de diciembre de 2000, proferido por el doctor Mario Mantilla Nougues Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, por el cual dispuso “*abstenerse de resolver el recurso de reposición y tramitar en subsidio la apelación contra el Decreto 017 de 30 de noviembre de 2000, por improcedentes, los cuales fueron interpuestos por el doctor JAIRO OMAR TOVAR NIÑO, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*”.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene su reintegro al cargo de Magistrado Auxiliar del Despacho del doctor Mario Mantilla Nougues del Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia u otro de mejor categoría, el pago de los salarios y prima especial de servicios, bonificación por compensación mensual, bonificación por servicios prestados, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, cesantías y demás prestaciones dejadas de percibir desde el momento de su desvinculación, hasta cuando sea reincorporado al servicio.

Solicitó, además, el pago de un mil gramos oro por perjuicios morales como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento; se declare que no hay lugar a realizar descuentos de lo percibido por el demandante con ocasión de otra vinculación laboral durante el tiempo de retiro del servicio; ordenar que se de cumplimiento a la sentencia en la forma y términos establecidos en los artículos 177 y 178 del C.C.A.; y que se declare que para todos los efectos legales y prestacionales no ha existido solución de continuidad.

Como hechos en que fundamenta sus pretensiones, en síntesis, narró los siguientes:

El demandante se vinculó a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, el 1 de abril de 1968, en el cargo de escribiente y a partir de ese momento, por el cumplimiento del deber y consagración eficiente en el ejercicio de sus funciones, fue sucesivamente ascendido, hasta ocupar el cargo de Magistrado Auxiliar.

Desempeñó las funciones en los cargos ocupados con eficiencia, lealtad, sin defraudar la confianza y sin que en el lapso de 32 años hubiese tenido siquiera una amonestación, como se puede constatar en su hoja de vida y certificados que informan ausencia de antecedentes de todo orden.

El 8 de febrero de 1994 el demandante fue nombrado como Magistrado Auxiliar en el Despacho del Magistrado Dr. Dídimo Páez Velandia de la Corte Suprema de Justicia.

El Magistrado Dr. Páez Velandia se retiró del servicio por habersele reconocido la pensión de jubilación.

El Consejo Superior elaboró lista para designar su reemplazo, siendo elegido el doctor Mantilla Nogués quien le ratificó el cargo al actor como Magistrado Auxiliar, hasta el 23 de noviembre de 2000 cuando, sin explicación de ninguna índole, le pidió la renuncia.

El demandante radicó la renuncia en la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia el 28 de noviembre de 2000; sin embargo, el doctor Mantilla Nougues, expidió el decreto 017 de 30 de noviembre de 2000, a través del cual lo declaró insubsistente en el cargo de Magistrado Auxiliar, designando en su reemplazo al doctor Luís Carlos Bonilla Rico.

Al cabo de lo ocurrido y por razones que se desconocen, se precipitó la renuncia del Magistrado titular MANTILLA NOUGUES la cual fue aceptada el 1 de febrero de 2001.

La insubsistencia del actor le causó agravio económico, ya que de su salario derivada el sostenimiento y manutención de su familia, entre estos la educación de sus hijos.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas la parte demandante citó las siguientes:

1.- Disposiciones Constitucionales: Artículos: 1, 2, 6, 13, 25, 29, 53, 58 y 125.

2.- Código Contencioso Administrativo: 36, 84 y 85.

3.- Disposiciones Legales: Artículos 130, 149, ordinales 1 y 9 de la Ley 270 de 1996.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, negó las súplicas de la demanda (fls. 135 a 146), con base en los siguientes argumentos:

Luego de reseñar los cargos de anulación propuestos por la parte demandante y transcribir la renuncia presentada por el actor señaló que de este último escrito, presentado el 28 de noviembre de 2000, se deduce que la dimisión fue solicitada por el nominador; y que ante tal suceso, el demandante petitionó se le permitiera continuar en el cargo por mes y medio más, aproximadamente, para poder disfrutar de las vacaciones colectivas.

