

MAGISTRADO AUXILIAR – Naturaleza jurídica / MAGISTRADO AUXILIAR EN DESCONGESTION – Libre nombramiento y remoción

Esta ley distingue en su Art 125, entre los servidores públicos vinculados a ella, los que tienen la calidad de funcionarios, que son los Magistrados de las Corporaciones Judiciales, los Jueces de la República y los Fiscales por ejercer directamente la función judicial. Y los empleados, que son las demás personas que ocupen cargos en las Corporaciones y Despachos Judiciales y en los órganos y entidades administrativas de la Rama Judicial. El Artículo 130 de la misma Ley Estatutaria clasifica los empleos como de período individual, de libre nombramiento y remoción, y de Carrera. En su orden, corresponden los de período individual a los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial. Corresponden “los de libre nombramiento y remoción a 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 Vice fiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho de Fiscal General, del Vice fiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.” Finalmente corresponden a los de Carrera los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial. Luego el cargo de Magistrado Auxiliar de descongestión corresponde a funcionario, sometido al régimen de libre nombramiento y remoción, cuyo nominador es la Sala Plena de la Corporación, la Corporación o Sala, o el respectivo Magistrado para los cargos adscritos al Despacho de los Magistrados, atendiendo al nivel de ubicación del cargo que se provee, esto es la Corporación en Pleno, la Sala o el respectivo Magistrado integrante de la Sala, y cuyo retiro bien puede producirse por cualquiera de las varias hipótesis previstas en el Art 149 de la Ley Estatutaria, atendiendo a la naturaleza de cargo sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, o bien por vencimiento del término de la medida de descongestión.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 125 / LEY 270 DE 1996 – ARTIULO 125 / LEY 270 DE 1996 – ARTIULO 130 / LEY 270 DE 1996 – ARTIULO 131 / LEY 270 DE 1996 – ARTIULO 132

CONSEJO SUIPERIOR DE LA JUDICATURA – Sala Administrativa / CONSEJO SUIPERIOR DE LA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA – Creación de cargos transitorios de descongestión / CARGOS DE DESCONGESTION – No forman parte de la administración de justicia / MEDIDAS DE DESCONGESTION – No pueden ser indefinidas / PRORROGA DE ACUERDO DE DESCONGESTION – Vulnero la Constitución y la ley

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, atendiendo el mandato constitucional, y solo para referir esta normativa, de vieja data ha otorgado facultades a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para implementar medidas tendientes a descongestionar la Rama Judicial en sus distintas Jurisdicciones, bajo el entendido del crecimiento acelerado de la demanda de justicia producto de la constitucionalización del derecho y de la

salvaguarda de derechos fundamentales, frente a una estructura judicial estancada en cuanto a oferta de la misma se refiere. En una primera época la Ley Estatutaria optó, en caso de congestión de los Despachos Judiciales, por regular la forma como las Corporaciones podían redistribuir los asuntos que tenían para fallo entre los Tribunales y Despachos Judiciales que se encontraran al día. Igualmente dispuso la posibilidad de *“seleccionar los procesos cuyas pruebas, incluso inspecciones, puedan ser practicadas mediante comisión conferida por el Juez de conocimiento, y determinar los jueces que deban trasladarse fuera del lugar de su sede para instruir y practicar pruebas en procesos que estén conociendo otros jueces. “Igualmente, podrá crear, con carácter transitorio, cargos de jueces o magistrados sustanciadores o de fallo, de acuerdo con la ley de presupuesto.”* Esta argumentación resulta plenamente aplicable en tratándose tanto de empleados como de funcionarios judiciales, sin importar el nivel de ubicación en la estructura funcional, que al igual que los cargos de jueces de descongestión, empleados como funcionarios judiciales de descongestión no son cargos permanentes y por tanto no forman parte de la estructura misma de la administración de justicia. Son cargos creados de manera transitoria por el Consejo Superior de la Judicatura, dentro de la facultad prevista en el artículo 257-2 de la Constitución y 63 de la ley Estatutaria de Administración de Justicia de conformidad con las políticas y programas de descongestión judicial establecidos por dicho organismo, y cuya creación está sujeta dentro del contexto de la descongestión a la vocación de temporalidad de esta medida. Así las cosas, queda proscrita toda creación de medida de descongestión con vocación de permanencia indefinida, porque la facultad así empleada resulta ilegítima y contraria a la Constitución y a la ley, y por tal razón de ella no se puede derivar legítimamente ningún derecho susceptible de ser protegido jurídicamente, como acontece en este caso con el Acuerdo No. PSAA09-6063 DE 2009, que prorrogó la medida de descongestión de manera indefinida, quebrantando la facultad constitucional prevista en el Art 257-2 y la legal prevista en el Art 63 de la ley 270 con la modificación del art 15 de la ley 1285 de 2009, por lo que habrá de ser inaplicable por inconstitucional e ilegal. El fundamento normativo al que se hace referencia como sustento de la excepción de ilegalidad, da cuenta que los artículos (4º, 237, 241 de la Carta; el 12 de la Ley 153 de 1887, como el 66 del Dcto. 01 de 1984 citadas), interpretados de manera sistemática, implican que la excepción solo tiene cabida en sede judicial, pues solo el Juez natural de la Administración, el Contencioso Administrativo, es quien puede pronunciarse por expreso mandato constitucional y legal respecto de la legalidad de un acto administrativo y, por consiguiente, suspender provisionalmente, declarar su nulidad o inaplicarlo a un caso concreto en ejercicio de la función de garante de la legalidad que le ha sido confiada.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 152 NUMERAL 2 / LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 63 / LEY 1285 DE 2009 – ARTICULO 15

NOTA DE RELATORIA: Cargos de descongestión ver sentencia de la Corte Constitucional T-633 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto. C-333 de 2012, M.P. Maria Victoria Calle Correa

RETIRO DEL SERVICIO – Magistrado auxiliar / RENUNCIA MAGISTRADO AUXILIAR – No tiene tal calidad / CARGOS DE DESCONGESTION – Prorroga automática. No necesita nueva posesión al cargo / FALSA MOTIVACION – Respuesta a misiva. Probada / RENUNCIA – No hubo manifestación expresa libre y voluntaria de hacer dejación del cargo

Es cierto que el Magistrado Espinosa Pérez previo al vencimiento del término previsto por Acuerdo No PSAA09-5812 de abril 30 de 2009, hizo mención escrita al hoy demandante sobre tal hecho, frente a lo cual este respondió, en el entendido que su retiro obedecía a lo expresado en la manifestación de 26 de junio efectuada por el magistrado a cuyo Despacho se encontraba adscrito el cargo en descongestión. Sin embargo, por Acuerdo No. PSAA09-6063 DE 2009, se prorrogó la medida de descongestión adoptada por Acuerdo 5462 de enero 14, a partir del primero de julio de 2009, fecha de expedición del Acuerdo, sin establecer término de prórroga alguno. Lo anterior implica que el vencimiento del término de la medida de descongestión no era razón suficientemente válida para retirar del servicio al actor dado que la medida fue prorrogada a partir del 1º de julio de 2009, y el acto acusado Decreto 160 solo fue expedido hasta el 6 de julio, tiempo más que prudente para haber conocido que la medida había sido prorrogada. Aunque podía pensarse que el actor, posterior a la prórroga de la medida, no hizo manifestación alguna respecto de su intención de continuar al servicio del despacho, es claro que la manifestación expuesta por este daba cuenta clara que si su retiro se producía no era por causa diferente al vencimiento del periodo, situación interpretada por el Magistrado a cuyo despacho se encontraba vinculado como su deseo de desvinculación y así quedó consignado en el considerando primero del acto acusado al mencionar que el referido profesional prestó sus servicios en el cargo [Magistrado Auxiliar] hasta el día 30 de junio de 2009. Si bien se trata de un cargo sometido al régimen de libre nombramiento y remoción, que podía ser declarado insubsistente por vía de acto discrecional, sin requerir motivación alguna, esto no implica que no pudiese motivarse dicho acto, y en razón a ello, los motivos expresados son los que han de ser sometidos al control judicial. En el presente caso, es indudable que en el retiro del servicio del actor no medio manifestación expresa, libre y voluntaria de su deseo de hacer dejación del cargo en descongestión que ostentaba. Por el contrario, su manifestación se encaminó a expresar que cumplido en la fecha 30 de junio el término de prórroga decretada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y en atención a la comunicación del nominador de fecha 26 de junio le expuso sus agradecimientos por haberle permitido formar parte de su equipo de trabajo, luego de un lado se entendió vencimiento de término y de otro se valoró dicha misiva como deseo de retiro, con lo que si hubiese sido valorada dentro del contexto que le correspondía la decisión hubiese sido diferente, por lo tanto queda demostrado el cargo de falsa motivación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., siete (07) de marzo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00614-01(0482-12)

