Función Pública

Sentencia 02119 de 2013 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO
LICENCIA NO REMUNERADA – Desempeño de otro cargo en la rama judicial / REINTEGRO A CARGO EN PROPIEDAD – Terminación de la licencia no remunerada / PRORROGA DE LA LICENCIA NO REMUNERADA – No procede / RENUNCIA AL CARGO EN PROVISIONALIDAD – Imposibilidad de la licencia no remunerada

Vencido el término de la licencia no remunerada para el desempeño de otro empleo en la Rama, solamente era posible el reintegro al ejercido en propiedad que lo era el de Oficial Mayor del Juzgado Segundo de Familia de Itagüí, ante la imposibilidad de prorrogar la licencia no remunerada, o la renuncia a éste para continuar en el de Secretario en provisionalidad del Centro de Servicios, sin embargo el demandante presenta renuncia al empleo de Secretario del Circuito en provisionalidad del referido Centro de Servicios el 28 de enero de 2003 que le es aceptada por Resolución No. 001 de 2003 proferida por la Jueza Coordinadora con fecha 29 del mismo mes y año; y al de Oficial Mayor del Juzgado Segundo de Familia el 31 de enero del mismo año, que le es aceptada por Resolución No. 002 de 31 de enero de 2003. Implica lo anterior que, en sana lógica, el actor renunció primero al empleo de Secretario en provisionalidad y luego solicitó la prórroga de la licencia para continuar en el mismo, y bajo hipótesis de que se le negara la prórroga dispuso de su destino en el empleo en propiedad renunciando al mismo de manera subsidiaria.

CADUCIDAD – Concepto / CADUCIDAD - Término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción

Tal y como lo ha expresado reiteradamente la Jurisprudencia de esta Corporación, la caducidad ha sido entendida como el fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general, e impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Se trata entonces de una figura de orden público, lo que explica su carácter irrenunciable y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del Juez, cuando se verifique su ocurrencia. También es una carga procesal que debe cumplir quien esté interesado en acudir al aparato jurisdiccional y su omisión lo priva del ejercicio del derecho de acción. De otro lado, la justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de acciones como la de nulidad y restablecimiento del derecho, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general.

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA – No es constitutiva de excepción de fondo / LEGITIMACION EN LA CAUSA DE HECHO Y MATERIAL - Diferencia

Esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, o bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en

la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO – Naturaleza jurídica

Para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el interesado debe acreditar capacidad jurídica y procesal para actuar, asimismo, debe probar que agotó la vía gubernativa y ejercer la acción oportunamente, esto es, dentro del plazo previsto en la ley. Ahora bien, por regla general, la naturaleza del acto administrativo es lo que define el tipo de acción que debe ejercerse, si se trata de un acto administrativo de contenido particular y concreto, la acción apropiada sería la de nulidad y restablecimiento del derecho. En este caso, el juez administrativo no sólo examinará la legalidad de tal acto, sino que determinará el perjuicio que se haya causado. "La nulidad del acto administrativo que se declara tiene consecuencias inmediatas, directas y apropiables para quien demanda la lesión de su derecho". Los actos administrativos que lesionan el derecho amparado jurídicamente de una persona, que se retiran del ordenamiento jurídico producen un efecto automático de restablecimiento del derecho lesionado, así el juez no lo disponga expresamente, restablecimiento que está orientado por las particularidades que dieron origen al acto, es decir por las circunstancias de tiempo, modo, e incluso lugar que incidieron en su expedición y que son de orden subjetivo.

ACUMULACION DE PRETENSIONES – Acción de nulidad y restablecimiento de derecho

Lo primero que debe diferenciarse, es si la lesión del derecho amparado jurídicamente proviene de un acto administrativo, o de una pluralidad de actos administrativos. En el primer caso, habría que distinguirse si el objeto sobre el que recae el acto administrativo es único y unívoco, vale decir, si es un solo acto y sin otro de su especie, que además se predica de varios individuos con la misma significación. En el segundo caso, bien puede suceder que regulen situaciones idénticas, similares mas no iguales dadas por los destinatarios de cada acto administrativo quienes aportan el supuesto factico que le da origen al pronunciamiento. (...)Luego, solo es posible acumular pretensiones cuyos supuestos fácticos sean los mismos, iguales, de la misma naturaleza, o calidad, constantes, no variables y a los que se les puede dar el mismo valor, y ser apreciados de la misma manera por parte del juzgador, que bien se pueden contener en un solo acto o en una pluralidad de estos. Así las cosas, dada la naturaleza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, su carácter subjetivo implica que bien pueden acumularse la defensa del ordenamiento jurídico, con la reparación lo más cercana posible a su estado anterior de un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo lo que conlleva dentro de este contexto la acumulación entre otras, de la pretensión resarcitoria en sus diversas modalidades en tal virtud la excepción indebida acumulación de pretensiones no está llamada a prosperar.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 82

LICENCIA – Separación transitoria del ejercicio del cargo / LICENCIA NO REMUNERADA - Hasta por tres meses por cada año calendario, en forma continua o discontinua / LICENCIA - No es revocable ni prorrogable

La Ley 270 de 1996 establece que los funcionarios y empleados pueden hallarse en alguna de las siguientes situaciones administrativas: 1. En servicio activo, que comprende el desempeño de sus funciones, la comisión de servicios y la comisión especial; ó 2. Separados temporalmente del servicio de sus funciones, esto es: en licencia remunerada que comprende las que se derivan de la incapacidad por enfermedad o accidente de trabajo o por el hecho de la maternidad, y las no remuneradas; en uso de permiso; en vacaciones; suspendidos por medida penal o disciplinaria o prestando servicio militar. La licencia es la separación transitoria del ejercicio del cargo por solicitud propia que implica la interrupción de la relación laboral pública y la suspensión de los efectos jurídicos, y de los derechos y obligaciones del empleado. Esta situación administrativa está consagrada como derecho y prerrogativa al tenor de lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 270 de 1996. En efecto, el articulo 142 establece la situación administrativa de licencia no remunerada según la cual los funcionarios y empleados tienen derecho a licencia no remunerada hasta por tres meses por cada año calendario, en forma continua o discontinua según lo solicite el interesado. Esta licencia no es revocable ni prorrogable por quien la concede, pero es renunciable por el beneficiario. El superior la concederá teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 142

RETIRO DEL SERVICIO – Causales ordinarias y extraordinarias / RETIRO DEL SERVICIO – Renuncia / RENUNCIA – Manifestación escrita, espontánea, libre y voluntaria de retirarse del ejercicio de la función pública / RAMA JUDICIAL – Retiro del servicio por renuncia

Es el ejercicio de la autonomía de la voluntad, como expresión de la libertad, y del libre desarrollo de la personalidad garantizadas por el "Estado Social de Derecho" en tanto soportes del sistema democrático, que confiere al sujeto de derecho vinculado con la Administración un poder para generar una consecuencia jurídica a partir de su decisión de desvincularse, desligarse, o de romper la atadura jurídica de su condición de servidor público, lo que implica un acto dispositivo de su interés jurídicamente relevante de hacer dejación voluntaria, apartamiento del destino funcional que se ejerce necesariamente exteriorizado de manera libre voluntaria y espontánea, produce efectos jurídicos una vez la administración enterada de esta manifestación de voluntad la acoge vía acto administrativo. Aunado a lo anterior, es necesario precisar que el retiro 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. Conforme a estos preceptos, al nominador de la Rama Judicial le está vedado aceptar las renuncias que no contengan la voluntad inequívoca de separarse del empleo del que ha tomado posesión y además carecen de valor absoluto las que ponen en manos del nominador la suerte del funcionario o empleado.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 204 / DECRETO 1660 DE 1978 ARTICULO 122 / DECRETO 1660 DE 1978 ARTICULO 123 / DECRETO 1660 DE 1978 ARTICULO 124 / DECRETO 1660 DE 1978 ARTICULO 125

