

NATURALEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE SON PROFERIDOS EN CONCURSO DE MÉRITOS / ACTO DE NOMBRAMIENTO – Es un acto condición / AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA – Improcedencia frente al acto condición

El acto administrativo general es propio de los concursos de méritos para proveer empleos de carrera administrativa, trátese del régimen general o de los regímenes especiales y específicos, el cual se encuentra en el origen del proceso meritocrático a adelantar y que tiene la vocación de definir, de manera abstracta, impersonal o indeterminada respecto a la generalidad de sus destinatarios, las reglas con acuerdo a las cuales se desenvolverá el proceso de selección correspondiente. Tal acto no es otro que aquél en el que se plasman todos los elementos atinentes a la voluntad del ente público que determina al adelantamiento, las fases y los requisitos del procedimiento de selección a desarrollar para proveer empleos de carrera en igualdad de condiciones de todos los aspirantes inscritos.(...) Ese acto administrativo de carácter general no es otro que el contenido de la convocatoria al concurso. (...) El acto de nombramiento no crea o modifica la situación jurídica de un particular, ni reconoce un derecho de igual categoría. Por tanto, el funcionario nombrado sólo adquiere los derechos del cargo al momento de su posesión, toda vez que el acto condición no atribuye derecho subjetivo alguno, solo decide que una persona, el nombrado, quedará sometida a un determinado régimen general, legal o reglamentario, una vez haya accedido a la posesión en el cargo. Por tal motivo, su génesis descarta que sea de índole particular, puesto que ubica a la persona en una situación objetiva e impersonal: la condición de empleado público. (...) Entiéndase como vía gubernativa como aquel instrumento que debe agotar quien se encuentra inconforme con una decisión de la administración para debatirla antes de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Tal actuación le permite a la entidad pública revisar la legalidad de los actos que expide con el objeto de que pueda revocarlos, modificarlos o aclararlos. En otras palabras, la vía gubernativa es el mecanismo idóneo para que las autoridades administrativas puedan rectificar sus propios errores, antes de que sean objeto de un proceso judicial. (...)En el sub-lite el señor Henry Cadena Franco pretende la nulidad del Actas 35 del 4 de diciembre de 2003, por medio de la cual la Corte Suprema de Justicia nombró en propiedad a los señores Jaime Alberto Saraza Naranjo y Claudia María Arcila Ríos como Magistrados de la Sala Civil de Familia de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en remplazo de la señora Margarita María Trejos Bueno y Camilo Ramírez Zaraza, respectivamente; y del Acta 1 del 22 de enero de 2004, expedida por la misma autoridad administrativa, quien confirmó el nombramiento de la señora Claudia María Arcila Ríos. Al tener en cuenta tanto lo expuesto en los anteriores acápite como lo pretendido por el demandante, es dable concluir que no era necesario agotar la vía gubernativa respecto de los actos acusados, porque, éstas fueron suscritas en medio de un concurso de méritos propio de la carrera judicial en el cual no se le brindó la oportunidad a quien participó en él de interponer recurso alguno; además, el acto de nombramiento es un acto condición sobre el cual tampoco es dable la presentación de algún recurso, por tal motivo, no es dable el alegato que propuso el recurrente, en el que afirma que por tratarse las Actas que profirió la Corte Suprema de Justicia de actos de carácter particular era obligatorio agotar vía gubernativa.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 133 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTÍCULO 62 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTÍCULO 63

CONCURSO DE MÉRITOS EN LA RAMA JUDICIAL / LISTA DE ELEGIBLES – Finalidad / NOMBRAMIENTO EN ORDEN DE ELEGIBILIDAD ACORDE CON

EL PUNTAJE EN LA LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONCURSO DE MÉRITOS – Obligatoriedad / PRINCIPIOS DE OBJETIVIDAD, IMPARCIALIDAD Y MÉRITO / DERECHO ADQUIRIDO

Las listas o registros definitivos de elegibles son actos administrativos de carácter particular que tienen por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Es decir, se **trata del acto administrativo que enumera las personas que aprobaron el concurso con el mayor puntaje de acuerdo con sus comprobados méritos y capacidades, las cuales deben ser nombradas en los cargos de carrera ofertados en estricto orden numérico.** (...) A través de su conformación, la entidad con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta. Entonces, la lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, **así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje.** (...) La carrera judicial es un mecanismo o instrumento objetivo, eficaz, racional, eficiente y en modernización constante, para el acceso a los cargos públicos, en virtud del cual, las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro, responden al principio del **mérito**, es decir, a la comprobación de las cualidades, talentos y capacidades de quienes pretendan ser servidores públicos, conforme a criterios objetivos previamente reglados, y no a razones puramente subjetivas, discrecionales, irracionales o arbitrarias para descalificar al funcionario. (...) Esto significa entonces, que el principio del «**mérito**» **constituye el criterio o factor definitorio e imperante, el presupuesto ineludible, la condición esencial y estándar principal, para el acceso, permanencia, ascenso y retiro del empleo público.** (...) Resultó desacertado el hecho de que en el sub-lite la Corte Suprema de Justicia hubiese elegido a personas que habían ocupado puestos inferiores en la lista de elegibles, pues con ello, se desconoció no solo el principio del mérito, el cual busca garantizar la excelencia y el funcionamiento óptimo en la administración pública, para el logro de los fines esenciales y objetivos del Estado Constitucional de Derecho, como es el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución; sino que también, un derecho adquirido, dado que quienes se encuentran en la citada lista y quien ocupe el primer lugar tiene un derecho adquirido, pues superó todas las etapas del concurso público de méritos. (...) Bajo ese contexto, no existe razón para que no sea nombrada la persona que además de superar el concurso de méritos del empleo que se ofertó, ocupó el primer puesto de la lista de elegibles; dicho de otra manera, no se justifica que quien superó todas las etapas del trámite no sea nombrado en aquella oportunidad, en la medida que si ocupó el primer lugar «tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, **no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido** a ser nombrado en el cargo correspondiente.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 125 / LEY 270 DE 1996 – ARTÍCULO 156 / LEY 270 DE 1996 – ARTÍCULO 157/ LEY 270 DE 1996 – ARTÍCULO 160

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 76001-23-31-000-2004-03075-01(0544-19)

Actor: HENRY CADENA FRANCO

Demandado: RAMA JUDICIAL, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Trámite: Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia / Decreto 01 de 1984

Asunto: Establecer si es posible escoger de la lista de elegibles a un candidato que ocupó un puesto inferior.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 27 de septiembre de 2019¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 20 de marzo de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Henry Cadena Franco en contra de la Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

I. ANTECEDENTES.

1.1 La demanda y sus fundamentos².

Henry Cadena Franco, por intermedio de apoderado judicial³, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Decreto 01 de 1984– presentó demanda con el fin que se declare la nulidad de las Actas 35 del 4 de diciembre de 2003⁴, por medio de la cual la Corte Suprema de Justicia nombró en propiedad a los señores Jaime Alberto Saraza Naranjo y Claudia María Arcila Ríos, como Magistrados de la Sala Civil de Familia de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en remplazo de la señora Margarita María Trejos Bueno y Camilo Ramírez Zaraza, respectivamente; y 1 del 22 de enero de 2004⁵, expedida por la misma autoridad administrativa, quien confirmó el nombramiento de la señora Claudia María Arcila Ríos.

¹ Visible en el folio 300 del expediente.

² Demanda visible a folios 13 al 23 del expediente.

³ La abogada Beatriz Cadena Franco.

⁴ Visible en folio 2 al 9 del expediente.

⁵ Visible en folio 10 al 11 del expediente.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó: (i) la designación como Magistrado de la Sala Civil- Familia de Tribunal Superior de Pereira, por haber ocupado el primer puesto de la lista de elegibles; (ii) el pago de salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el día en que tomó posesión del cargo la señora Claudia María Arcila Ríos «5 de febrero de 2004» y hasta cuando se produzca su nombramiento efectivo del citado cargo⁶; y, dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso administrativo.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica, así:

El Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo 117 del 05 de agosto de 1997 convocó a concurso público de méritos con el objeto de conformar el Registro Nacional de Elegibles para la elaboración de las listas de candidatos para proveer los cargos de Magistrado de Tribunal Administrativo y Superior de Distrito Judicial, en el cual participó el señor Henry Cadena Franco y obtuvo, de acuerdo con la especialidad, los siguientes puntajes:

| SALAS DE TRIBUNAL POR ESPECIALIDADES | SECCION AL DEL VALLE | NUMERO DE PARTICIPANTES EN EL VALLE | EN TODO EL PAÍS | NUMERO DE PARTICIPANTES EN EL PAÍS | PUNTAJE |
|---|-----------------------------|--|------------------------|---|----------------|
| CIVIL | Primer puesto | Trece (13) | Décimo puesto | Ciento sesenta y cinco (165) | 765.60 |
| LABORAL | Primer puesto | Cinco (5) | Noveno puesto | Ciento seis (106) | 770.96 |
| FAMILIA | Segundo puesto | Catorce (14) | Noveno puesto | Ciento cuarenta y uno (141) | 767.90 |
| AGRARIA | Primer puesto | Seis (6) | Octavo puesto | Ochenta y siete (87) | 762.43 |
| CIVIL-LABORAL | Primer puesto | Tres (3) | Octavo puesto | Ochenta y dos (82) | 761.43 |
| CIVIL-FAMILIA | Primer puesto | Once (11) | Octavo puesto | Ochenta y dos (151) | 769.51 |

⁶ De conformidad con el Acta 4 del 3 de marzo de 2005 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia «visible a folio 90 a 99 de cuaderno 3», el señor Henry Cadena Franco fue nombrado Magistrado de la Sala Superior del Distrito Judicial de Cali, en remplazo del señor Álvaro Cataño Patiño.

| | | | | | |
|------------------------|---------------|----------|---------------|---------------------|--------|
| CIVIL-LABORAL FAMILIA. | Primer puesto | Seis (6) | Octavo puesto | Noventa y tres (93) | 763.21 |
|------------------------|---------------|----------|---------------|---------------------|--------|

Mediante el Acuerdo 2164 del 30 octubre de 2003, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura envió a la Corte Suprema de Justicia la lista de candidatos elegibles con el fin de proveer la vacante para el cargo de Magistrado de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, lista en la que ocupaba el primer puesto el señor Henry Cadena Franco, sin embargo, fueron designados en propiedad los señores Jaime Alberto Saraza Naranjo y Claudia María Arcila Ríos, quienes habían obtenido un puntaje inferior al que él había obtenido.