Actor: JORGE HERNAN DIAZ SOTO

Demandado: RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - DIRECCIÓN 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 18 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien denegó las pretensiones de la demanda de la referencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **JORGE HERNAN DIAZ SOTO**, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin de obtener la nulidad del Decreto 160 de julio 06 de 2009, en su Artículo Primero, expedido por el Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Doctor Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez, mediante el cual aceptó el retiro del Doctor Jorge Díaz Soto.

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

Que se ordene su reintegro al cargo de Magistrado Auxiliar del Despacho del Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Doctor Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez, **sin solución de continuidad, el pago de** los salarios, prima de servicio, prima de navidad, prima de orden público, prima de antigüedad vacaciones, cesantías, intereses a la cesantía y demás prestaciones dejadas de percibir desde el momento de su desvinculación, hasta cuando sea reincorporado al servicio.

Solicitó, además, que todos los pagos sean cubiertos en moneda de curso legal debidamente actualizadas con base en el índice de precios al consumidor; ordenar que se dé cumplimiento a la sentencia en la forma y términos establecidos en los artículos 177 y 178 del C.C.A.; así como que se condene en costas y agencias en derecho.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

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

El demandante ingreso a prestar sus servicios en provisionalidad a la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, desempeñándose en el cargo de Magistrado Auxiliar de la mencionada Sala, al servicio del magistrado Jose Aníbal Gómez Gallego desde el 16 de enero de 2002.

A partir del 02 de julio de 2002, el actor fue nombrado en propiedad en el cargo de Magistrado Auxiliar de la referida Sala, hasta el 25 de febrero de 2007, siendo que en el periodo comprendido entre el 19 de enero y el 25 de febrero del mismo año 2007 y por virtud del Acuerdo 3890 de 2007, ejerció en encargo el cargo de Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Penal. Desde el 26 de febrero del año mencionado, continuó en el ejercicio del cargo en propiedad hasta el 10 de enero de 2008.

El Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo 4566 de 2008 con el propósito de crear un cargo de Magistrado Auxiliar para cada uno de los despachos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para apoyo de la gestión de los procesos de Justicia y Paz, desde el 3 de marzo al 19 de diciembre de 2008, cargo para el que fue nombrado el Doctor Jorge Hernán Díaz Soto mediante Decreto Nro. 036 suscrito por el Magistrado Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez, en “encargo y provisionalidad”, tomando posesión, según acta No 2063, el 3 de marzo de 2008.

Posteriormente la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo Nro. 5462 del 14 de enero de 2009, mediante el cual se prorroga el cargo de Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Penal en Descongestión en apoyo de la gestión de procesos de Justicia y Paz desde el 14 de enero al 14 de marzo de 2009, siendo designado el Dr. Díaz Soto mediante decreto No 001 suscrito por el Magistrado Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez en “encargo y provisionalidad” tomando posesión según consta en Acta 2248 de 15 de enero de 2009.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expide el Acuerdo 5570 del 10 de marzo de 2009, mediante el cual prorroga hasta el 30 de abril de 2009 el Acuerdo 5462 de 2009.

Mediante Acuerdo 5812 de abril 30 de 2009, expedido por la misma Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se prorrogó el Acuerdo 5570 de 2009, ampliando su plazo hasta el 30 de junio de 2009, el que fue nuevamente prorrogado por Acuerdo 6063 del 1º de julio de 2009, **sin indicar término de prórroga.**

El H. Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, en escrito del 26 de junio de 2009, le manifiesta e informa al demandante, que el 30 de junio de 2009, se vencía la medida de descongestión dispuesta por los Acuerdos PSAA09-5462, 5570 y 5812, por lo que le agradecía la labor desempeñada, su invaluable aporte y la presentación certera y oportuna de sus proyectos, deseándole éxitos en sus futuras actividades.

En atención al anterior escrito, el demandante en escrito fechado el 30 de junio de 2009, agradeció al Magistrado Espinosa Pérez, en los siguientes términos: *“Al cumplirse en la fecha el término de la prórroga decretada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante acuerdo No. PSAA-09-5812 de 2009 para el cargo que ocupó de Magistrado Auxiliar y teniendo en cuenta lo expresado en su comunicación del 26 del mes en curso, me permito expresarle mis sentimientos de agradecimiento por permitirme estar en su grupo de colaboradores y por su comprensión ante mis naturales deficiencias, al mismo tiempo que desearle bienaventuranza en el desarrollo de su gestión y de todas sus actividades”*

Señala que el demandante en ningún momento renunció al cargo de Magistrado Auxiliar, lo que en realidad estaba haciendo en su escrito, era ofrecer un cálido agradecimiento al honorable Magistrado, por la oportunidad brindada.

El 06 de julio de 2009, el Magistrado Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez mediante decreto 160 “Acepta el retiro del Dr. Jorge Hernán Díaz Soto”, y nombra en encargo a otra persona, decisión comunicada el 8 de julio de 2009.

Refiere que la Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia mediante Oficio No OSG-4557 de 15 de septiembre de 2009 manifestó que los Acuerdos de descongestión de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura “conlleva la prórroga del nombramiento sin necesidad de nueva posesión” que la prórroga del cargo es automática, salvo que “haya disposición en contrario por parte del magistrado Titular” de conformidad con la naturaleza del cargo de libre nombramiento y remoción (Ley 270 de 1996 Artículo 130 inc. 4º).

3. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 40, 53, 90, 209; artículo 130 de la Ley 270 de 1996; y 1, 3, 36, 78, 84, 85, 158 y 206 a 214 del C.C.A..

En síntesis, expuso como causales de nulidad la falsa motivación y la desviación de poder, que sustenta en su orden en que el actor nunca presentó renuncia a su cargo, porque, le fue aceptada una renuncia inexistente y basada en una carta de agradecimiento en respuesta a la carta que el Dr. Sigifredo Espinosa le enviara.

Igualmente, porque la carta de 26 de junio de 2009 suscrita por el Magistrado en mención, le manifiesta que la prórroga a la descongestión se acaba el día 30 de junio de 2009 y por tanto agradece su colaboración y le desea éxitos en sus actividades futuras, por lo que estima se podría afirmar que estaba retirando del cargo al demandante o buscando pronunciamiento de él, a fin de proceder con su retiro sin que se tuviera que hacer uso de la facultad discrecional.

A esta conclusión arriba, por el hecho de que el Acuerdo 6063 de julio 12 – sic- de 2009, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, no se expresa el término de prórroga, a pesar de lo cual el Magistrado le manifiesta por escrito que el término de la prórroga iba hasta el 30 de junio de 2009, a pesar de lo cual el H. Magistrado Dr. Sigifredo Espinosa Pérez le manifestara por escrito al demandante que el término de prórroga iba hasta el día 30 de junio de 2009.

Alude por otra parte, que cada que se hacía una prórroga se le hacía una nueva posesión, sin ser esta necesaria de acuerdo con lo expresado por la Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente refiere que el acto acusado fue proferido sin ningún fundamento existente, basado aparentemente en una inadecuada interpretación del contenido de la carta de agradecimientos que el demandante elevara a su Jefe inmediato.¹

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La apoderada judicial de la parte demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda. Sostuvo que efectivamente el Acuerdo 5812 de abril 30 de 2009 dispuso prorrogar hasta el 30 de junio de 2009 el Acuerdo PSAA09-5462 de 2009, que adoptó medidas de descongestión para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y cuya última prórroga se estableció con el Acuerdo No PSAA09-5570 de marzo 10 de 2009.