MEMORIAL – Solicita dos peticiones diferentes / ACTO ADMINISTRATIVO – Responde las peticiones

Se alega también en la demanda, que el Juez debió resolver esta petición en dos actos separados y en fechas diferentes ya que primero debió resolver sobre la petición de ampliación de la licencia, motivarla y notificarla y si la misma era nugatoria dicho acto administrativo por mandato legal debía insertarse en dicha resolución los recursos que procedían. Aclara el demandante como argumento en favor de su tesis, que en el término de notificación de la negatoria de la ampliación de la licencia, tenia espacio legal para retractarse de la renuncia y retirarla mediante escrito y así salvar el escollo de no ostentar dos cargos a la vez, hecho que no se presento sino que resolvió las dos solicitudes a la vez. Sin embargo, para la Sala esta argumentación no resulta de recibo dado que no existe norma alguna que avale tal postura argumentativa. Por el contrario el Código Contencioso Administrativo en su artículo 35 señala que en el acto administrativo en que se adopta la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, luego dado que la misiva contenía dos peticiones encaminadas en dos sentidos diversos, era perfectamente posible para el nominador adoptar la decisión respecto de las dos solicitudes en un solo acto administrativo. Tan cierto es lo anterior, que no se ve jurídicamente sustentable que el peticionario si pueda presentar en un solo memorial dos peticiones diferentes, pero la administración por el contrario, sólo pueda resolver por separado cada una de ellas. Tal argumento está en la lógica de lo absurdo y por consiguiente no cuenta con ningún tipo de respaldo jurídico, ni lógico.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013)

Rad. No.: 05001-23-31-000-2003-02119-01(1574-12)

Actor: REINALDO GUTIERREZ LONDOÑO

Demandado: NACION - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL AUTORIDADES NACIONALES - APELACIÓN SENTENCIA

ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 14 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, quien denegó las pretensiones de la demanda de la referencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, REINALDO GUTIERREZ LONDOÑO, a través de apoderada presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 02 de 31 de enero de 2003, proferida por el Juez Segundo de Familia de Itagüí, por medio de la cual denegó la prórroga de la licencia no remunerada que venía disfrutando el actor y en consecuencia aceptó la renuncia al cargo que desempeñaba.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la parte accionada a:

Reintegrar al mismo cargo, de Oficial Mayor Grado 09 en el Juzgado Segundo de Familia de Itagüí (Antioquia), en donde se encontraba en propiedad, sin solución de continuidad, sin que implique suspensión de los referidos derechos laborales.

Impetró la condena al reconocimiento y pago de perjuicios morales y materiales así como las indemnizaciones correspondientes a su derecho laboral.

Solicitó, además, que se condene a la entidad a que le pague las costas y agencias en derecho.[1]

1. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

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

El demandante ingreso a la Rama Judicial el 18 de mayo de 1980, desempeñando diversos cargos siendo los últimos Secretario Grado 09, Oficial Mayor o Sustanciador, y Secretario del Circuito nominado del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Itagüí Antioquia, éste en provisionalidad.

Desde el 1º de enero de 1991 hasta el 30 de noviembre de 1995 ostento el cargo de Oficial Mayor o Sustanciador Grado 9, en el Juzgado 15 Penal del Circuito de la ciudad de Medellín y a partir del 1º de diciembre de 1995, se desempeñó en el cargo de Sustanciador Grado 9 en el Juzgado 2º de Familia del Circuito Judicial de Itagüí Antioquia, por la conversión ordenada por Acuerdo 096 y 125 de 1995, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa-, cargo que ostentaba y desempeñaba en propiedad encontrándose inscrito en carrera.

El cargo de Oficial Mayor Grado 09 que venía ejerciendo en el Juzgado 2º de Familia de Itagüí Antioquia, lo ostento hasta el 31 de enero de 2001, en que fue aceptada la solicitud de licencia no remunerada, hasta por el término de dos años, que efectuó el 30 del mismo mes y año, siendo concedida mediante Resolución No. 003 de febrero 1º de 2001.

Para el 31 de enero de 2003 el demandante ostentaba el cargo de Secretario del Circuito Nominado del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados del Circuito Judicial de Itagüí, teniendo en cuenta que se le vencía la licencia el 1º de febrero de 2003, y dado que su deseo era continuar ocupando el cargo que desempeñaba en provisionalidad en el centro de Servicios Administrativos de los Juzgados del Circuito Judicial de Itagüí, a pesar que para la fecha los Jueces de ese circuito no le habían autorizado volver a reintegrarse por un día al cargo de Oficial Mayor y volver a solicitar una nueva licencia como lo prevé en su sentir la ley estatutaria, presentó al titular del despacho Juzgado Segundo de Familia de Itagüí solicitud de ampliación de la licencia que se le había otorgado y que se le vencía el primero de febrero de 2003, por el mismo tiempo que se le había concedido la anterior.

Como petición subsidiaria, si no le era concedida la ampliación de la licencia, presentó renuncia al cargo de Oficial Mayor Grado 09 que ostentaba en propiedad a partir del 1º de febrero de 2003.

Por Resolución No. 002 del 31 de enero de 2003 el Juez Segundo de Familia de Itagüí dio respuesta a la solicitud motivando en que las licencias tienen un límite y no son prorrogables negándole la solicitud de ampliación de licencia, y en consecuencia aceptando la renuncia presentada al cargo. [2]

2. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Señala como violados los arts. 84 y 85 del C.C.A. dado que el acto demandado contiene un acto administrativo y como tal debe conservar las ritualidades expresadas en la ley para que no se viole el debido proceso, es así que la citada resolución, en criterio de la parte actora, debe contener los recursos que proceden contra ella, que generalmente son los de reposición y en subsidio apelación, entendiéndose que estos no solo son en beneficio del administrado o particular, sino que va más allá en beneficio de la administración, para enderezar, corregir y prever sus actuaciones cuando por algún equivoco no están bien elaboradas, le da la oportunidad al funcionario competente que dictó la resolución de enderezarla a solicitud del particular o administrado.

Estima que todo acto administrativo debe contener como mínimo recurso de reposición, que aunque sea facultativo porque el mismo favorece el particular y a la administración que representa el interés general, por lo que deben estar contenidos estos recursos en forma expresa, señalando que se le debió dar la oportunidad al peticionario de presentarlo si estaba o no de acuerdo con la determinación.

Alude que la resolución citada viola el art. 84 del C.C.A. por haber sido proferida infringiendo normas de orden público como las procesales en que debía fundarse su expedición, que se hizo en forma irregular, como consecuencia el acto es nulo y al ser nulo se le otorga el amparo al Doctor Reinaldo Gutiérrez Londoño de accionar ante la jurisdicción solicitando su nulidad y que se le restablezca el derecho.[3]

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La apoderada judicial de la entidad demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda. Sostuvo que el demandante prestaba sus servicios a la Rama Judicial desde el 18 de mayo de 1980 desempeñando el cargo de Oficial Mayor del Juzgado Segundo de Familia de Itagüí despacho ante el cual presento solicitud de licencia no remunerada con el fin de ocupar en provisionalidad el cargo de Secretario del Circuito de ese municipio la cual fue aceptada a partir del 1º de febrero de 2001 mediante Resolución No. 003 de 2001.