El 15 de abril de 2005, el señor Henry Cadena Franco fue nombrado Magistrado de la Sala Superior del Distrito Judicial de Cali, en remplazo del señor Álvaro Cataño Patiño.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 13, 25, 29, 40, 53, 83 y 125; Código Contencioso Administrativo, artículo 29; Ley 270 de 1996, artículos 156, 162, 164, 166 y 167.

Como concepto de violación de las normas invocadas, manifestó que los actos demandados están viciados de nulidad por las siguientes razones:

Es obligación legal y constitucional del nominador designar al candidato de mayor puntaje que figure en la lista de elegibles, pues, según el legislador y la Corte Constitucional⁷, mediante el concurso de méritos se pretende seleccionar a los mejores aspirantes a vincular con el Estado y obliga al nominador a ser objetivo en la selección del mejor de los postulados, de manera entonces que, la exclusión de los concursantes con un puntaje superior resulta ser arbitraria; por ello, quien ocupe el primer lugar, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás en orden descendente.

La designación de la señora Claudia María Arcila Ríos es un desconocimiento de la doctrina constitucional por omitir el sistema general de carrera para la provisión de cargos al servicio del Estado, por ende, la Corte Suprema de Justicia, en su condición de seleccionador, debió respetar el mérito obtenido, siendo este el criterio fundamental para ingresar a los cargos de carrera.

1.3 Contestación de la demanda.

Tanto la Rama Judicial como la señora Claudia María Arcila Ríos «en calidad de tercero interesado» contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal, en la que se opusieron a las pretensiones formuladas por el actor, con fundamento en los siguientes argumentos

Nación- Rama Judicial⁸.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-037 del 5 de febrero de 1995. Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

⁸ Visible en folios 75 al 93 del expediente

Si bien es cierto los actos administrativos por medio de los cuales la Corte Suprema de Justicia realizó la designación de los aspirantes a Magistrados para los cargos de las diferentes especialidades, que se encontraban relacionados en la lista remitida por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentran ajustados a la normativa vigente, no se puede desconocer que el señor Henry Cadena Franco no agotó vía gubernativa, lo cual quiere decir que ha operado el fenómeno de caducidad.

En efecto, dado que con ello el legislador pretendió brindarle certeza y seguridad jurídica a la administración y al administrado en las actuaciones que ejerzan, es así como, conforme a lo establecido al artículo 63 del Código Contencioso Administrativo⁹ se entiende agotada la vía gubernativa 4 meses después de su expedición y/o notificación, lo cual ocurrió en el sub-lite al no haber incoado la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término establecido.

Los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativos serán suficientes, por sí mismos, para que la administración puede ejecutar de inmediato lo necesario para su cumplimiento. Con la ejecutoriedad hace referencia a que determinado acto administrativo, cuya finalidad es producir ciertos efectos jurídicos, se presumen expedidos con base en los elementos legales para su producción y en consecuencia es obligatorio para el administrado y la administración.

Para finalizar, propuso las siguientes excepciones: (i) inexistencia de perjuicios, como quiera que se encuentran ajustadas a derecho todas y cada una de las actuaciones realizadas por parte de la Corte Suprema de Justicia; (ii) cobro de lo no debido, porque pretende el pago de una suma dineraria que en ningún momento la administración adeuda; e (iii) innominada, en caso de que se llegue a probar cualquier otra.

Claudia María Arcila Ríos¹⁰.

Si se tiene en cuenta que la demanda debe acompañarse de los actos administrativos acusados, pues así lo establece el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo¹¹, resulta que en el presente caso el señor apoderado del señor Henry Cadena Franco no lo aportó, razón por la cual no era posible que fuera admitida la demanda.

⁹ “(...) Artículo 63. AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA. El agotamiento de la vía gubernativa acontecerá en los casos previstos en los numerales 1º y 2º del artículo anterior, y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja. (...)”.

¹⁰ Visible en folios 46 al 57 del expediente.

¹¹ “(...) **ARTÍCULO 138.** Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero sí fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren.

(...)”.

Precisó que, a la fecha de la contestación de la demanda, el señor Henry Cadena Franco fue elegido Magistrado de Tribunal Superior por parte de la Corte Suprema de Justicia, por ello, el carácter de elegible o integrante de la lista se perdió.

Adicionalmente propuso las siguientes excepciones: (i) ineptitud sustantiva de la demanda, por no contar en la demanda una copia del acto acusado; (ii) imposibilidad de acceder a las pretensiones, dado que el demandante ha presentado varias demandas del mismo tenor contra diversas elecciones de Magistrados del Tribunal Superior por parte de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales alegó haber tenido derecho a ser elegido.

1.4 La sentencia apelada¹².

El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia del 20 de marzo de 2018 declaró la nulidad de los actos acusados y, en consecuencia, ordenó declarar elegido al señor Henry Cadena Franco en el cargo de Magistrado del Tribunal Superior; reconoció la diferencia de salarios, primas, reajustes y demás emolumentos dejados de percibir desde la posesión de la señora Claudia María Arcila Ríos como Magistrada del Tribunal Superior de Pereira «5 de febrero de 2004» hasta cuando tomó posesión como Magistrado de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali «14 de abril de 2005». Lo anterior, por las razones que a continuación se pasan a exponer:

El acceso a cargos de carrera y el ascenso de los mismos dentro de la Rama Judicial se realizan previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados por la Constitución y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como los reglamentos que expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura con base en las facultades conferidas en el artículo 253 numeral 3º de la Constitución Política, siendo la convocatoria la norma obligatoria que regula todo el proceso de selección mediante concurso de méritos.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-654 de 2011¹³ sostuvo que el régimen de carrera se encuentra fundado en 3 objetivos básicos: (i) el óptimo funcionamiento en el servicio público, desarrollado en condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad; (ii) garantizar el ejercicio del derecho al acceso y al desempeño de funciones y cargos públicos; y, (iii) proteger y respetar los derechos subjetivos de los trabajadores al servicio del Estado, originados en el principio de estabilidad en el empleo.

De manera entonces que la Ley 270 de 1996 estableció el concurso de méritos como un proceso mediante el cual, a través de la evaluación de conocimientos, destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de la personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera judicial, determina su inclusión en el registro de elegibles y fija su ubicación, el cual se constituye de dos etapas: (i) la selección que tiene por objeto la escogencia de los aspirantes por un conjunto de pruebas señaladas y reglamentadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; (ii) la clasificación que se conforma de los concursantes que hayan superado las etapas previas, organizados en orden descendente, teniendo en cuenta las diferentes categorías de empleos y puntajes para cada etapa del proceso de selección.

¹² Visible a folios 236 al 257 del expediente.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-654 del 5 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Bajo ese contexto, la facultad nominadora de las corporaciones judiciales se traduce en la competencia para realizar un último juicio de idoneidad sobre los integrantes de la lista de candidatos, en aras a seleccionar al mejor de ellos, este proceso de selección debe estar basado en razones objetivas, solidas y explícitas, es así como la decisión de exclusión debe motivarse con apoyo en argumentos específicos y expresos a quien no ofrece garantías de idoneidad para ejercer la función a la que aspira, en caso de que no se llegue a escoger a quien ocupó el primer lugar; lo contrario sería, desconocer el mérito, que constituye el factor decisivo de la carrera.

En el presente proceso se encontró probado que el demandante ocupó el primer lugar en el concurso de méritos para el cargo de Magistrado de la Sala Civil de Familia del Tribunal Superior de Pereira, sin embargo, el 4 de diciembre de 2003 la Corte Suprema de justicia designó a la doctora Claudia María Arcila Ríos, sin que fueran explicadas las razones por las cuales fue obviado el orden de elegibilidad remitido por el Consejo Superior de la Judicatura, como tampoco las razones objetivas, tales como: antecedentes penales, disciplinarios, grave o injustificado incumplimiento de sus deberes y funciones o absoluta falta de decoro o respetabilidad que permitieran excluirlo.

En otras palabras, la indebida motivación del acto por parte de la Corte Suprema de Justicia no implica que no existan razones para que, en ejercicio de su discrecionalidad, excluya al señor Henry Cadena Franco de la lista; es posible que existan, pero tales particularidades no constan en el expediente. Así pues, por tratarse de una lista de candidatos cuyo cumplimiento es secuencial y descendente que garantiza la elección objetiva e idónea de quien se supone ocupar la mejor de las calidades para el nominador y, además, como no expresaron las razones por las cuales se abstuvo de elegir al primero de la lista, es dable acceder a las pretensiones de la demanda.

1.5 El recurso de apelación¹⁴.

La parte demandada interpuso recurso de apelación con los argumentos que se exponen a continuación:

Expresó estar inconforme con la sentencia proferida por el a quo, en razón a que el demandante no agotó vía gubernativa, con lo cual se desconoció lo establecido en el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo¹⁵, concretamente, porque es un requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Adicionalmente, no se puede desconocer que la Corte Constitucional¹⁶ ha señalado que este requisito permite a la administración revisar sus actuaciones y enmendar, en caso de ser necesario, sus errores para así proceder al restablecimiento de los derechos del afectado, siendo el cumplimiento de este requisito una garantía más para que el administrado vea plenamente realizado su derecho al debido proceso.