Respecto de la desvinculación, que es el objeto de la demanda, señala que el cargo ejercido por el demandante era el de Magistrado Auxiliar, y de acuerdo al Art. 130 de la ley 270 de 1996, es de libre nombramiento y remoción, lo que significa que no ingresó al servicio mediante concurso de méritos, lo hizo a través de un nombramiento ordinario, lo que significa que el nominador podía hacer uso de la facultad discrecional de retirarlo, sin necesidad de acudir al consentimiento.

Luego de citar jurisprudencia de esta Sección, referida a la vinculación en la modalidad de libre nombramiento y remoción, a la naturaleza del cargo de Magistrado Auxiliar sujeto a esta modalidad de vinculación, que exige confianza en el desempeño del cargo estima que por esta razón se encuentra justificado que el titular del despacho pueda disponer libremente del empleo mediante el nombramiento permanencia o retiro, por ende 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.

¹ Fls. 29 a 44

Finalmente, con fundamento en cita jurisprudencial de esta misma Sección, alude a que la idoneidad, capacidad, eficiencia y buen desempeño del cargo, en tratándose de empleados de libre nombramiento y remoción, estas circunstancias por si solas no generan fuero alguno de estabilidad. (Flios 61 a 65).

II. LA SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, negó las súplicas de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Luego de reseñar los cargos de anulación propuestos por la parte demandante y referir cronológicamente tanto los Acuerdos de descongestión que crean y prorrogan un cargo de Magistrado Auxiliar para cada uno de los despachos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para apoyo de la gestión de los procesos de Justicia y Paz, se refiere al Art 130 de la ley 270 de 1996, para señalar que los Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes son de libre nombramiento y remoción, y que el demandante no ingreso a la Rama por concurso de mérito, sino que fue vinculado a través de un nombramiento ordinario para una descongestión que tenía fecha exacta de terminación, y el nominador podía hacer uso de la facultad discrecional y disponer del cargo por terminación de la descongestión para la cual había sido nombrado.

Alude que el nominador puede disponer libremente del cargo, sin necesidad de procedimientos o condiciones y dicho acto goza de legalidad, por tratarse de un empleado de confianza de su nominador, en sustento de lo cual cita Jurisprudencia de esta Sección.²

Conforme a lo antes expuesto señaló con base en las pruebas y en la Jurisprudencia que se transcribe, que el cargo que ocupaba el demandante era de libre nombramiento y remoción que no garantiza estabilidad alguna y que de la comunicación efectuada por el nominador mediante decreto No 160 de julio 6 de 2009 al señor Jorge Hernán Díaz Soto, en la que le expresa la terminación de la descongestión, se llega a la conclusión que no existe falsa motivación como lo

² Consejo de Estado, Sección Segunda **SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE.** Bogotá. D.C., doce (12) de marzo de dos mil nueve (2009).- **Radicación número: 25000-23-25-000-2001-03044-01(1438-07). Actor: JAIRO OMAR TOVAR NIÑO**

alega el demandante, pues lo que manifestó el nominador en el acto administrativo (Decreto 160 de julio 6 de 2009) concuerda plenamente con la realidad como fue demostrada en el expediente, y que de lo demostrado mediante comunicación del demandante en la respuesta a dicha comunicación se deduce que su retiro se produjo por su propia voluntad, por consiguiente el nominador aceptó en debida forma su retiro y así lo manifestó. De lo anterior se concreta que tampoco hubo desviación de poder.

Concluye que a la parte que acciona le incumbe probar el supuesto de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, siendo que las afirmaciones efectuadas por el actor en cuanto a que el acto de desvinculación se produjo con falsa motivación y desviación de poder, no fueron probados por el actor, siendo carga de este.

En consecuencia negó las pretensiones de la demanda. (fls. 90 a 101),

III. LA APELACIÓN.

El actor interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído (fls. 103 a 109), bajo los argumentos que se sintetizan así:

Frente a la tesis del Tribunal, señala que la parte actora nunca ha desconocido la precariedad de la estabilidad de un cargo de libre nombramiento y remoción, mencionándolo en varios de los escritos aportados al expediente.

Lo que argumenta y aún considera, es que precisamente esa precariedad del nombramiento en esta clase de cargos no le permite al nominador incurrir en acciones engañosas y falaces en procura de motivar al empleado judicial a una renuncia de un cargo de la que jamás medio voluntad de parte del demandante para apartarse de la administración de justicia; pues de acuerdo a lo que bien manifestó el fallo impugnado, el nominador pudo hacer uso de la facultad discrecional y declarar insubsistente a su subalterno, o pedir la renuncia en una actuación más acorde con la investidura del cargo y más decorosa para el funcionario; *“pero ello jamás sucedió, sino que el titular del despacho procedió a engañar a mi poderdante al argumentarle, y por escrito, que el cargo de confianza que ocupaba había finalizado en su totalidad; para luego mediante acto administrativo (Decreto 160 de 2009), manifestar ‘aceptar el retiro del Dr. JORGE HERNAN DIAZ SOTO y proceder a nombrar en encargo a otra*

persona'; cuando nunca hubo retiro, sino engaño por parte del nominador, de acuerdo a la prueba adoptada al plenario. "

Alude no entender como el fallo impugnado desconoce que en momento alguno hubo renuncia ni "solicitud de retiro" efectuada por parte del Dr. Jorge Hernán Díaz Soto, cuando dentro del expediente se evidencia que ante la comunicación de fecha 26 de junio de 2009 emitida por el nominador en la que se aseguró la finalización del cargo en descongestión y con expresa referencia al demandante, se limitó a agradecer la confianza depositada, mas nunca existió la intención de apartarse del cargo, sino de finalizar la labor supuestamente cesada por virtud de la inexistencia laboral de la magistratura auxiliar, según se lo presentó su nominador por escrito.

Agrega que el acto administrativo objeto del presente control de legalidad, el Magistrado titular argumenta aceptar el retiro del demandante, como si de suyo hubiese ocurrido, para proceder a nombrar diferente funcionario; lo que necesariamente evidencia que el Dr. Díaz Soto fue engañado para motivar una renuncia que en todo caso, nunca ocurrió pues el actor quien jamás quiso desvincularse de esa alta Corporación, tan solo agradeció la oportunidad laboral brindada; pero el fallo apelado desconoció olímpicamente la prueba y los argumentos de la demanda y en nada se pronunció al respecto.

Estima, que el fallo impugnado desconoció que las argumentaciones del Nominador para motivar al actor a retirarse del servicio fueron exclusivamente el agotamiento de un cargo temporal de descongestión; lo cual en realidad jamás ocurrió, como se demostró en el Acuerdo PSAA-09-6063 del 1º de julio de 2009 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura; si el magistrado titular deseaba nombrar persona de confianza diferente, le hubiera bastado pedir la renuncia y incluso -sic- la declaratoria de insubsistencia, pero el traer a colación la finalización de una medida de descongestión cuando ello jamás ocurrió, evidencia la mala intención del Titular del despacho para buscar salir de su subalterno de una manera abiertamente irregular, máxime cuando posteriormente a la "aceptación del retiro" designó su reemplazo, desnudando el engaño de la supuesta terminación de la descongestión.

Manifiesta que la Sala A-quo desconoció completamente la jurisprudencia que señala que la falsa motivación se configura cuando para

fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable. Argumentó su decisión de negar las pretensiones de la simplemente en el hecho de la facultad discrecional del nominador para los cargos de libre nombramiento y remoción, desconociendo que el acto administrativo demandado (Decreto 160 de 06 de julio de 2009), se basaba en un nombramiento nuevo de un magistrado auxiliar por el supuesto retiro de quien ocupaba el cargo, cuando probatoriamente se demostró que ello no fue así, pues el Dr. Díaz Soto, nunca manifestó su deseo de retirarse de manera voluntaria, sino porque fue engañado por el nominador al hacersele creer que la medida de descongestión había cesado por orden de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Refiere cronológicamente a los Acuerdos que crearon y prorrogaron la medida de descongestión referida al cargo de Magistrado Auxiliar de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y que finalmente fue renovada sin término de prórroga, por Acuerdo PSAA-09-6063 del 1º de julio de 2009 y sin solución de continuidad, sin requerirse nuevo nombramiento y posesión, conforme lo certificó la Secretaria General de esa Alta Corporación de Justicia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

Tanto la parte demandante, como el Ministerio Público guardaron silencio.