Día antes de expirar la licencia y con el fin de permanecer en el cargo que ocupaba en provisionalidad en el Centro de Servicios Administrativos de Itagüí, el demandante solicita al Juez 2º de Familia de Itagüí la ampliación de la licencia no remunerada otorgada por Resolución No. 003 de febrero 1º de 2001 y en subsidio en caso de ser adversa dicha solicitud, la aceptación de la renuncia al cargo que ostenta en propiedad como Oficial Mayor. La solicitud de prórroga es denegada y le es aceptada la renuncia al cargo que desempeñaba en propiedad mediante Resolución No. 002 de 31 de enero de 2003.

Anota que el 28 de enero de 2003 a punto de finalizar la licencia de los dos años el demandante presento a la Juez Coordinadora de los Despachos Judiciales de Itagüí oficio mediante el cual le comunica que debía reintegrarse al cargo de Oficial Mayor en el Juzgado 2º de Familia de esa localidad, despacho donde el demandante ostentaba la propiedad. Alude que de manera textual manifiesta: “Por esta razón, debo renunciar a la Secretaria del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Itagüí a partir del 31 de enero del presente año.”

En ambos casos las resoluciones mediante las cuales se acepta una renuncia no son susceptibles de recurso habida cuenta de que su contenido formaliza la voluntad expresa e inequívoca del servidor público de dejar el cargo.

Refiere que se presume el interés del demandante de permanecer en el cargo de Secretario del Centro de Administrativo de Servicios al pedir la prórroga de la licencia en el Juzgado 2º de Familia de Itagüí y solicitar subsidiariamente se le aceptara la renuncia al cargo en caso de resolver negativamente su pretension, petición esta última a la que se accede por el titular del Despacho toda vez que concedida por espacio de dos años decide no renovarla fundamentados en la normatividad vigente sobre la materia.

Sutentado en el art. 142 de la Ley 270 de 1996, y el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996, señala que las licencias concedidas por el nominador del empleado o funcionario no son prorrogables y que el espíritu de la norma al conceder estas a los

servidores públicos de carrera es proveer de personal idóneo de la misma Rama Judicial a aquellos cargos que no cuentan con lista de elegibles para su provisión definitiva, lo que pretenden muchos funcionarios y empleados es el aprovechamiento económico de los cargos de remuneración más favorable por el mayor tiempo posible obstruyendo con ello el acceso de otras personas que por méritos propios están incluidas en lista de elegibles.

Por lo anterior estima el proceder del Juez Segundo de Familia de Itagüí ajustado a derecho.

Propone la excepción de caducidad porque desde la fecha de la notificación de la Resolución mediante la cual se acepta la renuncia el 3 de febrero de 2003 y la presentación de la demanda el 4 de junio de 2003, ésta se presentó dos días después de la caducidad de la demanda.[4]

Por su parte el demandado, en su condición de Juez Segundo de Familia de Itagüí, a través de apoderado al oponerse a las pretensiones de la demanda señala que al tenor del art. 142 de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia, la licencia no remunerada no es revocable ni prorrogable por quien concede, en prohibición tajante de la prorroga y más aún de la revocatoria unilateral por quien la concede. Señala que el accionante impetra solicitud de prórroga y en su defecto presenta renuncia al cargo en propiedad en el mismo escrito con la única finalidad de abrirse paso en la reelección para el que venía en provisionalidad, lo que se le resolvió en los términos legales y atendiendo la imposibilidad de la prórroga, no quedándole más al demandante que reintegrarse en tiempo al cargo o que renunciase a él que fue lo que ocurrió y que se le aceptó.

Señala que la resolución por medio de la cual se acepta la renuncia, lo que se hace es reconocer y legalizar la voluntad inequívoca del renunciante, resultando entonces que no pueda ser recurrible por el renunciante.

A él se le agota la vía con la comunicación que de ella se hace, no resultando posible que recurra.

Se refiere a no ser el acto demandado un acto complejo en razón del número de peticiones a resolver, sino en especial la pluralidad de voluntades, de consentimientos que forman el elemento voluntad o consentimiento que ha de estar inmerso en todo acto administrativo. El acto atacado es un acto simple que deviene de una sola voluntad, de un acto o etapa y que no requiere de un tercero u otra etapa para su estructuración.

Presenta las excepciones de caducidad, falta de legitimación por pasiva, indebida acumulación de pretensiones, ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y la genérica que aparezca de la causa.[5]

II. LA SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión en sentencia de marzo 14 de 2012, negó las súplicas de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Luego de referir a las excepciones de caducidad, y falta de legitimación en la causa por pasiva, que fueron propuestas, negando su prosperidad, alude a la regulación de la licencia no remunerada prevista en la Ley 270 de 1996 , artículo 142 parágrafo, señalando que dicha norma contempla una modalidad de licencia para el desempeño de otro cargo en la Rama Judicial, dicha norma se refiere a que los funcionarios y empleados en carrera tienen derecho a licencia cuando, hallándose en propiedad, pasen a ejercer hasta por el término de dos años un cargo vacante transitoriamente en la misma Rama Judicial.

La presunción de legalidad respecto del nombramiento hecho a un funcionario de la Rama judicial, para ejercer cargo distinto a aquel del cual es titular, cuyo ejercicio requiere se le otorgue licencia para tal fin, el cual asume en cumplimiento de funciones requeridas por el servicio judicial, por ello es entendido que la aceptación del nombramiento y la obtención de la licencia obedecen a su libre voluntad y es causa de la permanencia del servidor judicial en cargo distinto del que tiene asignado en carrera.

Agrega que los servidores a los cuales se aplica la referida licencia, destinada a permitir que aquellos ocupen otro cargo en la rama judicial en forma transitoria –hasta por dos años-, comprende hoy en día a los magistrados, jueces, fiscales y empleados judiciales, siempre que se encuentren inscritos en carrera y desempeñando el cargo en propiedad.

Con fundamento en jurisprudencia de ésta Corporación, expresa que toda persona que sirva un cargo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente, lo cual implica que la renuncia debe provenir del funcionario y que la manifestación escrita que él haga sobre el tópico ha de ser inequívoca vale decir que no exista duda de que desea desvincularse del servicio, que se encuentra claro su propósito de retirarse del cargo que desempeña, por motivos que el empelado no está obligado a explicar y que sólo a él interesan.

Luego de hacer alusión al retiro del servicio y a la renuncia como una de las causales previstas en la Ley 270 de 1996 y el Decreto 1660 de 1978, concluye, una vez transcrito el oficio de renuncia, que el actor obro con plena libertad y sin haber sido sometido a inducción o coacción alguna por parte del Juez Segundo de Familia de Itagüí que viciara su manifestación de voluntad.

Observó el Tribunal que el querer del actor fue el de permanecer al servicio de la Rama Judicial, pero vinculado al Centro de Servicios Administrativos del Circuito de Itagüí, amparado en una licencia no remunerada, sin embargo debido a que su situación no encuadró en la regulación que al respecto determinó la Ley 270 de 1996 debió regresar al empleo de oficial mayor, del cual dimitió, por lo que no puede señalar que primero debía resolverse la petición tendiente a conceder la prórroga de la licencia y luego de ello si entrar a resolver la renuncia de su cargo que ostentaba en propiedad.