Conforme a lo antes expuesto señaló que la parte actora con base en las circunstancias aludidas alegó la existencia de una falsa motivación porque el nominador profirió acto administrativo declarando la insubsistencia del actor sin que previamente se pronunciara sobre la renuncia presentada

El a quo señaló que no se configuró la falsa motivación planteada por el demandante, ya que la renuncia pedida por el Magistrado titular a su Magistrado Auxiliar no fue presentada en la forma solicitada, por lo cual no enerva en forma alguna la facultad discrecional de aquel de retirarlo, debido a que se trataba de un empleado de libre nombramiento y remoción.

Los Magistrados Auxiliares como los Abogados Asistentes y sus equivalentes, adscritos a los despachos de los Magistrados titulares de las Altas Cortes, son de libre nombramiento y remoción, conforme a lo dispuesto por el artículo 130, inciso 4° de la Ley 270 de 1996. Es decir, que frente a estos cargos el nominador cuenta con cierta libertad para nombrar a las personas que considere idóneas y en caso de que el empleado no cumpla con las exigencias propias del servicio, el legislador lo autorizó para separarlo del cargo, haciendo uso de la potestad discrecional.

Si el demandante hubiese presentado espontáneamente la renuncia y sin hacerse manifestación alguna sobre ella se declarase insubsistente su nombramiento, en este caso si podría configurarse un vicio en el acto administrativo, pero no fue lo que sucedió; por lo tanto, no encontró configurado el vicio de falsa motivación en el acto de la declaratoria de la insubsistencia.

Precisó que en su criterio existió un trámite indebido por parte de la Corte Suprema de Justicia, al conceder un recurso de apelación que no procedía; la declaratoria de insubsistencia constituye un *“acto - condición”* (sic) que lo colocó en una situación *“general e impersonal que para el caso es la legal y la reglamentaria”* (sic); en el ordenamiento legal no existen recursos para tales actos, que simplemente se ejecutan; e indicó que en la demanda nada se dijo en relación con este aspecto.

Finalmente, desestimó el cargo de desviación de poder sustentado en la buena y destacada prestación del servicio por parte del actor y en el hecho de que el reemplazo del actor había desempeñado el mismo puesto ante otro Magistrado sin buen desenlace porque si bien el actor tenía condiciones profesionales óptimas, su reemplazo poseía estudios de postgrado y una amplia experiencia laboral al interior de la Rama Judicial como juez y fiscal lo que prueba su idoneidad para el desempeño del cargo.

En consecuencia negó las pretensiones de la demanda.

EL RECURSO

El actor interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído (fls. 147 a 166), bajo los argumentos que se sintetizan así:

Reiteró los cargos de anulación propuestos con la demanda inicial, y señaló que la falsa e indebida motivación y consecuente desviación de poder por la que se demanda, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Decreto 017 de 30 de noviembre de 2000, quedó demostrada por el hecho de que contrarió el deber legal que le correspondía al nominador de pronunciarse respecto de la renuncia presentada por el demandante y acudió, arbitrariamente, a la declaratoria de insubsistencia enunciando lo dispuesto en los artículos 130, 131 y 149 de la Ley 270 de 1996.

Si bien es cierto los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, son clasificados por la ley como empleados de libre nombramiento y remoción, toda decisión discrecional debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa y esta decisión debe estar debidamente motivada.

Sustentó que fue declarado insubsistente, como represalia por haber presentado renuncia a partir del 11 de enero de 2001, y su causa real no se originó en consideraciones referentes a mejorar la prestación del servicio en el despacho del Magistrado Mantilla, sino a proteger y favorecer los intereses de un particular, actitud que fue irracionalmente incomprensible.

La jurisprudencia ha sido clara al determinar que la causal de anulación de los actos administrativos de desviación de poder hace referencia al elemento finalista del acto y se configura cuando los móviles o fines que tiene en cuenta la autoridad administrativa que los expide son diferentes del interés general o cuando a pesar de tener como fin ese interés público, el fin perseguido es diferente del previsto en la norma que le atribuye competencia.