La demandada reitera lo expuesto en la contestación de la demanda para concluir solicitando se desechen los planteamientos de la demanda. (Flios 122-123).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si se encuentra ajustada a derecho la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de aceptar el retiro del señor JORGE HERNAN DIAZ

SOTO, quien se desempeñó como Magistrado Auxiliar en descongestión al servicio del Despacho del Magistrado Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez.

Para lo anterior, es preciso determinar la legalidad del artículo primero del Decreto 0160 de 06 de julio de 2009, expedido por el referido Magistrado de la Corte Suprema de Justicia

Para dar solución al problema planteado, resulta necesario precisar algunos aspectos sobre la naturaleza jurídica del cargo de Magistrado Auxiliar, su forma ordinaria de provisión, y de retiro del servicio, así como lo atinente a la facultad del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa de crear cargos en ejercicio de su facultad de adoptar medidas para descongestión de Despachos Judiciales.

1. NATURALEZA JURIDICA DEL CARGO DE MAGISTRADO AUXILIAR EN DESCONGESTION.

El artículo 125 de la Constitución Política dispone:

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

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

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

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

En términos del Art 152 Constitucional, el Congreso mediante Ley Estatutaria reguló lo atinente a la administración de Justicia. Es así como la por ley 270 de 1996 se expidió la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, *“Considerando que la justicia es un valor superior consagrado en la Constitución Política que debe guiar la acción del Estado y está llamada a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del marco del Estado Social y Democrático de Derecho, y a lograr la convivencia pacífica entre los colombianos, y que dada la trascendencia de su misión debe generar responsabilidad de quienes están encargados de ejercerla,...*”

Esta ley distingue en su Art 125, entre los servidores públicos vinculados a ella, los que tienen la calidad de funcionarios, que son los Magistrados de las Corporaciones Judiciales, los Jueces de la República y los Fiscales por ejercer directamente la función judicial. Y los empleados, que son las demás personas que ocupen cargos en las Corporaciones y Despachos Judiciales y en los órganos y entidades administrativas de la Rama Judicial.

El Artículo 130 de la misma Ley Estatutaria clasifica los empleos como de período individual, de libre nombramiento y remoción, y de Carrera. En su orden, corresponden los de período individual a los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial. Corresponden “los de libre nombramiento y remoción a 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 Vice fiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho de Fiscal General, del Vice fiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.” Finalmente corresponden a los de Carrera los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.

A su turno el Art 131 ídem, señala quienes son las autoridades nominadoras de la Rama Judicial y dispone en su orden: 1. Para los cargos de las Corporaciones: Las respectivas Corporaciones en pleno. 2. Para los cargos adscritos a las presidencias y vicepresidencias: La respectiva Corporación o Sala. 3. Para los cargos de las Salas: La respectiva Sala. 4. Para los cargos del despacho de los Magistrados: El respectivo Magistrado, entre otros.

La misma Ley en su Art 132 señala la forma como se puede hacer la provisión de cargos en la Rama Judicial y determina las siguientes maneras:

*“1. **En propiedad.** Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente.*

*2. **En provisionalidad.** El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes.*

Cuando el cargo sea de Carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo.

En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.

*3. **En encargo.** El nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas. “*

A su turno, el At 149 *ibídem*, establece que 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.

Luego el cargo de Magistrado Auxiliar de descongestión corresponde a funcionario, sometido al régimen de libre nombramiento y remoción, cuyo nominador es la Sala Plena de la Corporación, la Corporación o Sala, o el respectivo Magistrado para los cargos adscritos al Despacho de los Magistrados, atendiendo al nivel de ubicación del cargo que se provee, esto es la Corporación en Pleno, la Sala o el respectivo Magistrado integrante de la Sala, y cuyo retiro bien puede producirse por cualquiera de las varias hipótesis previstas en el Art 149 de la Ley Estatutaria, atendiendo a la naturaleza de cargo sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, o bien por vencimiento del término de la medida de descongestión.

2. FACULTADES DE LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA PARA CREAR CARGOS EN DESCONGESTIÓN.

La Carta Política de 1991 en su Artículo 257 señala:

ARTICULO 257. **Con sujeción a la ley, el Consejo Superior de la Judicatura cumplirá las siguientes funciones:**

1. Fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales.
2. **Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia. En ejercicio de esta atribución, el Consejo Superior de la Judicatura no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.**
3. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador.
4. Proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales.
5. Las demás que señale la ley. – Negrilla del Despacho –

Por su parte la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, atendiendo el mandato constitucional, y solo para referir esta normativa, de vieja data ha otorgado facultades a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para implementar medidas tendientes a descongestionar la Rama Judicial en sus distintas Jurisdicciones, bajo el entendido del crecimiento acelerado de la demanda de justicia producto de la constitucionalización del derecho y de la salvaguarda de derechos fundamentales, frente a una estructura judicial estancada en cuanto a oferta de la misma se refiere.

En una primera época la Ley Estatutaria optó, en caso de congestión de los Despachos Judiciales, por regular la forma como las Corporaciones podían redistribuir los asuntos que tenían para fallo entre los Tribunales y Despachos Judiciales que se encontraran al día. Igualmente dispuso la posibilidad de *“seleccionar los procesos cuyas pruebas, incluso inspecciones, puedan ser practicadas mediante comisión conferida por el Juez de conocimiento, y determinar los jueces que deban trasladarse fuera del lugar de su sede para instruir y practicar pruebas en procesos que estén conociendo otros jueces.*

“Igualmente, podrá crear, con carácter transitorio, cargos de jueces o magistrados sustanciadores o de fallo, de acuerdo con la ley de presupuesto.”³ – Negrilla del Despacho-

³ Texto original Art 63. de la Ley 270 de 1996.

Posteriormente en el decreto 2637 de agosto 19 de 2004⁴, expedido en ejercicio de facultades constitucionales extraordinarias conferidas en el inciso 2o. del artículo 4o. transitorio del Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, por el cual se reforma la Constitución Nacional, señaló la posibilidad de “**crear, con carácter transitorio, cargos de empleados, jueces o magistrados que tramiten, sustancien, fallen y/o asuman íntegramente el conocimiento de procesos, quienes podrán tener un régimen salarial y prestacional especial o ad honorem.**

(...)

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura también podrá crear, con carácter transitorio cargos de jueces o magistrados de trámite o sustanciación, de fallo o que cumplan ambas funciones, y salas y jueces de plena competencia y/o itinerantes de descongestión, descongestión y/o depuración para la práctica de pruebas y, eventualmente, trámite y fallo de los procesos, de acuerdo con la ley de presupuesto. Los nominadores harán los nombramientos con base en los Registros de Elegibles vigentes para los cargos transitorios a proveer y no podrán designarse funcionarios o empleados que estén ocupando en propiedad otros destinos en la Rama Judicial, salvo que formen parte del respectivo Registro de Elegibles. “

Finalmente, y ante la declaratoria de inexecutable citada, se expide la ley 1285 de enero 22 de 2009 “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.”, cuyo Artículo 15 modifica el 63 de la ley 270 en los siguientes términos:

ARTÍCULO 15. Modifícase el artículo 63 de la Ley 270 de 1996:

ARTÍCULO 63. PLAN Y MEDIDAS DE DESCONGESTIÓN. Habrá un plan nacional de descongestión que será concertado con la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, según correspondiere. En dicho plan se definirán los objetivos, los indicadores de congestión, las estrategias, términos y los mecanismos de evaluación de la aplicación de las medidas.