Lo anterior por cuanto no hay norma que legalmente establezca que las pretensiones al ser subsidiarias unas de otras deben resolverse en actos diferentes, por cuanto el objeto de los actos administrativos es que en ellos se deban decidir todas las peticiones formuladas incluso pueden involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos.

Con fundamento en el artículo 35 del C.C.A. señala que la administración no incurrió en error al resolver en un primer punto lo referente a la prórroga de la licencia y en un segundo punto, tal como lo solicitó el interesado al indicar que si la primera pretensión era desfavorable le fuera resuelta la segunda, procedió a aceptar la renuncia al cargo que venía ostentando en propiedad y al que debía reingresar.

Además de lo anterior, el día que presentó dicha solicitud el 31 de enero de 2003, era la fecha máxima que tenía para reintegrarse al cargo, habida cuenta que ese día se vencían los dos años de la licencia, razón por la cual no podía el nominador permitir que el actor permaneciera en el empleo que ostentaba en razón de la licencia, mientras esperaba a presentar los recursos sobre la negativa de la prorroga y a que la administración se pronunciara sobre su renuncia, razón por la cual se encuentra que el nominador debía resolver en la misma fecha las dos peticiones.

Con fundamento en el artículo 135 Nral 3º del C.C.A. señala que si del texto de la resolución se infiere que no se indica los recursos que contra dicho acto podían interponerse, razón por la que si las autoridades administrativas no han dado la oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos, teniendo en cuenta además que la instancia jurisdiccional es también un espacio propicio para que la persona inconforme con la decisión de la administración ejerza su defensa en contra de una supuesta ilegalidad del acto.

En ese orden de ideas, estimó que no se probó que hubiese existido además de lo alegado por el actor, coacción y constreñimiento por parte del superior quien expidió el acto acusado para que presentara renuncia al empleo, por lo que concluyó que no se logro desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto acusado.[6]

III. LA APELACIÓN.

El demandante en representación propia interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído[7] bajo los argumentos que se sintetizan así:

Frente a la tesis del Tribunal, no comparte los argumentos de la sentencia, en primer lugar porque la fundamentación y la prueba de las pretensiones está en los hechos y documentos aportados en la demanda, tal como se expuso y probo con la documental en el hecho cuarto de la demanda, donde el libelista demostró que solicitó una ampliación de la licencia por el mismo tiempo que ya se le había otorgado a partir del 1º de febrero del 2001, ampliación que pretendió el día 31 de enero de 2003, antes que se le venciera la anterior, el día 1º de febrero del mismo año. Con esta petición se formuló una subsidiaria de renuncia al cargo, significaba según el actor, que el Juez que ostentaba la titularidad del Despacho judicial donde el actor tenía la propiedad debió resolver sobre la solicitud de la ampliación de licencia en dos actos administrativos separados y en fechas diferentes ya que el primero debió resolver sobre la solicitud de la ampliación de licencia, motivarla y notificarla y si la misma era nugatoria dicho acto administrativo por mandato legal debía insertarse en dicha resolución los recursos procedentes y una vez en firme estos recursos pronunciarse sobre la otra solicitud si el peticionario no retiraba la petición de renuncia.

Aclara que en el término de notificación de la nugatoria de la ampliación de la licencia, el demandante tenía espacio legal para retractarse de la renuncia y retirarla mediante escrito y así salvar el escollo de no ostentar dos cargos a la vez, hecho que no se presentó sino que por el contrario resolvió las dos peticiones mediante un acto administrativo Resolución No. 002 de 31 de enero de 2003, acto que no se ajusta a los mandatos legales teniendo en cuenta que el mismo involucra un acto complejo, razón por la que estima debían ser dos actos administrativos separados y en fechas de notificación distinta, manifestando los recursos que proceden contra la decisión tomada por el operador jurídico que emite el acto administrativo.

Agrega que la falta de legalidad en este acto administrativo violenta el orden jurídico prestablecido por el legislador, dejando al administrado sin la posibilidad de atacar la decisión que le afecta, y a la administración sin derecho de enderezar o corregir sus actuaciones cuando las mismas están desprovistas de legalidad, como en este caso.

Agrega que está demostrado en el proceso que la renuncia subsidiaria que presento el demandante a la petición de ampliación de licencia, fue sometida a una fuerza mayor, esto es, a una situación coyuntural que se le presento para la fecha de 31 de enero de 2003, ya que se le vencía la licencia el 1º de febrero de 2003 y no podía ostentar dos cargos a la vez en la Rama Judicial lo que era causal de mala conducta y podía iniciarse en su contra una investigación disciplinaria, y para poder continuar con el cargo de Secretario Administrativo de Juzgado de Circuito de Itagüí tenía que obtener la ampliación de la licencia y subsidiariamente “solicitar” (sic) la renuncia y con ello estaba demostrando que se encontraba en espera que se solucionara el impase coyuntural que los jueces de Itagüí le permitieran, por un día, ocupar el cargo de Grado 09 en el citado juzgado de familia de Itagüí. Estima que lo pudo haber realizado dentro de los términos de los recursos que por ley se le debieron otorgar en el acto administrativo y obtener la ampliación de la licencia y por ende la renuncia presentada subsidiariamente ya no procedía.[8]

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

Tanto la parte demandante, como la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.[9]

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico por resolver es, si la Resolución No. 002 del 31 de enero de 2003, proferida por Juez Segundo de Familia por medio de la cual denegó la prórroga de la licencia no remunerada y en consecuencia aceptó la renuncia al cargo de Oficial Mayor Grado 09 en propiedad del cual era titular el demandante se encuentra ajustada a derecho.

Para resolver, este aserto se debe establecer si al demandante, por desempeñar en propiedad un cargo de carrera en el Juzgado Segundo de Familia de Itagüí, lo cobijaba algún tipo de prerrogativa para continuar disfrutando de licencia no remunerada una vez vencido el periodo para mantener el desempeño de otro cargo en la Rama Judicial, de la renuncia como causal de retiro del servicio y si la naturaleza del acto administrativo que se impugna permite efectivamente decidir un solo asunto y omitir los recursos procedentes.

CUESTION PREVIA – LAS EXCEPCIONES

Se presentan como excepciones, por la entidad la de caducidad de la acción. A su turno el Juez que expidiera el acto impugnado propone

igualmente caducidad, y falta de legitimación en la causa por pasiva, indebida acumulación de pretensiones e ineptitud de la demanda, así como la innominada.[10]

1. DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Tal y como lo ha expresado reiteradamente la Jurisprudencia de esta Corporación,[11] la caducidad ha sido entendida como el fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia.[12]

Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general, e impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso.

Se trata entonces de una figura de orden público, lo que explica su carácter irrenunciable y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del Juez, cuando se verifique su ocurrencia.[13] También es una carga procesal que debe cumplir quien esté interesado en acudir al aparato jurisdiccional y su omisión lo priva del ejercicio del derecho de acción.

De otro lado, la justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de acciones como la de nulidad y restablecimiento del derecho, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general.

En suma, la caducidad comporta el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción y constituye un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos y entre estos y el Estado. El derecho al acceso a la administración de justicia, garantizado con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, conlleva el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual se han establecido legalmente términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial.

Finalmente, cabe precisar que en tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A. prevé que la misma caduca al cabo de 4 meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso, salvo que se trate de actos que reconozcan o nieguen prestaciones periódicas los cuales podrán demandarse en cualquier tiempo.