Alegó que hubo falta absoluta de motivación de la sentencia recurrida, ya que solamente acudió al simple mecanismo de significar que en el acto acusado no incurrió en alguna de las causales de anulación invocadas en la demanda para deducir que está dentro del ámbito potestativo del nominador pedir la renuncia o simplemente “*destituir*” (sic) al empleado, decisión que ignora el daño laboral, moral, social y familiar implícito en la declaratoria de insubsistencia, lo cual difiere en todo en el acuerdo bilateral de solicitud, presentación y aceptación de la renuncia.

La Sala, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede a decidir previas las siguientes,

-

CONSIDERACIONES

-

El acto acusado

La parte demandante pretende la anulación de los Decretos 017 de 30 de noviembre de 2000, por el cual declaró insubsistente el nombramiento del doctor Jairo Omar Tovar Niño del cargo de Magistrado Auxiliar adscrito a ese Despacho, y 019 de 18 de diciembre de 2000, mediante el cual se abstuvo de resolver el recurso de reposición y dio trámite al de apelación, ambos expedidos por el Dr. Mario Mantilla Nougues, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Análisis de la Sala

Considera el actor que el nominador con la expedición de los decretos acusados incurrió en falsa motivación y desviación de poder, toda vez que no obstante haber renunciado se le declaró insubsistente su nombramiento. Señaló, además que con su retiro no se pretendió el mejoramiento

del servicio, como lo prueba la designación de su reemplazo que, en criterio del actor, no gozaba de las calidades intelectuales necesarias para desempeñar el cargo.

El cargo de Magistrado Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia es de libre nombramiento y remoción, conforme a lo dispuesto por el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, norma que establece:

“ARTÍCULO 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 de Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación. [...].”

Bajo este entendido está claro que el empleo de Magistrado Auxiliar es de libre nombramiento y remoción, en consideración a la estricta confianza que demanda su desempeño, lo que justifica que Magistrado Titular del Despacho pueda disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular por fuera de la regulación propia del sistema de carrera judicial.

La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el demandante, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad.

No obstante lo anterior, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla. Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y *“opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia”*¹.

Por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 84 y 85 del C.C.A, en concordancia con los artículos 176 y 177 del C.P.C., aplicables al asunto por remisión de los artículos 168 y 267 del C.C.A.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado, respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción, en los que se exige una especial confianza¹:

“Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en manifestar que las facultades discrecionales no son omnímodas, sino que tienen que estar encaminadas a la buena prestación del servicio público, por lo cual cabe estudiar el vicio de ilegalidad del acto demandado frente al cargo del uso indebido que hace el nominador de tal potestad. Así mismo, ha insistido la jurisprudencia que cuando se trate de cargos que implican una especial responsabilidad y dignidad, como era el caso de la demandante, las exigencias para ejercer la potestad discrecional se tornan más amplias.

(...) Por ello resulta como una medida acorde con el buen servicio el retiro de la funcionaria que se encuentre en tales circunstancias. Y el anterior razonamiento se hace más exigente para los funcionarios que ocupan cargos de alta jerarquía en una institución, pues es sabido que la alta dignidad de un empleo implica compromisos mayores y riesgos de los cuales no pueden sustraerse dichos servidores estatales, debido, precisamente, a que su desempeño se torna de conocimiento público y que cualquier actuación puede dar lugar a situaciones incómodas para el organismo y para el nominador, en este caso el Alcalde, a quien no se le puede pedir una conducta distinta que actuar en aras del interés general.

Detentar la investidura de un alto cargo impone al funcionario ceder su interés particular ante cualquier situación en que se vea comprometido el interés público, ya que la pulcritud en el desempeño de estos empleos debe ser mayor que la que deben acusar los demás funcionarios, como se dijo anteriormente.”. (Negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo expuesto la situación en que se encuentran los empleados que gozan de fuero de relativa estabilidad laboral no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción pues respecto de estos se predica un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente es razonable pues consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo.