Corresponderá a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejecutar el plan nacional de descongestión y adoptar las medidas pertinentes, entre ellas las siguientes:

a) El Consejo Superior de la Judicatura, respetando la especialidad funcional y la competencia territorial podrá redistribuir los asuntos que los Tribunales y Juzgados tengan para fallo asignándolos a despachos de la misma jerarquía que tengan una carga laboral que, a juicio de la misma Sala, lo permita;

b) **La Sala Administrativa creará los cargos de jueces y magistrados de apoyo itinerantes en cada jurisdicción para atender las mayores cargas por congestión**

⁴ Decreto declarado inexecutable, por la Corte Constitucional, Sentencia C-672/05. “en el entendido de que “las modificaciones que el Decreto 2637 de 2004 hizo a los artículos 7º, 11, 15, 16, 19, 22, 54, 58, 61, 63, 82 y 91 de la Ley 270 de 1996 no se orientan, en manera alguna, al desarrollo legal del sistema acusatorio sino que tocan una multiplicidad de situaciones generales de la administración de justicia y de quienes la administran, como pasa a indicarse:....”

en los despachos. Dichos jueces tendrán competencia para tramitar y sustanciar los procesos dentro de los despachos ya establecidos, asumiendo cualquiera de las responsabilidades previstas en el artículo 37 del C. P. C.; los procesos y funciones serán las que se señalen expresamente;

c) Salvo en materia penal, seleccionar los procesos cuyas pruebas, incluso inspecciones, puedan ser practicadas mediante comisión conferida por el juez de conocimiento, y determinar los jueces que deban trasladarse fuera del lugar de su sede para instruir y practicar pruebas en proceso que estén conociendo otros jueces;

d) De manera excepcional, crear con carácter transitorio cargos de jueces o magistrados sustanciadores de acuerdo con la ley de presupuesto;

e) Vincular de manera transitoria a empleados judiciales encargados de realizar funciones que se definan en el plan de descongestión de una jurisdicción, de un distrito judicial, o de despachos judiciales específicos, y

f) Contratar a término fijo profesionales expertos y de personal auxiliar para cumplir las funciones de apoyo que se fijen en el plan de descongestión. – Negrilla del despacho-

Sobre la facultad de crear cargos transitorios de descongestión, función en Cabeza de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera reiterada respecto de la vocación de temporalidad de los cargos creados bajo la óptica de descongestión, tesis que se sintetizan en dos pronunciamientos, el primero de ellos vía decisión de Tutela⁵, y el segundo en sentencia de Constitucionalidad⁶, argumentos que acoge esta Sala, y cuya síntesis da cuenta de la siguiente manera:

“Facultad de creación de cargos transitorios de descongestión en cabeza de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura

(...)

En el sentido sugerido por el artículo superior, [**se refiere al Art 256**] bajo la rúbrica de *Funciones administrativas*, el artículo 85 de la ley estatutaria de la administración de justicia encargó a la Sala administrativa el cumplimiento de una serie de funciones, entre las cuales se encuentra “*Determinar la estructura y las plantas de personal de las Corporaciones y Juzgados. Para tal efecto podrá crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño que no hayan sido fijados por la ley. En ejercicio de esta atribución el Consejo no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales*”.

La posibilidad de crear cargos transitorios de descongestión⁷ dentro de la Rama jurisdiccional se ajusta al propósito constitucional consignado en el artículo 228, el

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-633-07. Referencia: expediente T-1600722. Acción de tutela instaurada por Ana Cely Gallo Márquez contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Magistrado Ponente. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

⁶ Corte Constitucional. sentencia C-333-12. Referencia: expediente D-8803. Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

⁷ Aunado a lo señalado en esta providencia, el artículo 63 de la Ley estatutaria de la administración de justicia establece lo siguiente: **ARTÍCULO 63. DESCONGESTIÓN.** *La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en caso de congestión de los Despachos Judiciales, podrá regular la forma como las Corporaciones pueden redistribuir los asuntos que tengan para fallo entre los Tribunales y Despachos Judiciales que se encuentren al día; seleccionar los procesos cuyas pruebas, incluso inspecciones, puedan ser practicadas mediante comisión conferida por el Juez de conocimiento, y determinar los jueces que deban trasladarse fuera del lugar de su sede para instruir y practicar pruebas en procesos que estén conociendo otros jueces.*

Igualmente, podrá crear, con carácter transitorio, cargos de jueces o magistrados sustanciadores o de fallo, de acuerdo con la ley de presupuesto.

cual, de manera implícita –al consagrar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y al establecer la obligación de observancia de los términos procesales con diligencia- propone como pilar de la administración de justicia la celeridad y eficacia de los procedimientos judiciales.

La congestión judicial es un fenómeno de vieja data que ha minado los cimientos sobre los cuales descansa esta importante labor del ente estatal. La gravedad que reviste consiste en que desdibuja la razón de ser del aparato jurisdiccional, en la medida en que la solución tardía de los conflictos desestimula el empleo de los cauces institucionales para su composición. Sobre el particular, en sentencia C-037 de 1996, la Sala Plena de la Corte señaló que esta deficiencia “*desafortunadamente aqueja en forma grave y preocupante a la administración de justicia en el país*”. En tal sentido, las actuaciones emprendidas por el Estado enderezadas a lograr su corrección avanzan en el propósito de lograr un orden justo (preámbulo) en el cual se ofrezca una verdadera prevalencia a los derechos fundamentales (artículo 5° superior), entre los cuales se encuentra el derecho de acceso a la justicia (artículo 229 superior), garantía que desborda la obligación de ofrecer cauces judiciales por medio de los cuales sea posible la composición de litigios, hasta alcanzar deberes sustanciales como la prontitud de las actuaciones judiciales, a condición que dicho propósito no implique el sacrificio de otras garantías *iusfundamentales*, como el debido proceso y el derecho de defensa.

De acuerdo a tal consideración, la posibilidad de crear cargos transitorios de descongestión es una facultad que encuentra pleno respaldo en la Constitución Nacional. Dicha facultad, como ya ha sido sugerido, debe ser comprendida dentro del espectro de protección a determinados bienes que surgen de la lectura del texto constitucional. En tal sentido, el desarrollo de esta facultad se encuentra subordinado al cumplimiento de determinadas condiciones que garantizan que tal actuación permita la consecución de los altos fines que la inspiran, entre los cuales se encuentran:

(i) Necesidad. Esta condición exige de la Administración la constatación de una razón objetiva que justifique la creación de tales cargos, lo cual, a su vez, supone que la demanda del servicio no puede ser atendida con el personal encargado.

(ii) Relación sustancial del cargo. De acuerdo a este requisito es preciso que el cargo transitorio esté dirigido a desarrollar materialmente las labores confiadas al Despacho judicial o Corporación en el cual se ha de prestar el servicio, lo cual garantiza que el esfuerzo que implica para el Estado la creación de dicho cargo se encuentra efectivamente orientado al cumplimiento de las labores confiadas a la Rama judicial.

(iii) Disposición presupuestal. Esta condición hace referencia al parámetro presupuestal contenido en el numeral 2° del artículo 257 superior.

(iv) **Amparo de la situación del empleado.** Este último requerimiento exige que la creación de estos cargos transitorios no sea empleada por la administración en desmedro del derecho a la estabilidad laboral que ofrece el artículo 53 superior. En tal sentido, **se proscribire el empleo de esta facultad con el objetivo de encubrir vinculaciones de vocación duradera, pues, de ser así, en estos casos su empleo por parte de la administración resulta ilegítimo en la medida en que, sin un fundamento constitucional válido que justifique la transitoriedad, resultan vulnerados los derechos los empleados de la Rama jurisdiccional.**⁸ – Negrilla del Despacho-

Sobre la carrera administrativa prevista a nivel constitucional, en particular referida a los cargos de la Rama Judicial, la Corte Constitucional se pronunció en la

⁸ Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-633/07. Referencia: expediente T-1600722. Acción de tutela instaurada por Ana Cely Gallo Márquez contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

sentencia de constitucionalidad citada⁹, reiterando lo expuesto en sentencia C-713 de 2008, de la siguiente manera:

El artículo 125 de la Constitución establece de manera clara y diáfana que *'los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera'*. Esto es, se consagra con toda precisión que los empleos estatales que existan dentro de un estado social de derecho no pueden ser provistos de manera arbitraria y caprichosa. No resulta viable elegir personas en razón a sus cercanías con ciertos miembros del poder o a razones que no propendan por la mejor prestación de servicio público. De igual manera, no se pueden excluir de la posibilidad de ocupar el cargo a ciertas personas de la población. Es pues una exigencia Constitucional, que los empleos estatales se provean mediante un concurso que permita (i) participar en la competencia a todas las personas por igual y (ii) elegir entre ellas a las que sean la mejores para desempeñar las funciones, en razón a sus méritos.