Así las cosas, en el presente asunto el accionante fue notificado del acto cuestionado el día 03 de febrero de 2003[14] luego el termino de caducidad de cuatro (4) meses de que trata la norma en cita se cuenta a partir del día siguiente al de la notificación del acto, es decir que empezaba a contar el día 04 de febrero y vencía cuatro meses después, esto es el 04 junio.

En efecto, el demandante presentó su demanda el día 04 de junio de 2003[15] es decir dentro del término de caducidad porque en este caso el día 04 de junio era el último día hábil, procesalmente hablando, dentro del cual podía válidamente presentarse la demanda como en efecto aconteció.

En ese orden de ideas, la demanda fue presentada dentro de oportunidad legal cumpliéndose con este presupuesto procesal, razón por la que habrá de negarse su prosperidad.

2. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA.

Esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, o bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra[16].

En el presente asunto, no hay lugar a declarar la prosperidad de esta excepción dado que no solo el excepcionante Jesús Antonio Zuluaga Ossa fue quien, en su condición de Juez Segundo de Familia de Itagüí profirió el acto acusado y entiende la Sala que en tal condición fue demandado, sino que además, es al interior de este proceso que en tal condición se dilucida si su actuar se ajustó a derecho y por consiguiente si su responsabilidad personal resulta comprometida, por lo tanto se encuentra habilitado para contradecir las pretensiones de la demanda, en tal sentido la excepción de falta de legitimación en la causa no está llamada a prosperar.

3. INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES.

Se plantea la existencia de indebida acumulación de pretensiones en tanto, se solicita se condene a los demandados, en perjuicio de orden moral y material, y las indemnizaciones correspondientes a la vulneración de su derecho laboral, que estima incompatible en su proposición, por no acompasarse con los postulados del artículo 82 del C.P.C. en armonía con el artículo 145 ídem.

3.1. Naturaleza Jurídica de La Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

El Código Contencioso Administrativo Decreto 01 de 1984, derogado el 2 de julio de 2012 por la Ley 1437 de 2011, bajo cuya norma transicional prevista en el artículo 308 se concluye el presente proceso, señala en su artículo 85 lo siguiente:

ARTICULO 85. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. <*Subrogado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:*> Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente. –Negrilla del despacho-

Las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por objeto que se declare la nulidad de actos administrativos que infringen normas de carácter superior. No obstante, mientras que con la acción de simple nulidad se persigue la defensa de la legalidad, del orden jurídico en abstracto, conocida como contencioso objetivo de nulidad, con la de restablecimiento del derecho se busca no sólo la defensa del ordenamiento jurídico, sino la reparación lo más cercana posible a su estado anterior de un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo. A diferencia de la acción de simple nulidad, que puede ser ejercida por cualquier persona, en cualquier tiempo y sin necesidad de agotar vía gubernativa, la de nulidad y restablecimiento del derecho sólo puede ejercerla la persona que crea que se le ha causado un perjuicio, es decir, aquélla que es la titular del derecho supuestamente quebrantado por el acto administrativo. En este caso, la fuente de la lesión del derecho amparado en una norma jurídica que genera el perjuicio cuyo restablecimiento o indemnización se persigue, es un acto administrativo, siendo entonces que el derecho lesionado es de carácter individual, al igual que el destinatario del restablecimiento o la indemnización en su caso y la prestación que esta supone.

Para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el interesado debe acreditar capacidad jurídica y procesal para actuar, asimismo, debe probar que agotó la vía gubernativa y ejercer la acción oportunamente, esto es, dentro del plazo previsto en la ley. Ahora bien, por regla general, la naturaleza del acto administrativo es lo que define el tipo de acción que debe ejercerse, si se trata de un acto administrativo de contenido particular y concreto, la acción apropiada sería la de nulidad y restablecimiento del derecho. En este caso, el juez

administrativo no sólo examinará la legalidad de tal acto, sino que determinará el perjuicio que se haya causado. "La nulidad del acto administrativo que se declara tiene consecuencias inmediatas, directas y apropiables para quien demanda la lesión de su derecho".[17] Los actos administrativos que lesionan el derecho amparado jurídicamente de una persona, que se retiran del ordenamiento jurídico producen un efecto automático de restablecimiento del derecho lesionado, así el juez no lo disponga expresamente, restablecimiento que está orientado por las particularidades que dieron origen al acto, es decir por las circunstancias de tiempo, modo, e incluso lugar que incidieron en su expedición y que son de orden subjetivo.

3.2. Acumulación de Pretensiones en Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

La anterior argumentación, plantea un interrogante atendiendo la naturaleza de la acción, y es, si se pueden acumular pretensiones de carácter subjetivo.

Lo primero que debe diferenciarse, es si la lesión del derecho amparado jurídicamente proviene de un acto administrativo, o de una pluralidad de actos administrativos. En el primer caso, habría que distinguirse si el objeto sobre el que recae el acto administrativo es único y unívoco, vale decir, si es un solo acto y sin otro de su especie, que además se predica de varios individuos con la misma significación. En el segundo caso, bien puede suceder que regulen situaciones idénticas, similares mas no iguales dadas por los destinatarios de cada acto administrativo quienes aportan el supuesto factico que le da origen al pronunciamiento.

Para resolver el primer interrogante, debe acudirse a la remisión que por virtud del artículo 267 del C.C.A. se hace al artículo 82 del C.P.C., sobre el que ya esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en pretérita oportunidad en los siguientes términos:

"Dispone el inciso 3° del artículo 82 del C. de P.C., que pueden formularse en una misma demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que éstas provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas.

Como puede observarse, aun cuando se trata de los mismos actos administrativos, éstos producen efectos individuales para cada uno de los actores, por lo que no puede decirse que sus pretensiones tengan una causa común; tampoco existe dependencia entre las pretensiones de uno y otro demandante, ni las pruebas son comunes, pues en cada caso deberán probarse los vicios que se endilgan al acto y las circunstancias del restablecimiento del derecho pretendido que son particulares y especificas sin relación alguna entre sí.

Asimismo, el vínculo que une a cada uno de los peticionarios con la administración es particular y concreto; los servicios prestados por cada cual son personales y generan derechos individuales; y el hecho de que se invoquen como vulneradas unas mismas normas, no significa que exista unidad de causa, pues la causa de la pretensión la integran los hechos constitutivos (no accesorios, circunstanciales o complementarios) de la relación sustancial debatida.

Pero además, existen pretensiones económicas que en el evento de prosperar tienen connotación diferente para cada uno de los peticionarios, dependiendo del salario, tiempo de servicios y demás circunstancias que se toman en consideración bajo un régimen normativo específico, lo que no deja duda acerca de que el objeto de las demandas no es el mismo y que hay imposibilidad legal de acumular las pretensiones dentro de un mismo proceso."[18]

Luego, solo es posible acumular pretensiones cuyos supuestos fácticos sean los mismos, iguales, de la misma naturaleza, o calidad, constantes, no variables y a los que se les puede dar el mismo valor, y ser apreciados de la misma manera por parte del juzgador, que bien se pueden contener en un solo acto o en una pluralidad de estos.

Así las cosas, dada la naturaleza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, su carácter subjetivo implica que bien pueden acumularse la defensa del ordenamiento jurídico, con la reparación lo más cercana posible a su estado anterior de un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo lo que conlleva dentro de este contexto la acumulación entre otras, de la pretensión resarcitoria en sus diversas modalidades en tal virtud la excepción indebida acumulación de pretensiones no está llamada a prosperar.