¹⁴ Visible en folios 260 al 265 del expediente

¹⁵ "Artículo 135. POSIBILIDAD DE DEMANDA ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA ACTOS PARTICULARES. La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo"

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-319 del 2 de mayo de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra

A su juicio, los actos acusados se encuentran ajustados a la normativa que se encuentra vigente, por lo tanto, no puede afirmarse que ha transgredido derecho alguno del señor Henry Cadena Franco, concretamente, porque la Corte Suprema de Justicia podía nombrar a cualquiera de las personas que hicieran parte de la lista de elegibles.

II. CONSIDERACIONES

Cuestión previa.

Antes de formular el problema jurídico resulta necesario examinar el argumento propuesto por el recurrente, según el cual, era necesario que el señor Henry Cadena Franco agotara vía gubernativa respecto del acto por medio del cual fueron elegidos los señores Jaime Alberto Saraza Naranjo y Claudia María Arcila Ríos como Magistrados de la Sala Civil de Familia de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, pues en caso de que tal afirmación sea cierta, resultaría imposible estudiar el fondo del asunto¹⁷.

¹⁷ Es necesario precisar, aunque no es objeto de controversia, las diferencias que existen entre la acción electoral y la de nulidad y restablecimiento del derecho, lo anterior, para que no exista la menor duda que el medio de control idóneo en el presente caso era el de nulidad y restablecimiento del derecho. Sobre el particular, en sentencia de 30 de junio de 2016 la Sección Quinta del Consejo de Estado señaló:

“(…) A través del medio de control de nulidad electoral nunca pueden perseguirse pretensiones de restablecimiento de derechos individuales, dado que en estos casos los candidatos únicamente tienen una expectativa de derecho de ser elegidos derivada de la discrecionalidad de la voluntad de los electores, decisión que se tomará con base en la conveniencia.

Debido a las anteriores diferencias, por regla general, el acto que declara una elección como consecuencia de un concurso de méritos realmente no puede catalogarse como un acto electoral propiamente dicho, sino como, un acto electoral impropio, dado que este acto no refleja la discrecionalidad y conveniencia de los electores sino simplemente el derecho del mejor a ocupar un cargo, por lo que su impugnación debería realizarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de naturaleza laboral.

(…)

(i) Desde el punto de vista de la legitimación en la causa por activa, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho sólo podría ser ejercido por la persona que tenía derecho a ocupar el primer puesto en el concurso.

En cambio, el medio de control de nulidad electoral podría ser ejercido por cualquier persona, sin importar que haya o no participado en el concurso de méritos, e inclusive podría ser ejercido por la persona que tendría derecho a ocupar el primer puesto en el concurso.

(ii) Desde el punto de vista de las pretensiones que se pueden ejercer, en la nulidad electoral, por las razones explicadas no se puede solicitar nunca el restablecimiento del derecho.

Si la persona que tiene el derecho a ocupar el cargo por haber sido el mejor en el concurso de méritos desea obtener el restablecimiento de sus derechos, esta pretensión solamente podrá ser formulada mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de naturaleza laboral.

A través del medio de control de nulidad electoral nunca pueden perseguirse pretensiones de restablecimiento de derechos individuales, dado que en estos casos los candidatos únicamente tienen una expectativa de derecho de ser elegidos derivada de la discrecionalidad de la voluntad de los electores, decisión que se tomará con base en la conveniencia.

Debido a las anteriores diferencias, por regla general, el acto que declara una elección como consecuencia de un concurso de méritos realmente no puede catalogarse como un acto electoral propiamente dicho, sino como, un acto electoral impropio, dado que este acto no refleja la discrecionalidad y conveniencia de los electores sino simplemente el derecho del mejor a ocupar un cargo, por lo que su impugnación debería realizarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de naturaleza laboral.

(…)

(i) Desde el punto de vista de la legitimación en la causa por activa, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho sólo podría ser ejercido por la persona que tenía derecho a ocupar el primer puesto en el concurso.

En virtud de lo anterior, la Sala, examinará: **(a)** la naturaleza de los actos administrativos que son proferidos en el concurso de méritos; **(b)** del agotamiento de la vía gubernativa; y, **(c)** determinará si era necesario que se agotar este instrumento.

a) Naturaleza de los actos administrativos que son proferidos en el concurso de méritos.

Según el tratadista Luis Enrique Berrocal Guerrero¹⁸ los actos administrativos se pueden clasificar, entre otros, en generales, particulares y/o condición. Concretamente, el primero hace referencia a la acción, modificación o extinción de una situación jurídica objetiva, abstracta o impersonal no relacionada directa o indirectamente con una persona determinada o indeterminable; el segundo, como su nombre lo indica, es aquél que crea, modifica o extingue una situación particular o individual; y el último, es el que tiene como efecto ubicar una persona o cosa determinada, individualizada, bajo un régimen jurídico previamente establecido.

Sobre el particular, desde tiempo atrás esta Corporación¹⁹ ha señalado en cuanto a la diferenciación de los actos de contenido particular y el general lo siguiente:

“(…) La diferencia entre los actos de contenido particular y general depende del grado de indeterminación que tengan los sujetos destinatarios del mismo, como lo ha precisado esta Sala: ‘Para diferenciar un acto administrativo general de uno particular es necesario tener presente los siguientes aspectos: El acto administrativo se entiende, entre otras perspectivas, como una decisión adoptada o expedida en función administrativa a través de la cual la autoridad crea, modifica o extingue una posición de una persona o conjunto de personas determinadas o indeterminadas frente a una norma de derecho (situación jurídica). El acto singular o particular no necesariamente tiene un destinatario único, por cuanto puede ir dirigido tanto a una persona como a un grupo determinado de personas; en tanto que el acto general se expide siempre para un grupo indeterminado de personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman”.

Por su parte, la Corte Constitucional también se ha referido al respecto²⁰ y ha señalado que:

En cambio, el medio de control de nulidad electoral podría ser ejercido por cualquier persona, sin importar que haya o no participado en el concurso de méritos, e inclusive podría ser ejercido por la persona que tendría derecho a ocupar el primer puesto en el concurso.

(ii) Desde el punto de vista de las pretensiones que se pueden ejercer, en la nulidad electoral, por las razones explicadas no se puede solicitar nunca el restablecimiento del derecho.

Si la persona que tiene el derecho a ocupar el cargo por haber sido el mejor en el concurso de méritos desea obtener el restablecimiento de sus derechos, esta pretensión solamente podrá ser formulada mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de naturaleza laboral. (...)”.

¹⁸ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo 7ª Edición, Librería Ediciones del Profesional. 2016. Pág. 145.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 4 de marzo de 2010, expediente: 2003-00360-01(3875-03), C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

²⁰ Sentencia C-620/04

“(...) la jurisprudencia y la doctrina han diferenciado los llamados Actos Administrativos de carácter general y los Actos Administrativos de carácter particular. A través de los primeros, se conocen aquellos actos administrativos en los que los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, y no singular y concreta, y por lo tanto versados a una pluralidad indeterminada de personas; es decir, a todas aquellas que se encuentren comprendidas en tales parámetros. Por el contrario, los segundos, son aquellos actos administrativos de contenido particular y concreto, que producen situaciones y crean efectos individualmente considerados. No obstante, lo anterior, la indeterminación no se relaciona únicamente en punto del número de receptores de la decisión administrativa, sino que igualmente estos aparezcan individualizados. En otras palabras, “puede existir un acto general referido, en la práctica, sólo a algunas pocas personas o a ninguna y viceversa, un acto individual referido a muchas personas concretamente identificadas (...)”.

De acuerdo con lo anterior, es dable concluir que el acto administrativo general es propio de los concursos de méritos para proveer empleos de carrera administrativa, trátase del régimen general o de los regímenes especiales y específicos, el cual se encuentra en el origen del proceso meritocrático a adelantar y que tiene la vocación de definir, de manera abstracta, impersonal o indeterminada respecto a la generalidad de sus destinatarios, las reglas con acuerdo a las cuales se desenvolverá el proceso de selección correspondiente.

Tal acto no es otro que aquél en el que se plasman todos los elementos atinentes a la voluntad del ente público que determina al adelantamiento, las fases y los requisitos del procedimiento de selección a desarrollar para proveer empleos de carrera en igualdad de condiciones de todos los aspirantes inscritos. Ese acto administrativo de carácter general no es otro que el contenido de la convocatoria al concurso, acerca de la cual ha expresado la Corte Constitucional²¹:

“(...) La sentencia C-040 de 1995 reiterada en la SU-913 de 2009, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así: 1. Convocatoria... es [...] “la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinearán los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al

²¹ Sentencia SU446/11

empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada (...).”

Finalmente, respecto a la naturaleza jurídica del acto de nombramiento, esta Corporación²² ha señalado que se trata de un acto condición que está sujeto a la verificación de unos presupuestos legales que conducen a formalizar el nombramiento y a completar la investidura de servidor.

En las anteriores condiciones, el acto de nombramiento no crea o modifica la situación jurídica de un particular, ni reconoce un derecho de igual categoría. Por tanto, el funcionario nombrado sólo adquiere los derechos del cargo al momento de su posesión, toda vez que el acto condición no atribuye derecho subjetivo alguno, solo decide que una persona, el nombrado, quedará sometida a un determinado régimen general, legal o reglamentario, una vez haya accedido a la posesión en el cargo. Por tal motivo, su génesis descarta que sea de índole particular, puesto que ubica a la persona en una situación objetiva e impersonal: la condición de empleado público.

El artículo 133 de la Ley 270 de 1996 «Ley Estatutaria de Administración de Justicia» respecto a la aceptación, confirmación y posesión en el cargo, señala:

“(...) El nombramiento deberá ser comunicado al interesado dentro de los ocho días siguientes y éste deberá aceptarlo o rehusarlo dentro de un término igual.

Quien sea designado como titular en un empleo para cuyo ejercicio se exijan requisitos y calidades, deberá obtener su confirmación de la autoridad nominadora, mediante la presentación de las pruebas que acrediten la vigencia de su cumplimiento. Al efecto, el interesado dispondrá de veinte (20) días contados desde la comunicación si reside en el país o de dos meses si se halla en el exterior.