4.2. Sin embargo, la Constitución también establece que esta regla no es universal y general. Se consagran cuatro excepciones. Tres de ellas específicamente definidas por el constituyente (los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción y los trabajadores oficiales) y la última establecida en términos generales y amplios para permitir al legislador consagrar otros casos, a saber: *"los demás que determine la ley"*.

4.3. La carrera administrativa es uno de los elementos definitorios y estructurales del estado social de derecho cuyo desconocimiento grave, como lo ha indicado la jurisprudencia, puede incluso implicar una sustitución del orden constitucional vigente.¹⁰ No obstante, como se acaba de indicar, no se trata de una regla general y absoluta. Es una disposición constitucional que tiene excepciones: las tres fijadas expresamente, y las que en democracia, el Congreso de la República decida establecer mediante una ley de la República

(...)

4.5. La demanda hace alusión a la sentencia C-713 de 2008 en la cual se habría establecido a su juicio, que constitucionalmente los funcionarios judiciales siempre deben ser elegidos mediante el concurso establecido para la carrera judicial, incluso en los casos en los que su cargo fuera tan sólo temporal.¹¹

4.5.1. En aquella oportunidad (C-713 de 2008), la Corte Constitucional llevó a cabo el análisis de constitucionalidad de Revisión previa del proyecto de Ley Estatutaria No. 023/06 Senado y No. 286/07 Cámara *"Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia"*. Se trataba de un proyecto de ley de 30 artículos que modificaba diversos aspectos de la administración de justicia.

4.5.2. Una de las disposiciones estatutarias que se modificó fue el artículo 4º de la Ley 270 de 1996, en el cual se establecía lo siguiente,

(...)

4.5.3. Al abordar el análisis de la norma, la Corte Constitucional se pronunció respecto a varios aspectos. Entre ellos, lo referente al nombramiento de los jueces de descongestión. Sostuvo en la sentencia lo siguiente,

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 2012. Referencia: expediente D-8803. Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Magistrada ponente MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

¹⁰ Al respecto, ver el apartado [6.1.1.1.4.] acerca de la carrera administrativa como principio constitucional. Apartado que hace parte de las consideraciones de la sentencia C-588 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV Nilson Pinilla Pinilla, Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto). También la sentencia C-249 de 2012 (MP. Juan Carlos Henao Pérez, SV. Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, AV. Nilson Pinilla Pinilla).

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández; SPV Humberto Antonio Sierra Porto; SV. Nilson Elías Pinilla Pinilla, SV. y AV. Jaime Araujo Rentería).

“Así mismo, la norma dispone que *“los jueces de descongestión tendrán la competencia territorial y material específica que les señale el acto de su creación”*. **Los jueces de descongestión no son cargos permanentes y por tanto no forman parte de la estructura misma de la administración de justicia. Son cargos creados de manera transitoria por el Consejo Superior de la Judicatura, dentro de la facultad prevista en el artículo 257-2 de la Constitución y de conformidad con las políticas y programas de descongestión judicial establecidos por dicho organismo.**

Por lo mismo, la creación de jueces de descongestión no es en sí misma contraria a la Carta Política, en cuanto contribuye a garantizar la eficacia de la administración de justicia. No obstante, su implementación debe ajustarse a los preceptos de orden Superior, lo que se examinará en detalle al analizar el artículo 15 del proyecto.

En este punto ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que su designación debe hacerse con cabal observancia de las garantías fundamentales en materia de juez natural y de sujeción a las leyes preexistentes al acto imputado, de manera tal que no se llegue a configurar una atribución *“ex post facto”* de competencias judiciales. **En consecuencia, para la creación de los jueces de descongestión se ha de partir siempre de la base de la pre-existencia de determinada categoría de jueces, que tienen previamente definida su competencia en forma clara y precisa y en cuyo apoyo habrán de actuar los jueces creados con una vocación esencialmente temporal.** Dicha circunstancia evita la violación del principio del juez natural, en cuanto no se permite la creación de jueces o tribunales *“ad hoc”*, puesto que será posible conocer siempre de antemano cuál será la categoría de jueces competentes para decidir cada patrón fáctico en particular.

Ahora bien, **es cierto que los jueces de descongestión tienen vocación de transitoriedad y, por lo tanto, sus titulares no pertenecen a la carrera judicial.** Sin embargo, la Corte quiere llamar la atención, con especial rigor, para dejar en claro que en virtud de los principios constitucionales de transparencia e igualdad, y del mérito como criterio de acceso a la función pública, su designación hace inexcusable tomar en cuenta y respetar el orden de las listas de elegibles, conformadas por quienes han agotado todas las etapas del concurso de mérito y se encuentran a la espera de su nombramiento definitivo. Sólo de esta manera la creación de jueces de descongestión es compatible con los principios que rigen la función pública y la designación de los jueces, en particular el mérito.” - Negrilla del Despacho-

Esta argumentación resulta plenamente aplicable en tratándose tanto de empleados como de funcionarios judiciales, sin importar el nivel de ubicación en la estructura funcional, que al igual que los cargos de jueces de descongestión, empleados como funcionarios judiciales de descongestión no son cargos permanentes y por tanto no forman parte de la estructura misma de la administración de justicia. Son cargos creados de manera transitoria por el Consejo Superior de la Judicatura, dentro de la facultad prevista en el artículo 257-2 de la Constitución y 63 de la ley Estatutaria de Administración de Justicia¹² de conformidad con las políticas y programas de descongestión judicial establecidos por dicho organismo, y cuya creación está sujeta dentro del contexto de la descongestión a la vocación de temporalidad de esta medida.

¹² Con la modificación introducida por el Art 15 de la Ley 1285 de 2009.

Así las cosas, queda proscrita toda creación de medida de descongestión con vocación de permanencia indefinida, porque la facultad así empleada resulta ilegítima y contraria a la Constitución y a la ley, y por tal razón de ella no se puede derivar legítimamente ningún derecho susceptible de ser protegido jurídicamente, como acontece en este caso con el Acuerdo No. PSAA09-6063 DE 2009¹³, que prorrogó la medida de descongestión de manera indefinida, quebrantando la facultad constitucional prevista en el Art 257-2 y la legal prevista en el Art 63 de la ley 270 con la modificación del art 15 de la ley 1285 de 2009, por lo que habrá de ser inaplicado por inconstitucional e ilegal.

El fundamento normativo al que se hace referencia como sustento de la excepción de ilegalidad, da cuenta que los artículos (4º, 237, 241 de la Carta; el 12 de la Ley 153 de 1887, como el 66 del Dcto. 01 de 1984 citadas), interpretados de manera sistemática, implican que la excepción solo tiene cabida en sede judicial, pues solo el Juez natural de la Administración, el Contencioso Administrativo, es quien puede pronunciarse por expreso mandato constitucional y legal respecto de la legalidad de un acto administrativo y, por consiguiente, suspender provisionalmente, declarar su nulidad o inaplicarlo a un caso concreto en ejercicio de la función de garante de la legalidad que le ha sido confiada.