4. INEPTUTUD DE LA DEMANDA

Que fundamenta no solo en la indebida acumulación de pretensiones ya resuelta, sino en que no se presentó prueba de la calidad en que se cita al demandado como Juez 2º de Familia de Itagüí como ha debido serlo porque no se pide su acreditación, ni se allega anexo que de cuenta del nombramiento y posesión en el cargo.

Al respecto vale decir que el acto acusado, esto es, la Resolución No. 002 de enero 31 de 2003 no se ha tachado de documento falso, y por virtud de la presunción de legalidad que acompaña a los actos administrativos, quien pretenda desvirtuarla, tiene la carga de probar los vicios de nulidad que afectan el acto, situación que debe verificarse sustancialmente, sin embrago frente a este particular argumento debe decirse que el excepcionante se limitó a cuestionar la ausencia de acreditación de quien fungía como Juez 2º de Familia de Itagüí, lo que en manera alguna afecta la idoneidad de la demanda para producir un pronunciamiento de fondo. La excepción de ineptitud de la demanda no está llamada a prosperar.

DE LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS - LA LICENCIA NO REMUNERADA

La Ley 270 de 1996 establece que los funcionarios y empleados pueden hallarse en alguna de las siguientes situaciones administrativas: 1. En servicio activo, que comprende el desempeño de sus funciones, la comisión de servicios y la comisión especial; ó 2. Separados temporalmente del servicio de sus funciones, esto es: en licencia remunerada que comprende las que se derivan de la incapacidad por enfermedad o accidente de trabajo o por el hecho de la maternidad, y las no remuneradas; en uso de permiso; en vacaciones; suspendidos por medida penal o disciplinaria o prestando servicio militar.

La licencia es la separación transitoria del ejercicio del cargo por solicitud propia que implica la interrupción de la relación laboral pública y la suspensión de los efectos jurídicos, y de los derechos y obligaciones del empleado. Esta situación administrativa está consagrada como derecho y prerrogativa al tenor de lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 270 de 1996.

En efecto, el articulo 142 establece la situación administrativa de licencia no remunerada[19] según la cual los funcionarios y empleados tienen derecho a licencia no remunerada hasta por tres meses por cada año calendario, en forma continua o discontinua según lo solicite el interesado. Esta licencia no es revocable ni prorrogable por quien la concede, pero es renunciable por el beneficiario. El superior la concederá teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

Así mismo, se concederá licencia no remunerada a los funcionarios de Carrera para proseguir cursos de especialización hasta por dos años o actividades de docencia, investigación o asesoría científica al Estado hasta por un año, previo concepto favorable de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Finalmente el parágrafo de la misma norma establece que los funcionarios y empleados en Carrera también tienen derecho a licencia, cuando hallándose en propiedad pasen a ejercer hasta por el término de dos años, un cargo vacante transitoriamente en la Rama Judicial.

Es claro que la redacción que se consignó en el art. 142 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la licencia no remunerada no comporta prórroga del termino previsto para desempeñar otro cargo en la Rama una vez finiquitado el término de dos años, término que se advierte prudencial para efectos de que se convoque a concurso el cargo así provisto en provisionalidad, si es de aquellos que pertenece a carrera, o en su defecto para que, si es de aquellos sometidos al régimen de libre nombramiento y remoción, el titular decida su permanencia en el mismo o su reintegro al cargo en propiedad, renunciando a cualquiera de los dos destinos, el de propiedad en cuya licencia desempeña otro empleo, o al otro para reintegrarse al empleo en propiedad.

DE LA RENUNCIA COMO CAUSAL DE RETIRO DEL SERVICIO.

Las causales de retiro del servicio pueden ser divididas en ordinarias y extraordinarias. Las ordinarias consisten en el retiro forzoso por el

cumplimiento de la edad de retiro que actualmente se encuentra en sesenta y cinco (65) años, la jubilación voluntaria o retiro con derecho a pensión de jubilación, que se puede solicitar una vez cumplidos los requisitos legales previstos atendiendo el régimen aplicable, vencimiento del periodo para el cual fue elegido.

Entre las extraordinarias podemos contar la renuncia, supresión del Despacho o del empleo, jubilación por incapacidad o invalidez absoluta declarada por autoridad competente, separación del servicio por sanción disciplinaria de destitución, pena principal o accesoria de inhabilitación de funciones, abandono del cargo, declaratoria de insubsistencia, y por la muerte del empleado. Estas causales encuentran su estipulación en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996[20].

Entre las causales de retiro del servicio el legislador previó la renuncia regularmente aceptada de un cargo público; entendida como la manifestación escrita, espontánea, libre y voluntaria de retirarse definitivamente del ejercicio de la función pública.

Así, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, cuando el servidor público opta por retirarse del servicio mediante la presentación de su renuncia, la dimisión ha de tener su origen o su fuente generatriz en el libre, franco y espontáneo impulso psíquico y querer del sujeto, que descifran su plena voluntad. Lo anterior, de conformidad con el artículo 26 de la Constitución Política, constituye un desarrollo del derecho de "escogencia de profesión u oficio"[21]

En ese sentido, es el ejercicio de la autonomía de la voluntad, como expresión de la libertad, y del libre desarrollo de la personalidad garantizadas por el "Estado Social de Derecho" en tanto soportes del sistema democrático, que confiere al sujeto de derecho vinculado con la Administración un poder para generar una consecuencia jurídica a partir de su decisión de desvincularse, desligarse, o de romper la atadura jurídica de su condición de servidor público, lo que implica un acto dispositivo de su interés jurídicamente relevante de hacer dejación voluntaria, apartamiento del destino funcional que se ejerce necesariamente exteriorizado de manera libre voluntaria y espontánea, produce efectos jurídicos una vez la administración enterada de esta manifestación de voluntad la acoge vía acto administrativo.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar que el retiro 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[22]. Conforme a estos preceptos, al nominador de la Rama Judicial le está vedado aceptar las renuncias que no contengan la voluntad inequívoca de separarse del empleo del que ha tomado posesión y además carecen de valor absoluto las que ponen en manos del nominador la suerte del funcionario o empleado.

EL CASO CONCERTO:-

La Resolución No. 002 del 31 de enero de 2003 proferida por el Juez de Segundo de Familia de Itagüí, acto acusado, se fundamenta en la misiva presentada por el actor donde da cuenta de la situación particular en la que se encontraba.

Efectivamente, acreditado se encuentra que el señor Reinaldo Gutiérrez Londoño fue nombrado en provisionalidad por Resolución No. 001 de 2001 expedida por la Jueza Coordinadora del Centro de Servicios Administrativos de Itagüí, en el cargo de Secretario de Circuito Nominado del referido centro de Servicios[23].

Para efectos de tomar posesión, por Resolución No. 003 de febrero 1º de 2001, proferida por el Juez Segundo de Familia de Itagüí se concedió licencia no remunerada en el cargo de sustanciador por el término de dos (2) años, a partir del día 1º de febrero de 2001.[24]

Igualmente se demostró que el demandante tomó posesión del cargo de Secretario de Circuito nominado del Centro de Servicios Administrativos el 1º de febrero de 2001, ante la misma Jueza coordinadora del centro de Servicios Administrativos de Itagüí.[25]

El 28 de enero de 2003 el actor se dirige a la Jueza coordinadora del Centro de Servicios Administrativos y le manifiesta:

"Respetuosamente le estoy comunicando, que la licencia que me fue concedida por el señor Juez Segundo de Familia de esta Ciudad para ocupar el cargo que desempeño, vence el próximo 1º de febrero, por consiguiente debo reintegrarme al juzgado como Oficial Mayor para no perder la propiedad.