El cargo de anulación principal que señala el actor consiste en que se declaró la insubsistencia de su nombramiento sin tener en cuenta la renuncia personal y oportunamente presentada, por lo cual, es evidente la denominada falta de motivación, ya que no se invocaron las razones por las cuales se aceptaban o rechazaban los fundamentos razonados presentados en la carta de renuncia.

Ahora bien, el hecho de que el actor, supuestamente, hubiese presentado la renuncia antes de que se le comunicara la insubsistencia, en nada altera el contenido del acto ni su eficacia y ejecutividad.

La renuncia² *“se produce cuando el funcionario o empleado manifiesta por escrito, en forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del empleo de que ha tomado posesión”,*³ por su lado, el artículo 149-1 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, señala que esta figura, entre otras, produce la cesación definitiva de las funciones.

El retiro definitivo del servicio por renuncia se rige para los empleados de la rama judicial por lo dispuesto en los artículos 122 a 125 del Decreto 1660 de 1978, aplicable por remisión del artículo 204 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia⁴, disposiciones que consagran la forma, el contenido y los plazos que debe contener una dimisión.

Conforme a los preceptos mencionados al nominador de la Rama Judicial, le está vedado aceptar las renunciaciones que no contengan la voluntad inequívoca de separarse del empleo de que ha tomado posesión, además de que, carecen de valor absoluto las que ponen en manos del nominador la suerte del funcionario o empleado.⁵

En la carta donde el actor dimitió, expresamente manifestó:

“Bogotá, D.C., noviembre 28 de 2000

Doctor

MARIO MANTILLA NOUGES

Magistrado Sala Casación Penal

H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

E. S. D.

Señor Doctor:

Recientemente cumplí al servicio de la administración de justicia 32 años, los 7 últimos en esta digna Corporación en el Despacho a cargo del jurista Dr. DIDIMO PÁEZ VELANDIA, a quien usted reemplazó con ocasión del reconocimiento de su pensión de jubilación, sin que durante todo ese tiempo mi hoja de vida se hubiera visto empañada siquiera con una prevención.

Al contrario, siempre mi trabajo fue exaltado y ese reconocimiento me permitió sobrellevar, incluso, las amenazas de muerte que pesaron sobre

mi vida con oportunidad del adelantamiento de investigaciones penales que me fueron confiadas en esta colegiatura, de lo cual puse en antecedentes al doctor PÁEZ VELANDIA y al oficial de la Policía encargado de la Seguridad del Palacio de Justicia. Usted mismo, doctor, no ha presentado reparo al sinnúmero de proyectos que me ha correspondido elaborar, que hoy son providencias, trascendentes por la naturaleza de los hechos que en ellas se debaten, como lo son todos los que decide la Corte, y de la categoría de las personas involucradas, de todo lo cual se encuentran evidencias en los archivos del Despacho.

Por eso, quedé en estado de perplejidad, del cual aún no he podido salir, cuando el 23 de los corrientes, soy llamado por usted para comunicarme que dentro de la facultad que tiene de libre nombramiento y remoción, su deseo es el de que le presente renuncia del cargo a partir de finales de este mes, siendo vanos los esfuerzos que hice para conocer motivo o causa que llevara a la abrupta decisión, y sin que mi familia pueda comprender por qué lo que se conoce como “discrecionalidad del magistrado titular”, que fue la única razón que se adujo para ello, pueda dar el traste con 32 años de esforzada carrera y poner, como consecuencia, a personas inocentes a pasar necesidades.

Comprenderá, entonces, Señor Magistrado, que tengo derecho, a lo menos, a hacer uso de las vacaciones colectivas que se aproximan, para que la afectación del mínimo vital no resulte tan ostensible, al término de las cuales puede considerar usted este escrito como contentivo de la renuncia del cargo de Magistrado Auxiliar de su Despacho que ha exigido.

Atentamente,

JAIRO OMAR TOBAR [sic] NIÑO

MAGISTRADO AUXILIAR.”. (Folio 48).