3. EL CASO CONCRETO

En el presente caso, JORGE HERNAN DIAZ SOTO, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin de obtener la nulidad del siguiente acto:

Decreto 160 de julio 06 de 2009, en su artículo primero, expedido por el H. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Doctor

¹³ ACUERDO No. PSAA09-6063 DE 2009...ARTÍCULO PRIMERO.- Prorrogar la medida de descongestión adoptada por el Acuerdo No. PSAA09-5462 de enero 14 de 2009, para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuya última prórroga fue establecida por el Acuerdo PSAA09 -5812 del 30 de abril de 2009

ARTÍCULO SEGUNDO.- La presente medida cuenta con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 157 de julio 1 de 2009, expedido por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

ARTÍCULO TERCERO.- El presente Acuerdo rige a partir de su publicación en la Gaceta de la Judicatura.
PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Dado en Bogotá D. C. el primer (1) día del mes de julio del año dos mil nueve (2009).

Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez, por medio del cual aceptó el retiro del Dr. JORGE HERNAN DIAZ SOTO.

Con el objeto de resolver el problema jurídico planteado la Sala encuentra probado los siguientes hechos:

- El 18 de diciembre de 2001, mediante Decreto 024, el H. Magistrado de la Sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia designó en provisionalidad al doctor JORGE HERNAN DIAZ SOTO, como magistrado Auxiliar de ese Despacho en reemplazo del Dr. Ramiro Alonso Marín Velásquez, cargo del cual tomo posesión el 16 de enero de 2002.¹⁴

- El 11 de junio de 2002, a través de Decreto 010. proferido por el mismo Despacho de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia designó en propiedad al doctor JORGE HERNAN DIAZ SOTO como magistrado Auxiliar de ese Despacho, tomando posesión el tres de julio del mismo año 2002¹⁵.

- Por Acuerdo No PSAA07-3890 de 2007, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura el 3 de enero de 2007, se creó una Comisión de apoyo investigativo en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con Planta de personal de nueve magistrados Auxiliares, con régimen salarial y prestacional previsto para la Rama Judicial, y cuya provisión la hará la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

Con ocasión de lo anterior al hoy demandante se le nombro "en encargo y propiedad", como Magistrado Auxiliar de la comisión de Apoyo Investigativo por Acuerdo 08 de 16 de enero de 2007 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, habiendo solicitado licencia a partir del 19 de enero del año citado al Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez con el fin de tomar posesión del cargo. El 16 de enero del año referido, por decreto 020, se concedió la licencia solicitada, tomando posesión el 19 de enero.

- El 26 de febrero de 2007 al actor presenta renuncia irrevocable del cargo de Magistrado Auxiliar del despacho del magistrado Espinosa Pérez, para

¹⁴ Flios 1 y 27 Hoja de Vida anexa.

¹⁵ Flio 31 Hoja de vida anexa.

tomar posesión como miembro de la Comisión de apoyo Investigativo en la misma fecha.¹⁶

- El 19 de diciembre de 2007, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por Acuerdo No 062 de Diciembre 19 de 2007, decidió aceptar la renuncia presentada por el Dr. Jorge Hernán Díaz Soto al cargo de Magistrado Auxiliar de la Comisión de Apoyo Investigativo.¹⁷

- Por Acuerdo No PSAA08-4566 de febrero 21 de 2008¹⁸, la Sala Administrativa del Consejo Superior creó por descongestión un cargo de Magistrado Auxiliar para cada uno de los Despachos de los Magistrados de la Sala de Casación Penal, por el periodo comprendido entre el 3 de marzo y el 19 de diciembre de 2008, para apoyo de la gestión de procesos de Justicia y Paz. Por esta razón, por Decreto 036 de 29 de febrero de 2008, proferido por el H. Magistrado de la Sala de Casación Penal Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez, designó “en encargo y provisionalidad” en el cargo de Magistrado Auxiliar al Doctor Jorge Hernán Díaz Soto, cargo del que tomó posesión el día 04 de marzo.¹⁹

- Por Acuerdo No PSAA09-5462 de enero 14 de 2009²⁰, la Sala Administrativa del Consejo Superior creó por descongestión un cargo de

¹⁶ Flio 73 Hoja de Vida Anexa.

¹⁷ Flio 126 Hoja de Vida Anexa.

¹⁸ ACUERDO N° PSAA08-4566 DE 2008: ...**ARTÍCULO PRIMERO.**- Crear con carácter transitorio, a partir del 3 de marzo y hasta el 19 de diciembre de 2008, un cargo de Magistrado Auxiliar para cada uno de los despachos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para apoyo de la gestión de los procesos de Justicia y Paz.

ARTÍCULO SEGUNDO.- El régimen salarial y prestacional de los cargos creados, será el previsto para la Rama Judicial.

ARTÍCULO TERCERO.- La provisión de los cargos la hará el respectivo Magistrado, de conformidad con el certificado de disponibilidad presupuestal No. 54 de febrero 20 de 2008.

ARTÍCULO CUARTO.- El presente Acuerdo rige a partir de su publicación en la Gaceta del Consejo Superior de la Judicatura.

¹⁹ Flios 120 y 140 Hoja de Vida

²⁰ ACUERDO No. PSAA09-5462 DE 2009: **ARTÍCULO PRIMERO.**- Crear con carácter transitorio, a partir del 14 de enero y hasta el 14 de marzo de 2009, un cargo de Magistrado Auxiliar para cada uno de los despachos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para apoyo de la gestión de los procesos de Justicia y Paz.

ARTÍCULO SEGUNDO.- El régimen salarial y prestacional de los cargos creados, será el previsto para la Rama Judicial.

ARTÍCULO TERCERO.- La presente medida cuenta con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 37 del 13 de enero de 2009, expedido por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

ARTÍCULO CUARTO.- El presente Acuerdo rige a partir de su publicación en la Gaceta del Consejo Superior de la Judicatura.

Magistrado Auxiliar para cada uno de los Despachos de los Magistrados de la Sala de Casación Penal, por el periodo comprendido entre el 14 de enero y el 14 de marzo de 2009. Por esta razón, por Decreto 001 de 15 de enero de 2009, proferido por el H. Magistrado de la Sala de Casación Penal Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez, designó “en encargo y provisionalidad” en el cargo de Magistrado Auxiliar al Doctor Jorge Hernán Díaz Soto, cargo del que tomó posesión el día 15 de enero.²¹

- Por Acuerdo No PSAA09-5570 de marzo 10 de 2009²², la Sala Administrativa del Consejo Superior prorrogó hasta el 30 de abril el Acuerdo 5462 de 2009.²³

- Por Acuerdo No PSAA09-5812 de abril 30 de 2009²⁴, la Sala Administrativa del Consejo Superior prorrogó hasta el 30 de junio el Acuerdo 5462 de 2009.²⁵

- El 26 de junio el Magistrado Titular del despacho Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, remite nota al hoy actor donde le señala que: “ *Como quiera que el próximo 30 de los corrientes mes y año la medida de descongestión dispuesta para la Sala de Casación penal, por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo PSAA09-5462 DE 2009, prorrogada a través de Acuerdos PSAA-5570 y PSAA09-5462 ambos de 2009, me permito expresarle mis más sinceros agradecimientos por la labor desempeñada durante*

²¹ Flios 169 y 170 Hoja de Vida

²² ACUERDO No. PSAA09-5570 DE 2009: ... **ARTICULO PRIMERO.-** Prorrogar hasta el 30 de abril de 2009 el Acuerdo 5462 de 2009.

ARTÍCULO SEGUNDO.- La prórroga dispuesta en el presente Acuerdo cuenta con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 88 del 24 de febrero de 2009, expedido por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

ARTÍCULO TERCERO.- El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta de la Judicatura.

²³ Flios 169 y 170 Hoja de Vida

²⁴ ACUERDO No. PSAA09-5812 DE 2009. ... **ARTICULO PRIMERO.-** Prorrogar hasta el 30 de junio de 2009 el Acuerdo PSAA09-5462 de 2009, que adoptó medidas de descongestión para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y cuya última prórroga se estableció con el Acuerdo No. PSAA09-5570 de marzo 10 de 2009

ARTÍCULO SEGUNDO.- La prórroga dispuesta en el presente Acuerdo cuenta con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 130 del 30 de abril de 2009, expedido por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

ARTÍCULO TERCERO.- El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta de la Judicatura.

²⁵ Flios 169 y 170 Hoja de Vida

este tiempo, pues fue invaluable su aporte al despacho en la presentación oportuna y certera de los proyectos en cada uno de los procesos asignados, por lo que le deseo el mayor de los éxitos en las actividades que va a desarrollar de aquí en adelante, triunfos que estoy seguro abundarán dada su gran capacidad, no solo intelectual, sino humana.”²⁶

- El 30 de junio el Dr. Díaz Soto, remite misiva al Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, en donde alude que: *“Al cumplirse en la fecha el término de la prórroga decretada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo n. o PSAA09-5812 de 2009 para el cargo que ocupó de Magistrado Auxiliar y teniendo en cuenta lo expresado en su comunicación del 26 del mes en curso, me permito expresarle mis sentimientos de agradecimiento por permitirme estar dentro de su grupo de colaboradores y por su comprensión ante mis naturaleza –sic-deficiencias, al mismo tiempo que desearle bienaventuranza en el desarrollo de su gestión y de todas sus actividades.”²⁷*

- El 6 de julio de 2009, mediante decreto 160 de 6 de julio de 2009, el Magistrado Sigifredo de Jesús Espinosa acepta el retiro del Doctor Jorge Hernán Díaz Soto, del cargo de Magistrado Auxiliar al servicio de ese Despacho a partir del 1º de julio de 2009, y en consecuencia se le autoriza hacer dejación del cargo.

Para llegar a la determinación referida el acto administrativo efectúa las siguientes consideraciones:

“1. Que el doctor JORGE HERNAN DIAZ SOTO, identificado con la cédula....; Magistrado Auxiliar al servicio de este Despacho para apoyo de procesos de Justicia y Paz, prestó sus servicios en el mencionado cargo hasta el 30 de junio de 2009.

“2. Que mediante Acuerdo No PSAA09-5462 de 2009, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura creó por descongestión a partir del 14 de enero de 2009, medida que fue prorrogada a partir del 1º de julio de 2009 por Acuerdo No PSAA09-6063 de 2009, un cargo de Magistrado Auxiliar para cada uno de los Despachos de los Magistrados de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, para apoyo de los procesos de Justicia y Paz.

“3. Que la División de Presupuesto de la Rama Judicial, mediante certificado de disponibilidad presupuestal No 157 de 1º de julio de 2009, informa que existe apropiación presupuestal para proveer los mencionados cargos.

“4. Que debido al retiro del doctor Jorge Hernán Díaz Soto, se hace necesario proveer el cargo de Magistrado Auxiliar al servicio de este despacho,....”

²⁶ Flio 10

²⁷ Flio 11

Pues bien, es cierto que el Magistrado Espinosa Pérez previo al vencimiento del término previsto por Acuerdo No PSAA09-5812 de abril 30 de 2009, hizo mención escrita al hoy demandante sobre tal hecho, frente a lo cual este respondió, en el entendido que su retiro obedecía a lo expresado en la manifestación de 26 de junio efectuada por el magistrado a cuyo Despacho se encontraba adscrito el cargo en descongestión.

Sin embargo, por Acuerdo No. PSAA09-6063 DE 2009²⁸, se prorrogó la medida de descongestión adoptada por Acuerdo 5462 de enero 14, a partir del primero de julio de 2009, fecha de expedición del Acuerdo, sin establecer término de prórroga alguno.

Lo anterior implica que el vencimiento del término de la medida de descongestión no era razón suficientemente válida para retirar del servicio al actor dado que la medida fue prorrogada a partir del 1º de julio de 2009, y el acto acusado Decreto 160 solo fue expedido hasta el 6 de julio, tiempo más que prudente para haber conocido que la medida había sido prorrogada.

Aunque podía pensarse que el actor, posterior a la prórroga de la medida, no hizo manifestación alguna respecto de su intención de continuar al servicio del despacho, es claro que la manifestación expuesta por este daba cuenta clara que si su retiro se producía no era por causa diferente al vencimiento del periodo, situación interpretada por el Magistrado a cuyo despacho se encontraba vinculado como su deseo de desvinculación y así quedó consignado en el considerando primero del acto acusado al mencionar que el referido profesional prestó sus servicios en el cargo [Magistrado Auxiliar] hasta el día 30 de junio de 2009.

²⁸ ACUERDO No. PSAA09-6063 DE 2009. ...: **ARTÍCULO PRIMERO.**- Prorrogar la medida de descongestión adoptada por el Acuerdo No. PSAA09-5462 de enero 14 de 2009, para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuya última prórroga fue establecida por el Acuerdo PSAA09 -5812 del 30 de abril de 2009

ARTÍCULO SEGUNDO.- La presente medida cuenta con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 157 de julio 1 de 2009, expedido por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

ARTÍCULO TERCERO.- El presente Acuerdo rige a partir de su publicación en la Gaceta de la Judicatura.
PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D. C. el primer (1) día del mes de julio del año dos mil nueve (2009).

Si bien se trata de un cargo sometido al régimen de libre nombramiento y remoción, que podía ser declarado insubsistente por vía de acto discrecional, sin requerir motivación alguna, esto no implica que no pudiese motivarse dicho acto, y en razón a ello, los motivos expresados son los que han de ser sometidos al control judicial.

El cargo que se plantea con mayor rigor por el actor es la falsa motivación, en tanto se aceptó una renuncia que nunca se presentó, porque le fue aceptada una renuncia inexistente y basada en una carta de agradecimiento.

La falsa motivación, como lo ha reiterado²⁹, se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.

En el presente caso, es indudable que en el retiro del servicio del actor no medio manifestación expresa, libre y voluntaria de su deseo de hacer dejación del cargo en descongestión que ostentaba. Por el contrario, su manifestación se encaminó a expresar que cumplido en la fecha 30 de junio el término de prórroga decretada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y en atención a la comunicación del nominador de fecha 26 de junio le expreso sus agradecimientos por haberle permitido formar parte de su equipo de trabajo, luego de un lado se entendió vencimiento de término y de otro se valoró dicha misiva como deseo de retiro, con lo que si hubiese sido valorada dentro del contexto que

²⁹ **CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.** Bogotá, D.C., Quince (15) de Marzo de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660)

le correspondía la decisión hubiese sido diferente, por lo tanto queda demostrado el cargo de falsa motivación.

Lo anterior lleva a declarar la nulidad del artículo primero del Decreto 160 del 6 de julio de 2009, proferido por el Magistrado de la Sala Penal Sigifredo Espinosa Pérez. Sin embargo y dado que como se anotó, la prórroga prevista por el Acuerdo No. PSAA09-6063 de 2009, quebranta la Constitución y la ley, dado que no señaló término para la referida prórroga de la medida de descongestión, habrá de inaplicarse para el caso concreto este Acuerdo, por inconstitucional e ilegal, y en consecuencia no hay lugar a restablecer el derecho del actor, dado que de lo ilegal no se puede derivar un derecho legítimamente protegible.

En consecuencia, estima la Sala que en este caso se presentó falsa motivación del acto acusado, que lleva a la declaración de Nulidad, sin lugar a restablecimiento alguno porque el acto de prórroga por vía de la descongestión volvió permanente los cargos creados con carácter transitorio en quebranto de la vocación de permanencia que anima precisamente a los cargos permanentes.

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

REVOCASE la sentencia de 18 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que denegó las pretensiones de la demanda.

En su lugar se dispone:

DECLARAR LA NULIDAD del artículo 1º del Decreto 160 de 2009, expedido por el Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Alfredo de Jesús Espinosa Pérez.

INAPLICAR POR INCONSTITUCIONAL E ILEGAL el Acuerdo No. PSAA09-6063 DE 2009, de julio 1º, expedido por el Consejo Superior de la

Judicatura por ser contrario a los Art 256-7 y 257-2, así como al Art 63 de la ley 270 de 1996 modificado por el Art 15 de la ley 1285 de 2009.

NEGAR el restablecimiento del derecho impetrado.

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