"Por esta razón, debo renunciar a la Secretaria del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Itagüí, a partir del 31 de enero del presente año.

No obstante y con el debido respeto, quiero que se someta mi nombre a consideración de los señores Jueces para continuar al mando de los destinos de la Oficina como Secretario Nominado."[26]

Por Resolución No. 001 de fecha 29 de enero de 2003 proferida por la Jueza Coordinadora del centro de Servicios Administrativos, en atención a que el señor Reinaldo Gutiérrez Londoño, "*quien venía desempeñando el cargo de Secretario de Circuito de este Centro en provisionalidad, presentó renuncia al cargo desde el 28 de enero del presente año.",* y que en reunión de Jueces del 29 de enero de 2003 le fue aceptada la renuncia al empleo que venía desempeñando, resolvió en acto administrativo aceptar la renuncia al cargo de Secretario de Circuito de Servicios al demandante.[27]

El 29 de enero de 2003, la Jueza Coordinadora del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Itagüí, en misiva dirigida al hoy demandante, hasta entonces Secretario del Centro de Servicios en provisionalidad, le notifica que en reunión de Jueces celebrada el mismo día a las 11:00 a.m. con la presencia del Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura, le acepta la renuncia del cargo de Secretario del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de la localidad a partir del 1º de febrero del referido año, siendo notificada el 30 de enero de 2003.[28]

Se encuentra acreditado en el proceso que en oficio No. 006 de fecha 31 de enero de 2003, dirigido al Juez Segundo de Familia de Itagüí el actor dimitió, expresamente manifestó:

"…Con todo el respeto que usted me merece doctor ANTONIO en su calidad de regente del JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA de la municipalidad de Itagüí Antioquia; despacho judicial en el cual tengo el cargo de Oficial MAYOR EN PROPIEDAD. Como es sabido por usted que vengo gozando en este cargo de una licencia no remunerada partir (sic) *del día 1º de febrero del año 2001, por un tiempo límite de dos años; licencia esta que solicité a fin de ejercer otro cargo superior en el CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS de este Circuito, como Secretario general Administrativo.*(sic) *Es así que a la fecha sigo ostentando dicho cargo pues el mismo no ha salido a concurso, lo que significa que lo puedo seguir desempeñando hasta que opere el fenómeno del concurso y al cual puedo concursar.* (Sic).

Con base en lo expuesto, y a la norma legal que lo autoriza Decreto 052 de 1987 artículo 130, solicito a usted se me amplíe esta licencia hasta que defina el concurso del cargo que actualmente desempeño como SECRETARIO ADMINISTRATIVO, amén de lo anterior estoy en espera de una respuesta por parte del órgano competente para ello con relación a solucionar el imperativo de conservar la propiedad como OFICIAL MAYOR que para ello eleve consulta por intermedio de la COORDINACION DE LOS JUZGADOS DE ITAGÜI, con el fin de que me definiera si continuaba en el cargo de secretario administrativo antes de que se venciera LA LICENCIA otorgado (sic) *por su despacho. En vista de que la licencia se vence hoy 31 de enero de 2003, me veo avocado a presentarle esta solicitud. De ser adversa, como subsidiaria RENUNCIO AL CARGO DE OFICIAL MAYOR GRADO NUEVE de su digno Despacho a partir del 1º de febrero de 2003. … "*[29]

Conforme al texto trascrito, se evidencia que el actor puso en manos del nominador su permanencia en el cargo de Oficial Mayor Grado 09 del Juzgado Segundo de Familia de Itagüí, sustentado en la solicitud de ampliación de la licencia no remunerada para continuar desempeñando el cargo de Secretario del Centro de Servicios y, en todo caso, en su vinculación en provisionalidad en el empleo de Secretario del Centro de Servicios Administrativos de Itagüí que venía desempeñando.

Lo que quiere decir que el demandante, según su misiva, aspiró a la prórroga de la licencia no remunerada con fundamento en el artículo 130 del Decreto 052 de 1987 cuyo texto señalaba:

Artículo 130. Los servidores de la Rama Jurisdiccional y de las fiscalías tendrán derecho a licencia no remunerada hasta por tres (3) meses en el año y cuando pasa a ejercer transitoriamente otro cargo, hasta el límite del período del que ejerza en propiedad.

Sin embargo, esta norma para la fecha en que fue invocada por el actor en su misiva de solicitud de prórroga, se encontraba derogada por virtud del artículo 204[30] de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, toda vez que las normas del referido Decreto 052 de 1987 se avalaron en el entendido que sus disposiciones no sean contrarias a la Constitución Política y a la ley, y resulta que la Ley Estatutaria regula en integridad la licencia no remunerada para desempeñar otro cargo en la Rama Judicial, bajo el supuesto que los nombramientos en el nuevo régimen de la función judicial previsto al amparo de la nueva Constitución Política no son por regla general de periodo, como en otrora época se previó para el nombramiento de jueces cuyo periodo era de dos años.

Por consiguiente, vencido el término de la licencia no remunerada para el desempeño de otro empleo en la Rama, solamente era posible el reintegro al ejercido en propiedad que lo era el de Oficial Mayor del Juzgado Segundo de Familia de Itagüí, ante la imposibilidad de prorrogar la licencia no remunerada, o la renuncia a éste para continuar en el de Secretario en provisionalidad del Centro de Servicios, sin embargo el demandante presenta renuncia al empleo de Secretario del Circuito en provisionalidad del referido Centro de Servicios el 28 de enero de 2003[31] que le es aceptada por Resolución No. 001 de 2003 proferida por la Jueza Coordinadora con fecha 29 del mismo mes y año; y al de Oficial Mayor del Juzgado Segundo de Familia el 31 de enero del mismo año, que le es aceptada por Resolución No. 002 de 31 de enero de 2003.

Implica lo anterior que, en sana lógica, el actor renunció primero al empleo de Secretario en provisionalidad y luego solicitó la prórroga de la licencia para continuar en el mismo, y bajo hipótesis de que se le negara la prórroga dispuso de su destino en el empleo en propiedad renunciando al mismo de manera subsidiaria.

Se alega también en la demanda, que el Juez debió resolver esta petición en dos actos separados y en fechas diferentes ya que primero debió resolver sobre la petición de ampliación de la licencia, motivarla y notificarla y si la misma era nugatoria dicho acto administrativo por mandato legal debía insertarse en dicha resolución los recursos que procedían.

Aclara el demandante como argumento en favor de su tesis, que en el término de notificación de la negatoria de la ampliación de la licencia, tenia espacio legal para retractarse de la renuncia y retirarla mediante escrito y así salvar el escollo de no ostentar dos cargos a la vez, hecho que no se presento sino que resolvió las dos solicitudes a la vez.

Sin embargo, para la Sala esta argumentación no resulta de recibo dado que no existe norma alguna que avale tal postura argumentativa. Por el contrario el Código Contencioso Administrativo en su artículo 35[32] señala que en el acto administrativo en que se adopta la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, luego dado que la misiva contenía dos peticiones encaminadas en dos sentidos diversos, era perfectamente posible para el nominador adoptar la decisión respecto de las dos solicitudes en un solo acto administrativo.