La autoridad competente para hacer la confirmación sólo podrá negarla cuando no se alleguen oportunamente las pruebas mencionadas o se establezca que el nombrado se encuentra inhabilitado o impedido moral o legalmente para el ejercicio del cargo.

Confirmado en el cargo, el elegido dispondrá de quince (15) días para tomar posesión del mismo.

PARÁGRAFO. El término para la posesión en el cargo podrá ser prorrogado por el nominador por una sola vez, siempre que considere justa la causa invocada y que la solicitud se formule antes del vencimiento (...).”

De lo anterior se colige que en el caso de la Rama Judicial el nombramiento de un funcionario deberá ser comunicado, momento a partir del cual, la persona que fue objeto de este debe realizar la manifestación expresa de su aceptación o rechazo dentro de los 8 días siguientes a la comunicación. Posteriormente, debe remitir al nominador los documentos que demuestren el cumplimiento de los requisitos legales para que se produzca su confirmación y luego acceder a su posesión, la cual, debe realizarse dentro de los 15 días siguientes.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 21 de julio de 2011, Consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren, número interno 1997-2009: ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de agosto de 2007, Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón, número interno: 0905-2005.

b) Del agotamiento de la vía gubernativa.

Entiéndase como vía gubernativa como aquel instrumento que debe agotar quien se encuentra inconforme con una decisión de la administración para debatirla antes de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Tal actuación le permite a la entidad pública revisar la legalidad de los actos que expide con el objeto de que pueda revocarlos, modificarlos o aclararlos²³. En otras palabras, la vía gubernativa es el mecanismo idóneo para que las autoridades administrativas puedan rectificar sus propios errores, antes de que sean objeto de un proceso judicial.

En términos del artículo 63 del Código Contencioso Administrativo la vía gubernativa se entiende agotada cuando acontecen los casos previstos en los numerales 1º y 2º del artículo 62 ibídem, esto es: (i) cuando contra el acto administrativo no procede ningún recurso; y, (ii) cuando los recursos interpuestos se han decidido. Sucedido lo anterior, es procedente la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto agotar la vía gubernativa es un presupuesto procesal necesario para interponerla²⁴. Así lo señala el artículo 135 ibídem al indicar que “(...) la demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo (...)”.

Ahora, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho debe dirigirse contra actos administrativos definitivos, esto es, aquellos que finiquitan la actuación administrativa en términos del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, la jurisprudencia los ha definido como “(...) aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, ya sea porque crearon, modificaron o extinguieron una situación jurídica en particular²⁵ (...)”.

Este tipo de actos administrativos difiere de los de trámite en tanto estos contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa. No obstante, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho también procede contra los actos de trámite cuando estos impidan continuar la actuación administrativa²⁶.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00342-00. Actor: Laboratorios Bussie S. A. Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio. Referencia: Acción De Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón. Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00141-00(0480-11). Actor: Jacqueline Becerra Becerra. Demandado: Procuraduría General de La Nación. Ver también sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Martha Teresa Briceño De Valencia. Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 15001-23-31-000-2010-01560-01(19713). Actor: Corporación Niños Cantores. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00327-01(3703-13). Actor: Omar Alexander Cutiva Martínez. Demandada: Distrito Capital - Secretaría de Gobierno Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

²⁶ Ibídem y artículo 50 del Código Contencioso Administrativo

Así las cosas, (i) la vía gubernativa es presupuesto necesario para presentar la demanda de nulidad y el restablecimiento del derecho; (ii) se entiende agotada una vez resueltos los recursos o cuando contra el acto no proceden los mismos; (iii) en este último caso es posible acudir directamente ante la jurisdicción contenciosa administrativa y; (iv) la demanda debe dirigirse contra el acto administrativo definitivo que puso fin a la actuación administrativa y contra los de trámite que impidan continuar con la actuación.

c) De la procedencia del agotamiento de la vía gubernativa en el presente caso.

En el sub-lite el señor Henry Cadena Franco pretende la nulidad del Actas 35 del 4 de diciembre de 2003²⁷, por medio de la cual la Corte Suprema de Justicia nombró en propiedad a los señores Jaime Alberto Saraza Naranjo y Claudia María Arcila Ríos como Magistrados de la Sala Civil de Familia de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en remplazo de la señora Margarita María Trejos Bueno y Camilo Ramírez Zaraza, respectivamente; y del Acta 1 del 22 de enero de 2004²⁸, expedida por la misma autoridad administrativa, quien confirmó el nombramiento de la señora Claudia María Arcila Ríos.

Al tener en cuenta tanto lo expuesto en los anteriores acápite como lo pretendido por el demandante, es dable concluir que no era necesario agotar la vía gubernativa respecto de los actos acusados, porque, éstas fueron suscritas en medio de un concurso de méritos propio de la carrera judicial en el cual no se le brindó la oportunidad a quien participó en él de interponer recurso alguno; además, el acto de nombramiento es un acto condición sobre el cual tampoco es dable la presentación de algún recurso, por tal motivo, no es dable el alegato que propuso el recurrente, en el que afirma que por tratarse las Actas que profirió la Corte Suprema de Justicia de actos de carácter particular era obligatorio agotar vía gubernativa.

Pero, si en gracia de discusión se admitiera que el acto de nombramiento es un acto particular, resulta que de conformidad con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, estos actos concluyeron la actuación administrativa, por cuanto definieron quien sería la persona que ocuparía el cargo de Magistrado de del Distrito Judicial de Pereira y, en tal medida, creó una situación nueva para los señores Jaime Alberto Saraza Naranjo y Claudia María Arcila Ríos y se extinguió, en aquella oportunidad, para el demandante.

Así las cosas, por no encontrar impedimento alguno, dado que se estableció que los actos acusados no eran pasibles de agotar la vía gubernativa, la Sala entrará al estudio de fondo del asunto sometido a consideración.

Problema jurídico

De acuerdo con el recurso de apelación, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar:

Si la Corte Suprema de Justicia al expedir las Actas 35 de 4 de diciembre de 2003 y 22 de enero de 2004, por medio de las cuales dejó de nombrar y confirmar, respectivamente, al señor Henry Cadena Franco en propiedad

²⁷ Visible en folio 2 al 9 del expediente.

²⁸ Visible en folio 10 al 11 del expediente.

como Magistrado en propiedad del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, desconoció los principios de objetividad, imparcialidad y mérito, por cuanto fueron designadas personas que habían ocupado un puesto inferior.

Con el propósito de resolver el problema jurídico planteado, la Sala se referirá, (i) en primer lugar, de manera breve, al concepto, naturaleza y uso amplio de las listas o registros de elegibles; (ii) en segundo lugar, el principio del mérito; y (iii) finalmente, se examinará el caso concreto.

(i) Naturaleza y uso de las listas de elegibles

Las listas o registros definitivos de elegibles son actos administrativos de carácter particular que tienen por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Es decir, se **trata del acto administrativo que enumera las personas que aprobaron el concurso con el mayor puntaje de acuerdo con sus comprobados méritos y capacidades, las cuales deben ser nombradas en los cargos de carrera ofertados en estricto orden numérico.**

A través de su conformación, la entidad con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta. Entonces, la lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, **así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje**²⁹.

Este acto tiene una vocación transitoria o temporal toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo, lo cual refuerza su obligatoriedad, porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso.

Es necesario precisar que **con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución**, en la medida en que, con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes.

Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales, cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 21 de abril de 2014, expediente No. 15001-23-33-000-2013 – 00563-02, con ponencia del magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Sobre el tema objeto de estudio, la Corte Constitucional se ha pronunciado puntualmente en dos oportunidades: (i) en sentencia de constitucionalidad C-319 de 2010, al resolver una demanda de constitucionalidad contra un apartado normativo de la Ley 201 de 1995, «por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación» y de la Defensoría del Pueblo, y (ii) a través de la sentencia de unificación SU-446 de 2011³⁰ al estudiar varias demandas de tutela presentadas por varios de los inscritos en uno de los concursos de la Fiscalía General de la Nación. Veamos:

En la sentencia C-319 de 2010, para el caso de la Defensoría del Pueblo, la Corte Constitucional, acogió el criterio según el cual, las listas de elegibles, mientras estén vigentes, pueden ser extendidas o utilizadas para proveer empleos adicionales a los originalmente ofertados, siempre y cuando sean iguales a los inicialmente sacados a concurso. Ello porque (i) de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución, la regla general es que los empleos públicos son de carrera y deben ser provistos a través de concursos públicos que permitan comprobar, verificar y medir el mérito; y (ii) en virtud de la aplicación de criterios de razonabilidad, eficiencia y economía en el gasto público, de tal manera que se dé el mayor uso posible a la lista de elegibles mientras esté vigente.

En sentencia SU-446 de 2011³¹ se estudian varias demandas de tutela presentadas por varios de los inscritos en uno de los concursos de la Fiscalía General de la Nación, estableció que la lista de elegibles conformada como resultado de un proceso de selección, durante su vigencia, podrá ser utilizada únicamente para proveer los cargos que fueron expresamente ofertadas en la convocatoria. Sin embargo, en la mencionada sentencia la Corte Constitucional acepta que tanto el Legislador cuando regula uno de los regímenes de carrera especial, o la «entidad convocante», pueden disponer la posibilidad de que la lista de elegibles sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente ofertados en el concurso de méritos, siempre que estos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

El Consejo de Estado también se ha ocupado de estudiar la legalidad de la regla que habilita el uso de la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en la convocatoria a concurso, siempre que sean equivalentes o similares. En sentencia de 26 de julio de 2018, proferida en el expediente 2015-1101 (4970-2015), la Sección Segunda de esta Corporación³² conservó la presunción de legalidad de varios apartados del Acuerdo No. 001 de 9 de abril de 2015, «por el cual se convoca y se fijan las bases y el cronograma del Concurso de Méritos Público y Abierto para el nombramiento de Notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial», que así lo señalaban. Al respecto señaló:

“(…) la regla jurisprudencial que autoriza el uso de la lista de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer cargos diferentes a los que fueron ofertados, siempre que sean de la misma naturaleza, perfil y denominación, y se haya establecido así en las bases de la respectiva convocatoria, tiene un claro arraigo constitucional, pues, materializa principios fundamentales de la función administrativa consagrados en el artículo 209 Superior, tales como economía, celeridad, eficiencia y eficacia, garantizando que un mayor número de plazas o empleos, sean

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, 26 de mayo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³¹ Corte Constitucional, 26 de mayo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³² Con ponencia de la Consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez.

provistas con quienes superaron todas las etapas del concurso y se ubicaron en la lista de elegibles.

(...) para el caso en concreto, no tiene sentido realizar un esfuerzo presupuestal de más de 6 mil millones de pesos desarrollando el concurso público de méritos, cuyo resultado es una lista de elegibles que sólo se usaría para proveer las vacantes ofertadas, pudiendo realizar una utilización más eficiente de dichos recursos, permitiendo que mientras esté vigente, dicho registro definitivo de elegibles sea utilizado para cubrir vacantes adicionales a las ofertadas cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación. Sin lugar a dudas, ello permite un uso racional de los recursos públicos, ya que se evita tener que convocar nuevos concursos a muy corto plazo, tantos como vacantes se vayan presentando, con los altos costos que ello demanda para el erario público, por cuanto no se obliga a la administración a efectuar concursos cada vez que se presenten vacantes, haciéndose uso del registro de elegibles que se encuentre vigente, el cual existe para llevar a cabo la provisión de cargos en forma rápida y eficaz, conforme con las reglas del mérito.

Por otra parte, también se garantiza el postulado fundamental del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución, pues, permitir el uso de las listas de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer empleos adicionales a los inicialmente ofertados, pero iguales o equivalentes a estos, parte precisamente, de la premisa según la cual, las personas designadas tienen comprobados méritos para desempeñar el cargo de notario. Es decir, se están nombrando a personas que han superado un concurso de mérito, diseñado de acuerdo con las necesidades del servicio y, especialmente, para cargos de igual naturaleza y categoría, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública, arbitrario e inconsulto. Ello apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano, en cuanto se acude a personal capacitado y previamente evaluado sobre las condiciones necesarias para el ejercicio de los cargos por proveer. De esta manera, se asegura que a la función pública accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose la inclusión de otros factores de valoración que son contrarios a la esencia misma del Estado Social de Derecho, y a la filosofía que inspira el sistema de carrera, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, pues, mientras se surten los nuevos concursos, los cargos de carrera a proveer quedarían sujetos a la sola voluntad del nominador y lo serían a través de la figura de la provisionalidad.

Y finalmente, se garantiza el ejercicio del derecho subjetivo de que son titulares quienes hacen parte de la lista de elegibles, en cuanto permite que éstos accedan a un cargo igual para el que concursaron y demostraron su idoneidad. (...)

En el caso objeto de análisis, observa la Sala que en lo que tiene que ver con la utilización de las listas de elegibles en el Sistema Específico de Carrera Notarial, para el último concurso de méritos, de acuerdo con el artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, en las bases mismas de la convocatoria se estableció que una vez provistos la totalidad de los cargos ofertados en la convocatoria, se puedan usar los registros de elegibles, para proveer eventuales cargos vacantes, aunque estos no hayan sido objeto de oferta en el proceso de selección, así como para proveer las notarías que se lleguen a crear durante la vigencia de las listas de elegibles.

Por lo tanto, para la Sala se encuentran satisfechas las dos condiciones exigidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando habilitó el uso de las listas de elegibles para proveer empleos no ofertados

inicialmente en la respectiva convocatoria, esto es, (i) que las bases de la respectiva convocatoria así lo establezca, y (ii) que los cargos que no fueron sacados a concurso al inicio del proceso de selección, y que se proveerían con las listas de elegibles, sean iguales o equivalentes a aquellos para los que se conformaron esos registros de elegibles. (...)

Por otra parte, en criterio de esta Corporación y, para el caso concreto del concurso de notarios adelantado en virtud de la convocatoria abierta mediante el demandado Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, es totalmente razonable, proporcional y justificado considerar utilizar de manera eficiente todo el esfuerzo que el Consejo Superior de la Carrera Notarial ha desarrollado para sacar adelante el proceso de selección, los recursos económicos sufragados, así como el talento humano que se ha desplegado; siendo este el norte o propósito que guía la regla contenida en la convocatoria que implica el alcance de la lista de elegibles para permitir su uso más allá de la provisión de las notarías inicialmente ofertadas, y de esta manera, cubrir también las que, durante la vigencia del registro de elegibles, quedaren vacantes o fueren creadas.

En ese sentido, luego del estudio realizado, la Sala considera que los apartes normativos demandados del artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, al autorizar a los aspirantes inscritos en el concurso que fueron incluidos en las listas de elegibles, a que opten por aquellas notarías que resultaren vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera, o que se llegaren a crear por el Gobierno Nacional durante la vigencia de las listas, no es contrario a las normas invocadas como vulneradas. (...)."

Así pues, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han señalado, en lo que tiene que ver con el uso amplio de las listas de elegibles, que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que: (i) dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y (ii) que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

(ii) El principio del mérito.

El artículo 125 de la Constitución establece que, por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. A renglón seguido, la norma constitucional señaló, que 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.

De esta forma, para el constituyente de 1991 la carrera administrativa³³ o judicial, como «sistema técnico de administración del personal al servicio del Estado»

³³ La Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se pronunció acerca de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, «*Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política*». La Corte constitucional sostuvo, que «*la carrera administrativa es un principio del ordenamiento jurídico superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, y en el instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría. [...]*». *Es tal la importancia de la carrera administrativa en el*

basado única y exclusivamente en el principio del «mérito», es el «el pilar fundamental de la estructura organizacional del Estado»,³⁴ y a su vez, el instrumento o mecanismo «preeminente»³⁵ o por excelencia,³⁶ por medio del cual se ingresa a los empleos públicos en los órganos y entidades del Estado, con excepción de las salvedades constitucionales y legales.

Así pues, la carrera judicial es un mecanismo o instrumento objetivo, eficaz, racional, eficiente y en modernización constante, para el acceso a los cargos públicos, en virtud del cual, las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro, responden al principio del **mérito**, es decir, a la comprobación de las cualidades, talentos y capacidades de quienes pretendan ser servidores públicos, conforme a criterios objetivos previamente reglados, y no a razones puramente subjetivas, discrecionales, irracionales o arbitrarias para descalificar al funcionario, tales como, la filiación política, su lugar de origen, el género, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión filosófica o su estilo de vida³⁷.

Esto significa entonces, que el principio del «**mérito**» **constituye el criterio o factor definitorio e imperante**³⁸, **el presupuesto ineludible**³⁹, **la condición esencial y estándar principal, para el acceso, permanencia, ascenso y retiro del empleo público.**

(iii) Del caso en concreto.

En el sub-lite la entidad demandada se encuentra en desacuerdo con la sentencia proferida por el a-quo porque, a su juicio, la Corte Suprema de Justicia podía nombrar a cualquiera de las personas que hacían parte de la lista de elegibles para ocupar el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, pues los señores Jaime Alberto Saraza Naranjo y Claudia María Arcila Ríos, quienes ocuparon los puestos 2 y 4, respectivamente, fueron nombrados mientras que el señor Henry Cadena Franco, pese a ocupar el primer puesto, no fue elegido.

ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional, bajo el entendimiento de que los principios «suponen una delimitación política y axiológica», por cuya virtud se restringe «el espacio de interpretación», son «de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional» y tienen un alcance normativo que no consiste «en la enunciación de ideales», puesto que «su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser». Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que «en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional».

³⁴ Sentencia C-1230 del 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-431 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

³⁶ En sentencia C-356 de 1994, la Corte Constitucional señaló, respecto de la Carrera Administrativa, que los siguiente: «La verdad es que se constituye en el instrumento más adecuado, ideado por la ciencia de la administración, para el manejo del esencialísimo elemento humano en la función pública, asegurando su acceso en condiciones de igualdad (art. 13 de la C.N.), promoviendo una lógica de méritos de calificación, de honestidad y eficiencia en la prestación del trabajo humano, alejando interesadas influencias políticas e inmorales relaciones de clientela, conceptos estos de eficiencia que comprometen la existencia misma del Estado.»

³⁷ Sentencias C-211 del 21 de marzo de 2007, MP. Álvaro Tafur Galvis y C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño

Atendiendo lo antes expuesto, para efectos de resolver el punto de controversia, la Sala contará con los siguientes elementos probatorios:

a) Por medio del Acuerdo 117 de 5 de agosto de 1997 la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura convocó a los interesados a vincularse a la Rama Judicial en los cargos de magistrado de Tribunal Administrativo y Superior del Distrito Judicial y de Juez de la República para que se inscribieran al concurso de méritos destinado a la conformación de los registros nacional de elegibles, con base en los cuales las Salas Administrativas elaborarían las listas de elegibles. En relación con el registro de elegibles dispuso⁴⁰:

“(…) Concluida la etapa clasificatoria, la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura procederá a elaborar los listados de inscripción en el registro de elegibles según orden descendiente de puntajes, para cada uno de los cargos en concurso.

La inscripción individual en el registro tendrá una vigencia de cuatro años, expedido el registro, durante los meses de enero y febrero de cada año, cualquier interesado podrá actualizar su inscripción con los datos que estime necesarios y con esto se reclasificará el registro, si a ello hubiere lugar. (…)

b) A través de la Resolución 1083 de 2000 la misma autoridad administrativa publicó los resultados finales obtenidos por los concursantes en el concurso de méritos destinado a la conformación del registro nacional de elegibles, en el cual se evidencia que los señores Jaime Alberto Saraza Naranjo, Claudia María Arcila Ríos y Henry Cadena Franco obtuvieron los siguientes puntajes⁴¹:

| Apellidos y Nombres | (...) | Prueba de conoci- - miento s | Entrevist a | Experienci a adicional | Capacit a- ciones y publica- ciones | Total |
|---|---------------|---|----------------|------------------------------|--|--------|
| Arcila Ríos Claudia María | | | | | | |
| Magistrado Tribunal Superior Sala Civil | | 277,76 | 280,00 | 79,00 | 0,00 | 636,76 |
| Magistrado Tribunal Superior Sala Familia | | 282,09 | 280,00 | 79,00 | 0,00 | 641,09 |
| Saraza Naranjo Jaime Alberto | | | | | | |
| Magistrado Tribunal Superior Sala Civil | | 312,59 | 280,00 | 37,44 | 0,00 | 630,03 |
| Magistrado Tribunal Superior Sala Civil – Laboral | | 313,81 | 280,00 | 37,44 | 0,00 | 631,25 |
| Magistrado Tribunal Superior Sala Laboral | | 322,76 | 280,00 | 37,44 | 0,00 | 640,20 |
| Cadena Franco Henry | | | | | | |
| Magistrado Tribunal Superior Sala Agraria | | 282,43 | 280,00 | 200,00 | 0,00 | 762,43 |
| Magistrado Tribunal Superior Sala Laboral | | 285,60 | 280,00 | 200,00 | 0,00 | 765,60 |

⁴⁰ Visible a folios 48 a 60 del cuaderno 2.

⁴¹ Visible a folios 61 a 97 del cuaderno 2.

| | | | | | | |
|--|--------|--------|--------|------|--|--------|
| Superior Sala Civil | | | | | | 0 |
| Magistrado Tribunal Superior Sala Civil – Familia | 289,51 | 280,00 | 200,00 | 0,00 | | 769,51 |
| Magistrado Tribunal Superior Sala Civil – Laboral | 281,43 | 280,00 | 200,00 | 0,00 | | 761,43 |
| Magistrado Tribunal Superior Sala Civil -Laboral - Familia | 283,21 | 280,00 | 200,00 | 0,00 | | 763,21 |
| Magistrado Tribunal Superior Sala Familia | 287,90 | 280,00 | 200,00 | 0,00 | | 767,90 |
| Magistrado Tribunal Superior Sala Laboral | 290,96 | 280,00 | 200,00 | 0,00 | | 770,96 |

c) Mediante el Acuerdo 2164 de 30 de octubre de 2001 la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura formuló ante la Corte Suprema de Justicia la lista de candidatos, en orden descendente de puntajes, tomados del registro nacional de elegibles integrado por quienes aprobaron el concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo 117 de 1997, destinada exclusivamente a proveer la vacante definitiva de Magistrado en la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Pereira, dejada por el señor Camilo Ramírez Zaraza. Para el efecto señaló a las siguientes personas⁴²:

- “(…) 1. CADENA FRANCO HENRY
2. SARAZA NARANJO JAIME ALBERTO
3. ÁLVAREZ DE ÁLZATE MARÍA DORIAN
4. ARCILA RÍOS CLAUDIA MARÍA
5. POLANCO PIÑERO CÉSAR AUGUSTO
6. ISAZA RIVERA MARÍA CLAUDIA
7. MONTENEGRO DE PEÑA MARY TERESITA
8. RÍOS RESTREPO LUZ NELLY
(…)”.

d) El 4 de diciembre de 2003 la Corte Suprema de Justicia nombró en propiedad a los señores Jaime Alberto Saraza Naranjo y Claudia María Arcila Ríos como Magistrados de la Sala Civil - Familia de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en remplazo de la señora Margarita María Trejos Bueno y Camilo Ramírez Zaraza, respectivamente⁴³.

e) El 22 de enero de 2004, la misma autoridad administrativa, confirmó el nombramiento de la señora Claudia María Arcila Ríos como Magistrada de la Sala Civil de Familia de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira⁴⁴.

f) El 3 de marzo de 2005 la Corte Suprema de Justicia nombró en propiedad al señor Henry Cadena Franco como Magistrado de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali⁴⁵.

Con fundamento en lo anterior se encuentra probado y no es objeto de controversia que: (i) el Consejo Superior de la Judicatura convocó a concurso de méritos para ocupar, entre otros, los cargos de Magistrado del Tribunal Superior;

⁴² Visible a folio 46 del cuaderno 2.

⁴³ Acta No. 35 del 4 de diciembre de 2003 visible a folios 2 a 9 del expediente.

⁴⁴ Acta No. 1 del 22 de enero de 2004 visible a folios 10 y 11 del expediente.

⁴⁵ Acta No. 4 de 3 de marzo de 2005 visible a folios 2 a 11 del cuaderno 2.

(ii) en el citado concurso el señor Henry Cadena Franco participó y obtuvo, en relación con los señores Jaime Alberto Saraza Naranjo y Claudia María Arcila Ríos, mejores puntajes; (iii) lo anterior conllevó a que encabezara la lista de elegibles para ocupar el cargo de Sala Civil - Familia de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira; y, (iv) finalmente, fueron designados los señores Jaime Alberto Saraza Naranjo y Claudia María Arcila Ríos como Magistrados de la Sala Civil - Familia de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en remplazo de la señora Margarita María Trejos Bueno y Camilo Ramírez Zaraza, respectivamente.

Ahora bien, como en el presente caso el objeto de discusión radica en la posibilidad de apartarse del orden descendiente en el que encuentra la lista de elegibles para ocupar un determinado cargo después de haber superado un concurso de méritos, es necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 al estudiar la constitucionalidad de la Ley 270 de 1996, uno de los componentes esenciales del funcionamiento y administración de la Rama Judicial es la carrera judicial, ello bajo el entendido que el sistema de carrera de que trata el artículo 125 constitucional busca garantizar la eficiencia en las labores que desempeñan órganos y entidades estatales, entre los que se encuentran los que hacen parte de la rama judicial⁴⁶.

Ahora bien, sobre los objetivos que deben guiar la tarea de administrar la carrera judicial, el artículo 157⁴⁷ de la Ley 270 de 1996, preceptúa lo siguiente:

“(…) Artículo 157. Administración de la carrera judicial. La administración de la carrera judicial se orientará a atraer y retener los servidores más idóneos, a procurarles una justa remuneración, programas adecuados de bienestar y salud ocupacional, capacitación continua que incluya la preparación de funcionarios y empleados en técnicas de gestión y control necesarias para asegurar la calidad del servicio, exigiéndoles, al mismo tiempo, en forma permanente conducta intachable y un nivel satisfactorio de rendimiento (…).” (Lo subrayado es de la Sala)

Por otra parte, sobre los fundamentos de la carrera judicial el artículo 156⁴⁸ de la Ley 270 de 1996, señala lo siguiente:

⁴⁶ Con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, providencia que efectuó la “revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, ‘Estatutaria de la Administración de Justicia’”.

⁴⁷ En sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional, con ponencia del entonces magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, al revisar la exequibilidad de los proyectos de ley 58/94 Senado y 264/95 Cámara, los cuales se convertirían en la Ley 270 de 1996, se dijo sobre este artículo:

“Según lo prevé el artículo 256 de la Constitución, al Consejo Superior de la Judicatura y a los consejos seccionales -en particular a su Sala Administrativa- les corresponde “administrar la carrera judicial”, de acuerdo con los criterios y postulados que, como en este caso, fije la ley. Así, pues, resulta compatible con la norma citada y con lo previsto en los artículos 125 y 228 constitucionales, que el legislador imponga el deber de lograr que quienes sean vinculados a la rama judicial mediante el sistema de carrera, reúnan las mejores condiciones personales y profesionales; y de igual forma, que comprometa a las autoridades competentes a otorgarle a los trabajadores las correspondientes prerrogativas de orden laboral y profesional, así como de bienestar personal y social. Obviamente, ello requiere una contraprestación por parte de los servidores públicos, cual es la de observar en todo momento el cumplimiento de sus obligaciones, de forma tal que no sólo se haga realidad el objetivo plasmado en el artículo 228 superior, sino que de igual forma se apliquen los compromisos que a las autoridades estatales les asigna el Estatuto Fundamental. La norma se declarará exequible.”

⁴⁸ En la sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional, con ponencia del entonces magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, al revisar la exequibilidad de los proyectos de ley 58/94 Senado y 264/95 Cámara, los cuales se convertirían en la Ley 270 de 1996, se dijo sobre este artículo:

“(…) Artículo 156. Fundamentos de la carrera judicial. La carrera judicial se basa en el carácter profesional de funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos al efecto y en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio”. (Lo subrayado es de la Sala).

De acuerdo con el artículo 125 de la Carta Política, el nombramiento de los servidores públicos pertenecientes al sistema de carrera, incluida la carrera judicial, debe hacerse por concurso público, salvo que la Constitución o la ley determinen una situación diferente. La citada norma superior igualmente faculta al legislador para establecer tanto los requisitos y condiciones necesarias para ingresar a la carrera o para ascender dentro de ella, como las calidades y méritos de los aspirantes.

Al respecto, el artículo 160⁴⁹ de la Ley 270 de 1996, estableció lo siguiente:

“(…) Artículo 160. Requisitos especiales para ocupar cargos en la carrera judicial. Para el ejercicio de cargos de carrera en la Rama Judicial se requiere, además de los requisitos exigidos en disposiciones generales, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección y aprobado las evaluaciones previstas por la ley y realizadas de conformidad con los

“Como se ha expresado a lo largo de esta providencia, el sistema de carrera de que trata el artículo 125 constitucional busca garantizar la eficiencia en las labores que desempeñan órganos y entidades estatales -entre los que se encuentran los que hacen parte de la rama judicial-, así como ofrecer a los asociados las mismas oportunidades para acceder a los cargos públicos, capacitarse, permanecer en ellos y ascender de conformidad con el régimen legal y las decisiones administrativas que adopten las autoridades competentes. Sobre las características de este sistema, conviene transcribir los siguientes argumentos de la Corte Constitucional, los cuales, si bien se refieren a la carrera administrativa, son igualmente aplicables al caso de la carrera judicial. (…)

Como puede apreciarse, el artículo bajo examen se encuentra concordancia con las consideraciones expuestas, pues procura que dentro del régimen de carrera judicial se aplique siempre el derecho fundamental a la igualdad y se le otorguen plenas garantías a los trabajadores que se vinculen a la administración de justicia, todo ello de conformidad con los artículos 25, 53, 122, 125 y 228 de la Carta Política.

Por lo demás, conviene establecer que, de acuerdo con lo expuesto a lo largo de esta providencia, resulta propio de una ley estatutaria sobre administración de justicia el fijar los principios generales que regularán la carrera judicial, todo ello sin perjuicio de las leyes de carácter ordinario que sobre el particular expida el Congreso de la República, con base en las facultades constitucionales anteriormente citadas. No obstante, dentro de estos parámetros, debe precisarse que las leyes ordinarias que se dicten sobre estos asuntos deberán, en todo caso, ceñirse a los preceptos que sobre la materia contiene la estatutaria cuyo proyecto se revisa y, lógicamente, a los postulados constitucionales.

La norma será declarada exequible.”

⁴⁹ En sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional, con ponencia del entonces magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, al revisar la exequibilidad de los proyectos de ley 58/94 Senado y 264/95 Cámara, los cuales se convertirían en la Ley 270 de 1996, se dijo sobre este artículo:

“Esta norma es un desarrollo de las atribuciones que la Carta Política le ha conferido al legislador para regular el sistema de carrera judicial (Arts. 125 y 150-23). Por lo demás, esta Corporación no halla vicio alguno de constitucionalidad en el hecho de que se establezca como requisito para acceder a los cargos en la rama judicial, además de haber aprobado los procesos de selección y evaluación correspondientes, el tener que acreditar el curso de formación que el presente proyecto de ley le encarga reglamentar al Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257-3 C.P.). Con ello, se logra que los funcionarios que se vinculen sean personas de alta capacidad profesional cuyo conocimiento jurídico garantice la seriedad y la profundidad de las decisiones que habrán de tomar, lo cual se traducirá a su vez en una mejor prestación del servicio público de administrar justicia. El artículo habrá de ser declarado exequible.”

reglamentos que para tal efecto expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

El acceso por primera vez a cualquier cargo de funcionario de carrera requerirá de la previa aprobación del curso de formación judicial en los términos que señala la presente ley (...). (Lo subrayado es de la Sala).

Entonces, para poder ingresar a la carrera judicial, además de los requisitos exigidos en las normas generales, es indispensable haber superado el proceso de selección, el cual de acuerdo con lo señalado en el artículo 162⁵⁰ ibídem, comprende las siguientes etapas:

“(...) Artículo 162. Etapas del proceso de selección. El sistema de ingreso a los cargos de Carrera Judicial comprende las siguientes etapas:

Para funcionarios, concursos de méritos, conformación del Registro Nacional de Elegibles, elaboración de listas de candidatos, nombramiento y confirmación.

Para empleados, concurso de méritos, conformación del Registro Seccional de Elegibles, remisión de listas de elegibles y nombramiento.

Parágrafo. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, conforme a lo dispuesto en la presente ley, reglamentará la forma, clase, contenido, alcances y los demás aspectos de cada una de las etapas. Los reglamentos respectivos deberán garantizar la publicidad y contradicción de las decisiones.”. (Lo subrayado es de la Sala).

Respecto de la etapa del proceso de selección para ingresar a la carrera judicial denominada concurso de méritos, el artículo 164⁵¹ de la Ley 270 de 1996, consagra lo siguiente:

⁵⁰ En sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional, con ponencia del entonces magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, al revisar la exequibilidad de los proyectos de ley 58/94 Senado y 264/95 Cámara, los cuales se convertirían en la Ley 270 de 1996, se dijo sobre este artículo:

“De acuerdo con el artículo 125 de la Carta Política, el nombramiento de los servidores públicos pertenecientes al sistema de carrera se hará por concurso público, salvo que la Constitución o la ley determinen una situación diferente. Dentro de ese mismo orden de ideas, la norma superior faculta al legislador para establecer tanto los requisitos y condiciones necesarios para ingresar a la carrera o para ascender dentro de ella, como las calidades y méritos de los aspirantes. Ahora bien, al determinar la disposición bajo examen que el sistema de ingreso a la carrera judicial comprende una serie de etapas que se diferencian dependiendo si se trata de empleados o de funcionarios, se está desarrollando lo previsto en el precepto constitucional citado, razón por la cual no cabe objeción de inexecutable alguna. (...). De otra parte, encuentra la Corte que -contrario a lo que argumentan los ciudadanos intervinientes- la facultad conferida a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para reglamentar las etapas del proceso de selección en comento, se apoya en lo previsto en el numeral 3o del artículo 257 del Estatuto Fundamental, toda vez que se trata de la adopción de medidas necesarias de orden laboral que sin duda alguna procuran garantizar el eficaz funcionamiento de la administración de justicia. El artículo será declarado executable.”

⁵¹ En la sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional, con ponencia del entonces magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, al revisar la exequibilidad de los proyectos de ley 58/94 Senado y 264/95 Cámara, los cuales se convertirían en la Ley 270 de 1996, se dijo sobre este artículo:

“La presente disposición acata fehacientemente los parámetros fijados por el artículo 125 superior y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el sentido de que el concurso de méritos, como procedimiento idóneo para proveer los cargos de carrera, debe cumplir una serie de etapas que garanticen a las autoridades y a los administrados que el resultado final se caracterizó por la transparencia y el respeto al derecho fundamental a la igualdad. (Art. 13 C.P.). Por ello, al definirse los procesos de convocatoria, selección o reclutamiento, la práctica de pruebas y la elaboración final de la lista de elegibles o clasificación, se logra, bajo un acertado sentido democrático, respetar los lineamientos que ha trazado el texto constitucional. Con todo, debe advertirse que “las pruebas” a las que se refiere el Parágrafo Segundo, son únicamente aquellas relativas a los exámenes que se vayan a practicar para efectos del concurso.

“Artículo 164. Concurso de méritos. El concurso de méritos es el proceso mediante el cual, a través de la evaluación de conocimientos, destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera judicial, se determina su inclusión en el Registro de Elegibles y se fijará su ubicación en el mismo.

Los concursos de mérito en la carrera judicial se regirán por las siguientes normas básicas:

1. Podrán participar en el concurso los ciudadanos colombianos que de acuerdo con la categoría del cargo por proveer, reúnan los requisitos correspondientes, así como también los funcionarios y empleados que encontrándose vinculados al servicio y reuniendo esos mismos requisitos, aspiren a acceder o a ocupar cargos de distinta especialidad a la que pertenecen.

2. La convocatoria es norma obligatoria que regula todo proceso de selección mediante concurso de méritos. Cada dos años se efectuará de manera ordinaria por la Sala Administrativa de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, y extraordinariamente cada vez que, según las circunstancias, el Registro de Elegibles resulte insuficiente.

3. Las solicitudes de los aspirantes que no reúnan las calidades señaladas en la convocatoria o que no acrediten el cumplimiento de todos los requisitos en ella exigidos, se rechazarán mediante resolución motivada contra la cual no habrá recurso en la vía gubernativa.

4. Todo concurso de méritos comprenderá dos etapas sucesivas de selección y de clasificación.

La etapa de selección tiene por objeto la escogencia de los aspirantes que harán parte del correspondiente Registro de Elegibles y estará integrada por el conjunto de pruebas que, con sentido eliminatorio, señale y reglamente la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

La etapa de clasificación tiene por objetivo establecer el orden de registro según el mérito de cada concursante elegible, asignándosele a cada uno un lugar dentro del Registro para cada clase de cargo y de especialidad.

Parágrafo 1. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reglamentará de manera general el contenido y los procedimientos de cada una de las etapas, y señalará los puntajes correspondientes a las diferentes pruebas que conforman la primera.

Parágrafo 2. Las pruebas que se apliquen en los concursos para proveer cargos de carrera judicial, así como también toda la documentación que constituya el soporte técnico de aquéllas, tienen carácter reservado. (...).”

A partir de la normativa arriba transcrita se tiene entonces, que a la carrera judicial se ingresa previa superación del proceso de selección, cuya primera etapa es el concurso de méritos, el cual, a su vez, se rige por varias normas básicas, siendo la primera de ellas, la que dispone que podrán participar en el concurso los ciudadanos colombianos que “de acuerdo con la categoría del cargo por proveer”, reúnan los requisitos correspondientes. Igualmente señala, la norma ejusdem, que el concurso de méritos en la rama judicial tiene dos fases: selección y clasificación.

Respecto de la fase del concurso de méritos llamada selección, el artículo 164, numeral 4, explica que consiste en “(...) la escogencia de los aspirantes que harán parte del correspondiente Registro de Elegibles y estará integrada por el conjunto

El artículo, bajo estas condiciones, será declarado exequible.”.

de pruebas que, con sentido eliminatorio, señale y reglamente la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (...).

Con fundamento en lo anterior, es dable afirmar que la carrera judicial ha sido elevada al rango de principio constitucional⁵², en razón a que busca la consecución de intereses superiores, entre los que se encuentran i) la selección del mejor personal para la función pública; ii) la realización de los principios de eficiencia y eficacia; iii) la garantía de la igualdad entre quienes aspiren a acceder al ejercicio público; iv) la conformación de una planta de personal que beneficie el interés general y, v) la estabilidad laboral de los empleados públicos⁵³.

Precisamente, al premiar la carrera administrativa el mérito, el inciso 2.º del artículo 125 superior estableció el concurso público como su garantía, de modo que el ingreso, permanencia y ascenso de los empleados públicos se base en criterios objetivos y que las decisiones no se permeen por aspectos subjetivos.

De esta manera, el concurso público al estar dirigido “(...) a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos (...)”⁵⁴, no hay lugar para que medien factores subjetivos al momento de elegir a quienes han superado todas las etapas propias del concurso de méritos, es decir, no hay lugar para que la selección del personal obedezca a favoritismos o caprichos del nominador⁵⁵.

Por tal motivo, resultó desacertado el hecho de que en el sub-lite la Corte Suprema de Justicia hubiese elegido a personas que habían ocupado puestos inferiores en la lista de elegibles, pues con ello, se desconoció no solo el principio del mérito, el cual busca garantizar la excelencia y el funcionamiento óptimo en la administración pública, para el logro de los fines esenciales y objetivos del Estado Constitucional de Derecho, como es el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución⁵⁶; sino que también, un derecho adquirido, dado que quienes se encuentran en la citada lista y quien ocupe el primer lugar tiene un derecho adquirido, pues superó todas las etapas del concurso público de méritos.

Bajo ese contexto, no existe razón para que no sea nombrada la persona que además de superar el concurso de méritos del empleo que se ofertó, ocupó el primer puesto de la lista de elegibles; dicho de otra manera, no se justifica que quien superó todas las etapas del trámite no sea nombrado en aquella oportunidad, en la medida que si ocupó el primer lugar «tiene, en tal virtud y por

⁵² La jurisprudencia ha señalado que tres criterios específicos para que sea considerado de esta manera. Uno histórico relacionado con la necesidad de acabar prácticas en la administración pública como el clientelismos, amiguismo o nepotismo existentes en Colombia desde tiempos remotos. El conceptual según el cual al ser considerado principio la carrera administrativa debe ser un estándar para la selección de personal y una guía de interpretación para las reglas sobre el ingreso al servicio público. Y un criterio teleológico entendido como el instrumento para cumplir los principios de eficiencia, eficacia en la función pública, igualdad de oportunidades para acceder a ella y de estabilidad laboral de los servidores públicos. Esta postura se encuentra explicada con detalle en la sentencia C-553 de 2010 con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva. Reiterado en la sentencia SU-539 de 2012 de igual ponente.

⁵³ Sentencia C-588 de 2009, magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C.1122 de 2005. magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-901 de 2008 magistrado ponente Mauricio González Cuervo.

⁵⁶ Ver Sentencias C-479 de 1992, Ms. Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-1079 de 2002 y C-1230 del 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

mandato constitucional, **no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido** a ser nombrado en el cargo correspondiente». ⁵⁷

En consecuencia, la Sala considera que es dable confirmar la sentencia del a-quo que accedió las pretensiones de la demanda, pero modulando los efectos de esta, por cuanto al establecer el nexo existente entre el reproche jurídico «nombrar a una persona que no había ocupado el primer puesto en la lista de elegibles» y los efectos que de ese reproche se derivan «la declaratoria de nulidad del acto acusado», se evidencia que se podrían verse afectadas las situaciones jurídicas consolidadas de carácter individual⁵⁸ propios de la señora Claudia María Arcila Ríos.

En efecto, si bien la citada señora había ocupado el puesto 4º en la lista de elegibles, no se puede desconocer que tenía el derecho a que fuese designada una vez se fueran nombrados los 3 primeros candidatos, lo cual sucedió el 3 de marzo de 2005, fecha en que fue electo el señor Henry Cadena Franco; por tal razón, los efectos jurídicos que se desencadenen de la nulidad de los actos acusados están dirigidos solo en amparar la situación jurídica del demandante «por no haber sido nombrado en el turno que le correspondía», mas no afectará a la señora Claudia María Arcila Ríos.

La anterior determinación se adopta porque es deber del juez explicar la posición jurídica de las partes en función no solo de una disposición legal y jurisprudencial, sino en forma integral en perspectiva de la totalidad de los principios del orden constitucional, de lo contrario sería muy probable que las decisiones judiciales fueran simplemente legales y no justas.

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

FALLA

CONFIRMAR con modulación la sentencia del 20 de marzo de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: Declárese la nulidad de las Actas 35 del 4 de diciembre de 2003 y 1 del 22 de enero de 2004, expedida por la Corte Suprema de Justicia, pero solo en cuanto a que se dejó de nombrar a quien había ocupado el primer puesto de la lista de elegibles, esto es, el señor Henry

⁵⁷ Sentencia T-455 de 2000, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo. Providencia reiterada en la SU-913 de 2009, con ponencia del magistrado Juan Carlos Henao Pérez.

Criterio esbozado también en la siguiente providencia: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 18001-23-31-000-2002-00196-01(2665-11). Actor: Pedro Rojas Rojas. Demandado: Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DEAJ. Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Bogotá, D.C., 2 de agosto de 2012.

⁵⁸ Con relación a los derechos adquiridos, la Carta Política en su artículo 58 establece que: “Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

Cadena Franco, ello quiere decir que no tendrá efecto alguno respecto del nombramiento de la señora Claudia María Arcila Ríos.

SEGUNDO: Confírmese en lo demás, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

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

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

(firmado electrónicamente)
CARMELO PERDOMO CUÉTER
(con aclaración de voto)

(firmado electrónicamente)
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(firmado electrónicamente)
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CONCURSO DE MÉRITOS - Lista de elegibles / EMPLEOS DE CARRERA - Principio del mérito / IMPOSIBILIDAD DE ESCOGER DE LA LISTA DE ELEGIBLES A UN CANDIDATO QUE OCUPÓ UN PUESTO INFERIOR - Derecho adquirido de quien ocupa el primer puesto / ACLARACIÓN DE VOTO

Aclaro mi voto al considerar que el restablecimiento del derecho en el sub judge, sería a título de reparación del daño por la pérdida de oportunidad al no haber sido elegido el demandante en el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito de Pereira, en cuyo caso, otra sería la fórmula para cuantificar dicho restablecimiento y no, utilizando la ficción durante el tiempo en que estuvo cesante, pues se está partiendo del equivocado supuesto de que el actor había sido nombrado para dicha plaza, cuando ello no aconteció. De tal suerte que se podía reconocer la reparación del daño porque el actor perdió la oportunidad de haber sido elegido como Magistrado del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, cargo en el que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Radicación número: 76001-23-31-000-2004-03075-01(0544-19)

Actor: HENRY CADENA FRANCO

Demandado: RAMA JUDICIAL, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Referencia: Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Segunda Instancia / Decreto 01 de 1984

TEMA: ACLARACIÓN DE VOTO

Comparto la decisión contenida en el fallo aprobado por la Sala el 26 de agosto de 2021 en el proceso de la referencia, sin embargo, respetuosamente aclaro mi voto.

De acuerdo con los antecedentes del proyecto, el actor pretende la nulidad de los actos acusados y pidió como restablecimiento del derecho, fuera designado como Magistrado de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, luego de haber ocupado el primer puesto en la lista de elegibles del concurso de méritos. Pidió también el pago de los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir, desde el día en que tomó posesión del cargo la señora Claudia María Arcila Ríos «5 de febrero de 2004» y hasta cuando se produjera su nombramiento efectivo en el citado cargo.

Mediante sentencia del 20 de marzo del 2018 el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina declaró la nulidad de las Actas 35 del 4 de diciembre de 2003 y 1 del 22 de enero de 2004 expedidas por la Corte Suprema de Justicia, mediante las cuales nombró en propiedad a los señores Jaime Alberto Saraza Naranjo y Claudia María Arcila Ríos, como Magistrados de la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

En dicha providencia, la primera instancia ordenó que se eligiera al señor Henry Cadena Franco en el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira al haber ocupado el primer lugar en el listado de elegibles y, a título de restablecimiento del derecho, reconoció el pago de la diferencia de salarios, primas, reajustes y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que tomó posesión del cargo la señora Claudia María Arcila Ríos como Magistrada de dicha Corporación -el 5 de febrero de 2004-, hasta cuando el actor Henry Cadena Franco tomó posesión del cargo como Magistrado de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 14 de abril de 2005.

La Sala mayoritaria decidió confirmar con modulación la sentencia impugnada, al precisar que los efectos jurídicos que se desencadenaran con ocasión de la declaratoria de nulidad de los actos acusados, estarían dirigidos únicamente en amparar la situación jurídica del demandante «por no haber sido nombrado en el turno que le correspondía», pero que dicha decisión no afectaría a la señora Claudia María Arcila Ríos quien se encontraba también en la lista de elegibles, ocupando el cuarto lugar.

Mi respetuoso distanciamiento está relacionado con la forma en que fue reconocido el restablecimiento del derecho, pues pareciera según el proyecto -ya que no es claro el asunto-, que al demandante le deberán ser pagados los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar, en el interregno entre el día en que lo debió elegir la Corte Suprema de Justicia -el 4 de diciembre de 2003 fecha en que fue elegida la señora Arcila Ríos- hasta el día en que fuera nombrado propiamente-, supuesto que en mi criterio no aplica, pues el actor Henry Cadena Franco nunca fue elegido como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, cargo para el cual concursó.

Así las cosas, aclaro mi voto al considerar que el restablecimiento del derecho en el sub judice, sería a título de reparación del daño por la pérdida de oportunidad al no haber sido elegido el demandante en el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito de Pereira, en cuyo caso, otra sería la fórmula para cuantificar dicho restablecimiento y no, utilizando la ficción durante el tiempo en que estuvo cesante, pues se está partiendo del equivocado supuesto de que el actor había sido nombrado para dicha plaza, cuando ello no aconteció.

De tal suerte que se podía reconocer la reparación del daño porque el actor perdió la oportunidad de haber sido elegido como Magistrado del Tribunal Superior de

Distrito Judicial de Pereira, cargo en el que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos⁵⁹.

Cabe precisar, que desde ningún punto de vista pongo en discusión el reconocimiento del mérito como principio orientador de la carrera en la rama judicial, motivo por el cual comparto la decisión de declarar la nulidad de las actas proferidas por la Corte Suprema de Justicia, al no haberse respetado el nombramiento de quien ocupó el primer lugar en el listado de elegibles para el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Pereira Sala Civil-Familia.

Con estos argumentos sustentó mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

(Firmado electrónicamente)

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Consejero de Estado

⁵⁹ Al respecto se puede consultar la sentencia del 25 de septiembre de 2020 radicación número: 73001-23-33-000-2013-00499-02 (3852-2014) M.P. César Palomino Cortés