Conforme al texto transcrito de él no se deduce de manera clara y definitiva su voluntad de retirarse del servicio conforme a lo antes señalado, y puede decirse que el anterior escrito es más una solicitud de prórroga de su vinculación que una dimisión.

El hecho de que la declaratoria de insubsistencia se hubiese anticipado al pronunciamiento con respecto a la renuncia presentada en nada afecta la legalidad del acto acusado.

Además, el hecho de que la renuncia hubiese sido solicitada por el nominador corresponde a una potestad del mismo quien puede decidir darle la oportunidad al empleado de tener una salida decorosa del cargo de libre remoción, pues formal y socialmente se considera inadecuada la declaratoria de insubsistencia de los empleados de los altos cargos.

Esta Corporación⁶ ha tenido la oportunidad de pronunciarse en igual sentido, así:

“(…) La jurisprudencia de la Sala ha sido uniforme en señalar que la renuncia solicitada a los titulares de determinados Cargos (...), es válida, puesto que ella obedece a la facultad que tiene el nominador de integrar los cuadros en la cúpula administrativa en determinada entidad, para el cumplimiento de las metas tendientes a garantizar un adecuado servicio público. La insinuación de la renuncia en dicho nivel, se convierte en un mecanismo acorde a la investidura de tales cargos, busca evitar el retiro por insubsistencia, que no es de común ocurrencia en esos destinos y se repite, no se presenta desvío de poder en la solicitud de renuncia (...), dicho proceder se justifica por el rango y atribuciones que demanda la función administrativa en el cumplimiento de los fines del Estado. (...).

Bajo estos supuestos, respecto de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción tanto en el régimen general como en el de la rama judicial, que tienen similares previsiones,⁷ la solicitud o insinuación de renuncia a los funcionarios o empleados que ejerzan funciones de dirección, manejo y confianza no afecta la legalidad de los actos de retiro. Dicha facultad obedece a la oportunidad que la ley le otorga a los nominadores de reorganizar el servicio mediante el cambio de sus subalternos.

La anterior posición en la rama judicial se justifica dado el carácter excepcional de estos cargos porque en la rama judicial prevalece el sistema de carrera, que es la regla general pero que como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996, que hizo una revisión previa de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia “dada la naturaleza de las tareas que se le asignan a ciertos funcionarios y empleados de los despachos de los magistrados -como es el caso de los magistrados auxiliares-, amerita que ellos sean de libre nombramiento y

remoción.”.

Alega el actor, además, que prestó sus servicios de forma diligente, eficiente, responsable, honesta y cumpliendo con las exigencias impuestas por la entidad, situación que está demostrada, además de la hoja de vida que obra en cuaderno anexo, con las declaraciones obrantes en el expediente, así:

Declaración rendida por el señor Alberto Mora Cogollos (fls. 90 a 95), expresó:

“[...] Como lo dije anteriormente yo entré a disfrutar de mi pensión de jubilación a partir del primero de octubre de 2000, para ese momento el doctor Tovar continuaba en su cargo y posteriormente, me enteré que había sido declarado insubsistente por el Magistrado doctor Mario Mantilla Nougés, titular del despacho al que prestaba sus servicios el doctor Tovar. Las causas o motivos por los cuales se produjo el acto administrativo mencionado, las desconozco y por lo tanto, no me consta nada sobre su desvinculación de la Corte. Desde mi retiro no he tenido conversación alguna con el doctor Mario Mantilla quien produjo el acto administrativo, no puedo asegurar absolutamente nada sobre las causas de la determinación adoptada. Me consta si como compañero que fui durante varios años de su dedicación al trabajo y del cumplimiento de sus deberes como Magistrado Auxiliar, la calidad del trabajo y sus aciertos o desaciertos solamente pueden ser calificados por sus superiores jerárquicos, el trabajo realizado por sus superiores inmediatos y posteriormente, los Magistrados de la Sala de Casación Penal a quienes el Magistrado Sustanciador les presenta los trabajos realizados por los auxiliares una vez acogidos por el sustanciador. [...] Al doctor Bonilla, lo conocí cuando estuvo en la Corte, en tránsito, digámoslo así, por muy poco tiempo y posteriormente, fue designado Magistrado tal vez del Tribunal de Florencia, si es que el doctor Bonilla a quien me refiero, es el mismo a que hace alusión su pregunta Honorable Magistrada. No conozco el trabajo y demás ejecutorias del doctor Bonilla, pues nunca fui su superior jerárquico, tampoco tengo conocimiento qué funcionario reemplazó al doctor Tovar Niño como Magistrado Auxiliar en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.”.

En la deposición del doctor Dídimo Páez Velandia (Fls. 104 a 107), indicó:

“[...] Cuando yo me desempeñaba como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, tuve ocasión de designar como Magistrado Auxiliar al doctor JAIRO OMAR TOVAR NIÑO, a quien conocía desde hace varios años, como Juez que fue de la República, por esa circunstancia ante la vacante que me quedaba lo nombré. Trabajó conmigo hasta cuando me retiré de la Corte, él quedó prestando sus servicios a la persona designada en mi reemplazo. Yo viajé al exterior, por varios meses y después me dediqué a mis actividades particulares sin que en realidad haya sabido cual fue el motivo por el cual la persona que me reemplazó declaró insubsistente el nombramiento del doctor Tovar. [...]”

Como dije anteriormente, la razón por la cual lo designé como Magistrado Auxiliar de mi Despacho, fue el conocimiento que tenía como Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, que lo fui por varios años, época en la cual el Doctor Omar se desempeñaba como Juez y en consecuencia, muchas de sus decisiones fueron revisadas por mi Despacho y encontradas ajustadas a derecho. Por esa razón, lo nombré Magistrado Auxiliar y durante el tiempo que se desempeñó bajo mis servicios, lo hizo con absoluta lealtad al derecho y a la justicia; puedo afirmar, que fue un funcionario idóneo, eficaz y respetuoso de su superior, por lo que en realidad, no tengo ninguna queja respecto de él. [...] Ciertamente, el Doctor JAIRO OMAR TOVAR NIÑO, fue incluido por el Consejo Superior de la Judicatura, en la lista de Magistrados elegibles para la Corte Suprema de Justicia. Si esta Corporación, en su sabiduría tuvo a bien incluir su nombre en la lista de elegidos fue porque lo encontró idóneo para su desempeño. Para mí, en particular debo decir, que de acuerdo a su desempeño en las labores anteriormente referidas no me cabe la menor duda de que si hubieses sido de él el seleccionado para reemplazarme lo hubiese hecho con gran idoneidad y eficiencia. Debo aclarar, que aun cuando por mandato constitucional y legal, yo no me encontraba impedido para participar activamente en el proceso de elección de mi reemplazo, por razones estrictamente de orden moral me sustraje a esa función porque considere siempre que era más cristalino la elección de un Magistrado si en el proceso de elección no intervenía la persona a quien se iba reemplazar.”.

Conforme a la hoja de vida del demandante y las deposiciones recibidas se deduce, sin ninguna hesitación, que el actor era un empleado idóneo que cumplía con las funciones de su cargo, es más que estuvo nominado para reemplazar a su nominador como miembro de la Corte Suprema de Justicia, pero estas condiciones subjetivas, en este caso, no comportan la anulación del acto administrativo.

En efecto, para el desempeño del puesto de Magistrado Auxiliar de una alta Corporación se requieren de sus ocupantes calidades excelsas y condiciones especiales, como las que ostentaba el demandante, pero estas circunstancias no enervan la potestad discrecional del nominador de relevar a sus empleados ya que el primero puede tener razones objetivas del servicio para prescindir de sus servicios.

En el mismo sentido el demandante afirma que con la designación de su reemplazo se desmejoró el servicio porque pese a reunir los requisitos para el desempeño del cargo, no tenía la misma experiencia y, revisada su hoja de vida *“revela inestabilidad en los empleos interinos que venía desempeñando a partir de su graduación”*, lo antes expresado corresponde a apreciaciones subjetivas que no sirven para infirmar la presunción de legalidad del acto acusado. Además, en lo que se refiere a la no aprobación del concurso de méritos para el desempeño del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Distrito Judicial, por parte del reemplazo, esta situación no es indicio de no idoneidad ni lo descalifica para el desempeño del puesto de Magistrado Auxiliar, que como ya se indicó es un cargo de libre nombramiento y remoción.

En el presente asunto, como ya lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, lo que debe cuantificar el juez, a efectos de calificar la no idoneidad del reemplazo son los requisitos mínimos para el desempeño del cargo, porque, en principio, el acto administrativo de nombramiento de un empleado es ajeno y autónomo a la declaratoria de insubsistencia, de manera que la eventual ilegalidad del primero no incide en la legalidad del segundo.

Por las razones expresadas se confirmará la decisión del Tribunal, que negó 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

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 26 de abril de 2007, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A” mediante la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Jairo Omar Tovar Niño contra la Nación Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 DROMI, ROBERTO, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1995, página 98.

1 Sentencia de 7 de julio de 2005, Radicación 2263-04, Accionante Lilia Elvira Sierra Reyes, Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero

2 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Madrid, 1992, define la expresión renuncia como la *“dimisión o dejación voluntaria de una cosa que se posee, o del derecho a ella.”*.

3 Artículo 121 del Decreto 1660 de 1978, aplicable por remisión del artículo 204 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

4 Normas que establecen: “Artículo 122. La renuncia es irrevocable desde el momento en que sea regularmente aceptada.

Artículo 123. Presentada la renuncia, su aceptación corresponde a la autoridad nominadora, se producirá por escrito, y fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a un (1) mes contado desde el día de su presentación.

Transcurrido un (1) mes de presentada la renuncia, sin que se haya decidido nada sobre ella, el funcionario o empleado dimitente podrá separarse sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno.

Artículo 124. Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor las renunciaciones en blanco, o sin fecha determinada, o que mediante cualquiera otra circunstancia ponga con anticipación en manos de la autoridad nominadora la suerte del funcionario o empleado.

Artículo 125. La presentación o aceptación de una renuncia no releva al competente de la obligación de iniciar o proseguir la acción disciplinaria, ni de aplicar las sanciones que fueren del caso, aun por hechos que sólo hubieren sido conocidos con posterioridad a dichos eventos.”.

5 Artículos 124, transcrito en la nota al pie anterior.

6 Sentencia de 23 de julio de 1998, Consejero Ponente, Javier Díaz Bueno, Radicación, 190-98.

7 Cfr. Artículos 27 y ss del Decreto 2400 de 1968.

8 Al respecto esta Subsección en sentencia del 4 de septiembre de 2008, Expediente No 250002325000199900073-01, No. Interno: 0883- 2005, ACTOR: GUILLERMO JIMÉNEZ BARRAGÁN, Magistrado Ponente Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, precisó: “En relación con la idoneidad, capacidad, eficiencia y buen desempeño del cargo esta Corporación ha expuesto en numerosas ocasiones que tratándose de empleados de libre nombramiento y remoción, estas circunstancias por sí solas no generan fuero alguno de estabilidad en el empleo pues pueden existir otras razones de buen servicio que hagan necesario y aconsejable el retiro del servicio público.

Sin embargo quedó probado que la persona que reemplazó al actor no cumplía los requisitos mínimos que el cargo exigía, desvirtuándose de esta forma la presunción de legalidad del acto acusado y configurándose la desviación de poder porque el nominador al expedir la declaración de insubsistencia no se basó en razones del mejoramiento del servicio ya que escogió en reemplazo del actor a una persona que no cumplía los requisitos mínimos para ejercer el empleo.

El nombramiento de una persona que no reúne los requisitos mínimos para el cargo no puede entenderse realizado en aras del buen servicio público pues aumenta el riesgo potencial de desmejorar el servicio, por lo tanto, t

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:04:03