Tan cierto es lo anterior, que no se ve jurídicamente sustentable que el peticionario si pueda presentar en un solo memorial dos peticiones diferentes, pero la administración por el contrario, sólo pueda resolver por separado cada una de ellas. Tal argumento está en la lógica de lo absurdo y por consiguiente no cuenta con ningún tipo de respaldo jurídico, ni lógico.

De otro lado, para la Sala resulta probado que por la amplia experiencia del actor al interior de la Rama Judicial, dada la antigüedad de su vinculación[33], no puede pensarse que desconocía la forma como opera la licencia no remunerada para ocupar otro cargo en la Rama Judicial que prevé el art. 142 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y que da como término máximo el de dos años para tal eventualidad, sin que vencido dicho termino sea posible pensar en su prorroga porque la misma no es posible que supere los dos años previstos en aquella norma.

Ahora, es indudable que al acto administrativo que se demanda le resultan perfectamente aplicables las normas de la parte primera del Código Contencioso Administrativo, dado que se expidió en ejercicio de función administrativa al interior del Juzgado Segundo de Familia de Itagüí, y con él se concluyó un procedimiento administrativo encaminado a definir la situación laboral del demandante. El artículo 66 del C.C.A[34] señala claramente cuando quedan en firme los actos administrativos, siendo una de las hipótesis la que señala la improcedencia de recursos por vía administrativa quedando por consiguiente agotada la vía gubernativa[35] con el único fin de quedar habilitado para acudir ante el Juez de la

Administración, esto es, la Jurisdicción Contenciosa.

Por lo anterior, resulta probado que dada la naturaleza del acto acusado, el que acepta la expresión de la autonomía de la voluntad en cabeza del actor manifestada a través la renuncia a su empleo, presentada de manera libre espontánea y voluntaria, ajena a cualquier forma o vicio invalidante de la misma, no se advierte y el ordenamiento no lo prevé así, que el mismo sea susceptible de recursos en vía administrativa, quedando agotada esta vía gubernativa, abriéndose paso la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

No queda la actividad de la administración supeditada a los vaivenes de la voluntad del titular de una determinada situación jurídica, para efectos de su resolución, sino que efectuada la manifestación de voluntad libre de todo apremio, fuerza o violencia, la administración está en la obligación de decidir, siendo que en este caso, dada la premura del tiempo con que contaba debía hacerlo antes de la fecha en la cual la renuncia presentada debía hacerse efectiva según la voluntad del hoy demandante.

Finalmente advierte el actor en su escrito de apelación que la petición de ampliación de renuncia estaba sometida a una fuerza mayor, a una situación coyuntural que se le presentó para el 31 de enero de 2003 ya que se le vencía la licencia y no podía ostentar dos cargos a la vez.

Al respecto baste decir, que tal circunstancia puesta de presente no reviste la connotación de evento externo que – por sus características de imprevisible e irresistible - impide la adopción de una decisión consiente de parte del demandante. En efecto, para la Sala en este caso no se configura la fuerza mayor alegada por el demandante y en esa medida no resulta en manera alguna atendible como argumento para justificar la impericia jurídica observada por el demandante.

Suficientes resultan estos argumentos para confirmar la decisión adoptada por el *a-quo,* en tanto no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara al acto acusado, con la adición de declarar no probadas todas las excepciones propuestas por los argumentos aquí expuestos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-Sección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO: Adicionase la providencia recurrida, en el siguiente sentido:

NIEGANSE las excepciones propuestas.

SEGUNDO: CONFÍRMASE en lo demás, la sentencia de 14 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia Sala de Descongestión, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por Reinaldo Gutierrez Londoño contra la Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Flios 13-14

2 Flios 15-17

3 Flios 15-18

4 Flios 62-73

5 Flios 74-83

6 Flios 271-279

7fls. 283-288

8 Flios 283-288

9 Flios 812-817

10 Flios 79-81

[11] Ver, entre otras, las sentencias de la Sección Segunda, Subsección B, de 24 de marzo de 2011, Exp. N° 1389 de 2010. Actor: Fabio Alberto Gutiérrez Franklin. Magistrado Ponente: íctor Hernando Alvarado Ardila; y de 26 de marzo de 2009. Expediente N° 1134-07 Actor: José Luís Acuña Henríquez. Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve

12 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION A. Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá D. C., seis (6) de junio de dos mil doce (2012.) Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00755-01(1132-11). Actor: JULIA ESTHER PAEZ PEREZ

13 En este mismo sentido, se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

14 Flios 4

15 Flio 19

16 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Sentencia de 03 de febrero de 2010 Rad.19526 M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Reiterada por esta Sección - SUBSECCION “A” - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Bogotá

D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-31-000-2000-02571-01(1275-08). Actor: OSCAR ARANGO ALVAREZ

17 HENAO PEREZ, Juan Carlos. De tal derecho lesionado, tal acción. Edic. Universidad Externado de Colombia. Pág. 517

18 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Bogotá D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil siete (2007). Radicación número: 13001-23-31-000-2004-00979-01(7865-05). Actor: ADALGIZA REYES ROMERO y OTROS. Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION

19 ARTÍCULO 142. LICENCIA NO REMUNERADA. Los funcionarios y empleados tienen derecho a licencia no remunerada hasta por tres meses por cada año calendario, en forma continua o discontinua según lo solicite el interesado. Esta licencia no es revocable ni prorrogable por quien la concede, pero es renunciable por el beneficiario. El superior la concederá teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

Así mismo, se concederá licencia no remunerada a los funcionarios de Carrera para proseguir cursos de especialización hasta por dos años o actividades de docencia, investigación o asesoría científica al Estado hasta por un año, previo concepto favorable de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

PARÁGRAFO. Los funcionarios y empleados en Carrera también tienen derecho a licencia, cuando hallándose en propiedad pasen a ejercer hasta por el término de dos años, un cargo vacante transitoriamente en la Rama Judicial.

20 ARTÍCULO 149. RETIRO DEL SERVICIO. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos: 1. Renuncia aceptada; 2. Supresión del Despacho Judicial o del cargo; 3. Invalidez absoluta declarada por autoridad competente; 4. Retiro forzoso motivado por edad; 5. Vencimiento del período para el cual fue elegido;

6. Retiro con derecho a pensión de jubilación; 7. Abandono del cargo; 8. Revocatoria del nombramiento; 9. Declaración de insubsistencia; 10. Destitución; 11. Muerte del funcionario o empleado.

[21] Según el cual, toda persona es libre de escoger o dejar de lado un oficio u profesión, de acuerdo a sus intereses, sin que existan limitaciones diferentes de aquellas que pretendan salvaguardar la continuidad y buena prestación del servicio.

22 "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 renuncias 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.".

23 Flio 247

24 Flio 150

25 Flio 248

26 Flio 117

27 Flio 119

28 Flio 118

29 Flio 109-110

30 ARTÍCULO 204. Hasta tanto se expida la ley ordinaria que regule la carrera judicial y establezca el régimen para las situaciones laborales administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, continuarán vigentes, en lo pertinente el Decreto-ley 052 de 1987 y Decreto 1660 de 1978, siempre que sus (las) disposiciones (que) no sean contrarias a la Constitución Política y a la presente ley.

31 Flio 117

32 ARTICULO 35. ADOPCION DE DECISIONES. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título. – Se resalta-

33 Data de 1987.

34 ARTICULO 62. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.

2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.

3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.

4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.

35 ARTICULO 63. AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA. El agotamiento de la vía gubernativa acontecerá en los casos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo anterior, y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja.