



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, dos (02) de abril de dos mil veinte (2020)

Magistrado Sustanciador: David Fernando Ramírez Fajardo

EXPEDIENTE: **19001-23-33-004-2016-00229-00**
M. DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACTOR: **GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN**
DEMANDADO: **NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**

SENTENCIA No. 037

I.- ANTECEDENTES.

1.1.- Demanda¹.

El señor GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando, de que se declare la nulidad del Oficio No. CSJOFL15-3728 del 23 de noviembre de 2015, suscrito por la directora de la Unidad de Carrera Judicial.

A título de restablecimiento del derecho, solicita *“se ordene el nombramiento del abogado GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARIN en el cargo de Magistrado Sala Laboral – Tribunal Superior de Distrito Judicial como integrante del registro de elegibles contenido en la Resolución No. PSAR11-684 del 19 de julio de 2011, que estuvo vigente hasta el 18 de agosto de 2015, y con ocasión de la creación de cargos dispuesta en el artículo 12 del Acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015 o en cualquier otra vacante.”*

Que de ser improcedente la anterior pretensión, se declare la nulidad del Oficio CJOFL16 de 25 de febrero de 2016, suscrito por la Unidad de Carrera Judicial y como consecuencia de ello *“se ordene el nombramiento en propiedad para los cargos de Magistrado Sala Laboral Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga con ocasión de la desvinculación del servicio de los Magistrados Alonso Yañez Riveros y Ethel Cecilia Mesa Mariño, respectivamente o cualquier otra vacante para el mismo cargo que se pruebe en el proceso y generada a 18 de agosto de 2015, al configurarse la causal objetiva de retiro forzoso de que trata el numeral 4 del artículo 149 de la Ley 270 de 1996.*

Como restablecimiento de ambas pretensiones de nulidad, se condene al pago de todos los salarios y prestaciones sociales propias del cargo de Magistrado Sala

¹ Demanda a folio 2-9 C. Ppal., y reforma de la demanda a folio 257-259 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Laboral – Tribunal Superior de Distrito Judicial, desde el momento en que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia hizo la provisión de estos cargos en provisionalidad y hasta el momento en que se realice su vinculación por el sistema de méritos.

Adicionalmente, se ordene el pago de 100 salarios mínimos mensuales legales, por concepto de perjuicios morales.

1.2.- Hechos.

Refiere que el señor Gustavo Adolfo Pazos Marín, hizo parte del registro de elegibles, contenido en la Resolución No. PSAR11-684 de 19 de julio de 2011, dentro de la Convocatoria del Concurso Público 17 y 18, para aspirar al cargo de magistrado Sala Laboral de Tribunal Superior de Distrito, la cual, aduce, estuvo vigente hasta el 18 de agosto de 2015, con ocasión de la orden judicial proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado a través de providencia de 21 de octubre de 2015, proferida dentro del proceso con radicado No. 25000-23-36-000-2015-01663-01, y lo señalado por la Sala de Conjuces del Tribunal Superior de Arauca en sentencia del 29 de agosto de 2015, confirmada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia STL 17356 de 10 de diciembre de 2015.

Que en vigencia de la mayoría de registros de legibles dentro de la Convocatoria del Concurso Público 17 y 18, aduce, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura desde enero de 2015 generó la confianza legítima al crear 4.607 cargos permanentes en ejecución del rubro “1-0-1-10”, a partir del 01 de mayo de 2015, conforme el Acuerdo No. PSAA15-10335 de 29 de abril de 2015, mediante el cual se prorrogaron, ajustaron y adoptaron unas medidas de descongestión, y en el cual estableció que se *“ha venido estudiando desde hace varios la creación de cargos permanentes”*.

Arguye que la creación de cargos estaba prevista a partir del 01 de mayo de 2015, en vigencia de la mayoría de los registros de elegibles, incluida la Resolución No. PSAR11-684 de 2011 de la que hizo parte el aquí demandante. Sin embargo, la decisión administrativa de creación de cargos se dio el 29 de octubre de 2015, a través del Acuerdo PSAA15-10402, luego de que la mayoría de registros de elegibles expiraron por vencimiento de término de los 4 años de que trata la norma.

Que se elevó petición a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la cual fue resuelta a través del Oficio No. UDAEOF15.1737 del 06 de junio de 2015, en el cual se adujo dicha dependencia gozaba de plena autonomía para adoptar las decisiones encaminadas a mejorar el funcionamiento de la Administración de Justicia y que se encontraba adelantando los estudios correspondientes y se reuniría para el efecto el 06 de julio de 2015 con la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.

Pese a lo anterior, resalta se contrasta con la respuesta dada por el presidente de la Comisión Interinstitucional de 25 de junio de 2015, en la que se expresa, no se había allegado información o propuesta de la Sala Administrativa sobre reestructuración o creación de la planta de personal de la Rama Judicial.

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Que por lo anterior, se impetró acción de cumplimiento ante el Consejo de Estado, la cual fue declarada improcedente a través de fallo de 30 de octubre 2015. Aduce, en esta acción, se puso de presente el retardo en la creación de cargos y que ello conllevaría a que su provisión no se pudiese efectuar mediante el sistema de méritos, como en efecto sucedió, pues en mayo y junio ya había fenecido la mayoría de registro de elegibles y entre julio y noviembre de 2015 vencerían los siguientes.

Que conforme certificación de 27 de julio de 2015, emitida por la directora de la Unidad de Administración de Carrera Judicial, al año 2015, estaban vigentes 23 registro de elegibles dentro de la convocatoria 17 y 18 para los distintos cargos de funcionario dentro de la Rama Judicial; sin embargo, solo 3 de dichas listas, pudieron acceder a la creación de cargos, lo que significa que al 85% de registros, les fue vedada dicha oportunidad.

Resalta que el registro de elegibles para magistrado de Sala Penal de Tribunal Superior de Distrito Judicial y magistrados de Tribunal Contencioso Administrativo, estuvo vigentes hasta el 24 de octubre de 2015 y que, contrario a quienes aspiraban ocupar el cargo para Sala Laboral de Tribunal Superior, pudieron acceder a los cargos creados a través del acuerdo de 29 de octubre, sin que, aduzca, exista información de las razones objetivas que justificaron ese trato discriminatorio frente a sujetos que estaban en igualdad de condiciones.

Manifiesta que en las consideraciones del Acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015, por el cual se crearon con carácter permanente unos cargos en todo el territorio nacional, se verifica que desde el 05 de agosto de 2015, estaba el proyecto de acuerdo, y que para ese momento estaba efectivo el registro de elegibles del que hacía parte el señor Pazos Marín, que, como indicó, estuvo vigente hasta el 18 de agosto de esa anualidad.

Que solo hasta el 05 de agosto de 2015, fue remitido el proyecto de acuerdo a la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, sin que su concepto obligara de manera alguna.

Concluye que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el mes de mayo de 2015, ya tenía determinado el número de cargos que debía crearse para comenzar a solucionar la problemática de la demanda del servicio público de justicia, tenía disponibilidad presupuestal, contaba con la información estadística del trimestre enero-marzo y de abril de 2015 y sabía la urgencia de la creación de esos cargos.

Señala que la razón por la que los aspirantes al cargo de magistrado de Sala Laboral de Tribunal Superior de Distrito Judicial no pudieron optar en vigor del concurso, fue el retardo en el cumplimiento de las decisiones adoptadas por la misma administración de justicia, y por el agotamiento de un trámite que constitucionalmente se había eliminado para el mes de agosto de 2015, sin que pueda afirmarse que la causa que impidió el acceso a los cargos públicos creados fue simplemente la finalización de la vigencia del registro de elegibles.

Que el 05 de noviembre de 2011, la Unidad de Carrera Judicial dispuso ofertar opciones de sede en plazas creadas con ocasión del Acuerdo PSAA15-10402 de

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

29 de octubre de 2015 y que, inexplicablemente, fueron excluidas las vacantes creadas para el cargo de magistrado Sala Laboral.

Indica que el abogado Pazos Marín, no solo concluyó las fases del concurso de méritos, sino que además se desempeñó como magistrado de la Sala Laboral de Descongestión en el Tribunal Superior de Medellín, por designación que hiciera la Corte Suprema de Justicia atendiendo al registro de elegibles de ese momento, el cual desempeñó desde el 20 de abril de 2013, hasta diciembre de 2014, fecha en que culminó la medida de descongestión para ese cargo, y que, según comunicado de prensa de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura emitido el 06 de enero de 2015, esos cargos serían creados de manera permanente y provistos por el sistema de carrera judicial.

Aclara que, para la fecha de presentación de la presente demanda, no existe registro de elegibles para el cargo de magistrado Sala Laboral de Tribunal de Superior de Distrito Judicial, por lo que la provisión de cargos se ha hecho por provisionalidad, y no a través del sistema de méritos, como lo exige la Constitución Nacional.

Añade que existía la posibilidad de estos cargos creados, y que no se trataba de una mera expectativa, dado que se agotaba en su totalidad el registro de aspirantes, dado el reducido número al momento de su expedición. Explica que de las personas que integraban tal registro, uno de ellos ya se desempeñaba en el cargo de magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pasto y otro, se desempeñaba como notario en propiedad del Circuito de Neiva. Además, la provisión de vacantes generadas en diferentes lugares del país, se hizo conforme personas que integraban la lista. Luego, al hacer la respectiva resta, los cuatro aspirantes al cargo, entre ellos el abogado Pazos Marín, agotaban la lista de elegibles.

Adicionalmente, señala que existían posibilidad de acceder a cargos públicos, con ocasión de las vacantes generadas por edad de retiro forzoso de los magistrados Efraín Alonso Yáñez Riveros y Ethel Cecilia Mesa Mariño, cuando se encontraba vigente el registro de elegibles contenido en la Resolución No. PSAR11-684 de 19 de julio de 2011.

Aduce que estos funcionarios permanecieron en el cargo meses después de cumplir la edad de retiro forzoso para efectos pensionales y a quienes se les aceptó su renuncia el 17 de noviembre de 2015 y 28 de noviembre de 2015, respectivamente.

Que al haberse acreditado dicha causal objetiva, se produce la cesación definitiva de las funciones y que el término de 6 meses, que establece el Decreto 1950 de 1973, no impedía que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura hubiese remitido a la Corte Suprema de Justicia el listado de candidatos del registro de elegibles que estaba vigente al momento en que se dio el hecho cierto del cumplimiento de la edad de 65 años.

Que prueba de ello, es que en vigencia del registro de elegibles contenida en la Resolución No. PSAR11-684 de 2011, en el año 2014, el Consejo Superior de la Judicatura, remitió a la Corte Suprema de Justicia la lista de candidatos sin estar vacantes los cargos de los magistrados Gabriel Raúl Castañeda y Jorge Gildardo

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Valencia, a quienes por tutela se les prolongó en el cargo más allá de los 6 meses contados a partir del cumplimiento de los 65 años de edad. Que el nombramiento ocurrió 6 meses y 1 año después de existir el listado de aspirantes.

Que las vacantes cuya provisión se reclama y que fue negada mediante oficio de 25 de febrero de 2016, estuvieron ocupadas por dos funcionarios que cumplieron la edad de retiro forzoso en vigencia del registro de elegibles del que hace parte el demandante.

1.3.- Normas violadas y concepto de la violación.

Respecto del oficio CJOFL 3728 de 23 de noviembre de 2015, suscrito por la directora de la Unidad de Cerrera Judicial, que negó la provisión de 4 vacantes generadas con ocasión de la creación de los cargos para magistrado Sala Laboral de Tribunal Superior, con ocasión de la expedición del Acuerdo PSAA15-10402 de 29 de octubre de 2015, arguye contraviene lo dispuesto en el artículo 125 constitucional y el artículo 156 y 270 de la Ley 270 de 1996.

De igual manera, considera transgredido el Acto Legislativo 02 de julio de 2015, numeral 5 del artículo 19, que impuso el respeto a la lista de elegibles, como garantía de transparencia en el acceso público.

Adicionalmente, arguye como violados el Acuerdo PSAA15-10335 de 29 de abril de 2015, que dispuso la creación de cargos a partir del 1 de mayo de 2015 cuando estaba vigente el registro de elegibles contenido en la Resolución No. PSAR11-684 de 19 de julio de 2011, para el cargo de magistrado Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial, vigente hasta el 18 de agosto de 2015.

Alega que, conforme se lee del acto por medio del cual se crearon unos cargos de carácter permanente en todo el territorio nacional, desde el 05 de agosto de 2015, estaba el proyecto de acuerdo y para ese momento estaba vigente el registro de elegibles ya señalado. Que de ahí se desprende también que fue remitido el proyecto a la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, requisito que alega, no era exigible, con ocasión del Acto Legislativo 02 de 2015, que derogó expresamente los numerales 3, 4, 5 y 7 del artículo 97 y numeral 6 del artículo 131 de la Ley 270 de 1996.

Que agotarse este requisito previo sin carácter vinculante, ante la Comisión Interinstitucional, impidió, sin razón, el acceso a los cargos públicos creados, lo que además contraría el artículo 11 de la Ley 962 de 2005.

Así, indica que para el 05 de agosto de 2015, el proyecto de creación ya no estaba sujeto al requisito previo del concepto no vinculante de la Comisión Interinstitucional, al haber sido expresamente derogado. Que se le impidió acceder en igualdad de condiciones en cualquiera de los 4 cargos creados para magistrado Sala Laboral, como consecuencia del retardo en el cumplimiento de las decisiones adoptadas por la misma Administración y por el agotamiento de un trámite que constitucionalmente había sido eliminado.

Además, considera vulnerado el derecho a la igualdad, pues, el 05 de noviembre de 2011, la entidad demandada dispuso ofertar las opciones de sede de las plazas creadas con ocasión del acuerdo en cuestión, para los cargos de magistrado Sala

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Penal de Distrito Superior y magistrado de Tribunal Contencioso Administrativo, cuando estos, aduce, vencieron el 24 de octubre de 2015.

Respecto del Oficio No. CJOFI16 de 25 de febrero de 2016, suscrito por la Directora de la Unidad de Carrera Judicial, alega que transgrede lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 270 de 1996, al negar, sin razón, la provisión de los cargos generados por la causal de retiro forzoso de aquellos magistrado de Sala Laboral de Tribunal de Distrito Judicial que cumplieron la edad de 65 años antes del 28 de agosto de 2015, fecha de vencimiento del registro de elegibles pluricitado.

Alega que para la provisión de dichos cargos, no era necesario contar con la desvinculación del funcionario, luego de transcurridos los 6 meses de inclusión en nómina, pues la causal se produjo en vigencia del registro de elegibles. Que, cosa distinta, es que la posesión efectiva solo se pudiese efectuar una vez verificado el retiro del funcionario en edad de retiro forzoso 6 meses después, o antes, de ser incluido en nómina.

1.4.- La oposición.

1.4.1.- Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura

La contestación de la demanda, fue presentada de manera extemporánea.

Lo anterior, por cuanto fue notificada el 13 de septiembre de 2016², por lo que tenía hasta el 02 de diciembre de esa anualidad para contestar la demanda y sólo se hizo hasta el 12 de enero de 2017³.

Deba aclararse que, pese a que la reforma a la demanda fue contestada dentro del término, en ella se hace alusión a argumentos que no fueron reformados por la parte actora, pretendiendo así revivir términos ya fenecidos. Argumentos que esta Sala se abstendrá de estudiar.

1.5.- El trámite procesal.

La demanda fue instaurada el 29 de abril de 2016⁴. Se admitió el 23 de agosto de 2016⁵, procediendo con la notificación a la entidad demandada conforme el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011.

El 10 de noviembre de 2016 se presentó reforma a la demanda, en la cual, simplemente se aclaró la pretensión 1 de la demanda primigenio, y se adicionó la solicitud de pruebas⁶. Por auto de 16 de febrero de 2017⁷ se admitió la reforma.

El 26 de septiembre de 2017, se llevó a cabo la audiencia inicial⁸ y el 30 de enero de 2018 se realizó audiencia de pruebas, en la cual, se clausuró la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar. Previo a finalizar la diligencia, la parte actora solicitó como medida cautelar para que la Unidad de Carrera Judicial se

² Folio 250 reverso C. Ppal

³ Folio 278 C. Ppal.

⁴ Folio 241 ibídem

⁵ Folio 242-243 ibídem

⁶ Folio 257 C. Ppal.

⁷ Folio 269 C. Ppal

⁸ Folio 416 ibídem

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

abstuviera de ofertar vacantes del cargo de magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior, hasta tanto no se decidiera el presente asunto.

Por providencia de 22 de febrero de 2018⁹, se negó la medida cautelar solicitada. Frente a este no se interpuso recurso alguno.

1.6.- Alegatos de conclusión.

1.6.1.- Parte demandante¹⁰

Expresa que se desvirtuó la legalidad del Oficio CJOFI15-3728 del 23 de noviembre de 2015, que negó la posibilidad de acceder a uno de los cuatro cargos creados, por lo que hay lugar a decretar su nulidad.

Insiste en los argumentos expuestos en el concepto de violación, en cuanto el requisito de concepto previo fue derogado constitucionalmente y que desde el 05 de agosto de 2015, ya existía una manifestación unilateral, cierta y definitiva de crear los cargos, momento para el cual se encontraba vigente el registro de legibles del que hacía parte del demandante.

Que además, dicha creación de cargos debió sujetarse a la legalidad y que el proyecto de acuerdo, fue expedido finalmente el 29 de octubre de 2015, pues las recomendaciones dadas por el Comité Interinstitucional no fueron obligatorias para la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Que conforme un amparo constitucional con efectos intercomunis, el registro de legibles venció el 05 de agosto de 2015, y no el 18 de julio de dicha anualidad, como lo había establecido la Rama Judicial, fecha en que itera, ya había finalizado el trámite administrativo para la creación de los nuevos cargos, por lo tanto, el denominado “proyecto de acuerdo” no era un acto de mero trámite sino una decisión definitiva y ello se confirma en que el denominado “proyecto de acuerdo” fue el mismo Acuerdo PSAA15-10402 de 29 de octubre de 2015; por lo tanto, la manifestación de la voluntad se concretó desde agosto.

Aclara que no es la expedición tardía lo que se erige como causal de nulidad, sino que para el 05 de agosto de 2015 finalizó la actuación administrativa, al desaparecer el requisito previo del concepto por parte de la Comisión Interinstitucional.

Que se equivoca la entidad demandada al señalar que se trataba de una mera expectativa, pues con las vacantes creadas se agotaba la lista de elegibles.

Sobre el Oficio No. CJOFL15-586 de 25 de febrero de 2015, indica que frente a este también se desvirtuó la presunción de legalidad.

Arguye que se encuentra probado que CAJANAL reconoció la pensión del señor Efraín Alonso Yáñez Riveros mediante resolución de 26 de octubre de 2007 y de ella se lee que nació el 17 de mayo de 1950, por lo que cumplió 65 años de edad

⁹ Folio 458 C. Ppal.

¹⁰ Folio 437-453 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

el 17 de mayo de 2015, cuando estaba vigente el registro de elegibles del que hace parte el señor Pazos Marín.

Que para que fuera procedente el término de 6 meses de que trata el artículo 130 del Decreto 1660 de 1978, debía acreditarse las precisas condiciones ahí establecidas, pues de lo contrario, procedía la aplicación de causal objetivo de retiro forzoso establecida en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Por lo tanto, dado que, a la fecha de cumplimiento de sus 65 años de edad, ya tenía reconocida la prestación, debió cesarse de manera definitiva en sus funciones y efectuarse la provisión del cargo con el registro vigente a 17 de mayo de 2015.

Que dicho término adicional de 6 meses, le fue concedido en contravía a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 149 de la Ley 270 de 2006 y lo expresamente establecido en el artículo 130 del Decreto 1660 de 1978, pues de ninguna manera se constató una razón constitucional o legalmente válida que justificara la inaplicación del registro de elegibles.

Añade que le asiste legitimidad material para adelantar el medio de control pues considera que la posibilidad de acceder a los cargos era real, y no una mera expectativa pues se agotaba en su totalidad el registro de elegibles. Para sustentar ello, reiteró los argumentos expuestos en el libelo introductorio.

1.6.2.- Nación-Rama Judicial¹¹

Indica que los actos administrativos fueron expedidos conforme el Acuerdo PSAA-08-4536 de 2008, modificado por el Acuerdo PSAA13-9941 de 2013 y el artículo 165 de la Ley 270 de 1996, de forma regular y por autoridad competente, en los cuales no se desconoció derecho alguno y donde la realidad concuerda con el escenario fáctico que la administración tuvo en cuenta para tomar la decisión.

Que dado que las reglas de los concursos públicos para el acceso a la carrera son inmodificables, no le es dable a la administración hacer alguna variación de ellas, en desmedro de los principios del Estado Social de Derecho.

Manifiesta que el demandante tenía una mera expectativa al igual que sus compañeros de lista de elegibles, de ocupar una vacante que debía ser proveída por el sistema de concurso de méritos, cosa que no ocurrió, pues no fue por un capricho de la administración sino del vencimiento del registro de elegibles.

Además, porque con anterioridad a la creación de los cargos, en ningún momento se dijo que iba a crearse el de magistrado Sala Laboral de Tribunal Superior, pues simplemente se comunicó que se iban a crear 4607 cargos, sin determinar su nominación. Que su creación, obedeció el trámite legal y que se realizó con posterioridad al vencimiento del registro del que hacía parte el demandante.

Que en el evento de presentar intenciones de sede de los integrantes del respectivo registro de elegibles, deben conformarse y remitirse a los nominadores, las respectivas listas de candidatos, en estricto orden de resultado, con puntajes

¹¹ Folio 454-455 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

de etapa de clasificación de cada uno de los aspirantes, que, como se pudo apreciar, en las 22 listas de aspirantes, el demandante debido a su posición y puntaje, pese a haber reclasificado en los años 2012, 2013 y 2014, y optado, no le permitió su nombramiento y posterior posesión. Añade que, incluso, durante el transcurso de los 4 años, existiendo ofertas, el señor Pazos Marín no optó a 12 listas de aspirantes.

Que independientemente de los trámites y antecedentes que dieron lugar a la expedición del Acuerdo PSAA-15-10402 de 29 de octubre de 2015, lo cierto es que las vacantes creadas en su artículo 14 para las plazas de Cali y Pereira, efectivamente se produjeron en la fecha de expedición del acto administrativo, así el Consejo Superior tuviera la intención de ofrecerla meses atrás. Que además, no podían ser ofertadas para los integrantes del referido registro de elegibles porque para la fecha de su creación -29 de octubre de 2015, ya había fenecido, y fue por ello que se publicaron en enero de 2016, atendiendo las formas de provisión en propiedad de cargos, establecida en el artículo 132-1 de la Ley 270 de 1996 y lo reglamentado en el parágrafo del artículo 2 del Acuerdo 4536 de 2008. Que, como resultado de dicha publicación, se presentaron solicitudes de traslado con concepto favorable, que fueron remitidas a la Corte Suprema de Justicia para la provisión de las vacantes.

Añade que la vacancia definitiva de los cargos que ocupaban los magistrados Efraín Yáñez Riveras y Ethel Cecilia Mesa de Mariño, se produjo los días 17 y 28 de noviembre, respectivamente, fechas en las que el registro de elegibles ya se encontraba vencido.

Por último, refiere que todas las vacantes de magistrado de Tribunal Superior – Sala Laboral, se presentaron durante la vigencia del registro de elegibles. E, insiste que se trata de una mera expectativa pues el trámite depende de la opción de sede que utilice cada aspirante e incluso de las solicitudes de traslado que pudieran presentarse, sin que con ello, por la sola voluntad del demandante retirar el derecho de quien se desempeña hoy como notario, pues no por ese solo hecho pierde su posibilidad de aspirar a un cargo para el cual concursó y tiene mejor posición en el registro de elegibles.

Solicitó, conforme los anteriores argumentos, se nieguen las súplicas de la demanda.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. Competencia.

Por la naturaleza del proceso y su cuantía a la fecha de presentación de la demanda, igualmente al lugar donde estaba vinculado el demandante, de acuerdo al artículo 152 numeral 3, artículo 156 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal es competente para conocer del presente asunto en primera instancia.

2.2.- Caducidad.

El artículo 164 del CPACA, numeral 2, literal d, establece que cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso

Así, se tiene que, por un lado, se pretende la nulidad del Oficio CJOFI15-3728 de 23 de noviembre de 2015, notificado ese mismo día¹²; razón por la cual, el demandante tenía en principio para demandar hasta el 24 de marzo de 2015. Por otro, se pretende la nulidad del Oficio CJOFI16582 de 25 de febrero de 2016¹³, sin que de esta exista fecha cierta de notificación, pero teniendo ella como la de expedición del acto, el actor tenía hasta el 27 de junio de 2016.

Sin embargo, presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 18 de marzo de 2016, suspendiendo el término respecto del primer acto por siete (07) días y respecto del segundo, por tres (03) meses y nueve (09) días. La constancia fue expedida por la Procuraduría General de la Nación el 28 de abril de 2016¹⁴ y la demanda fue instaurada, al día siguiente -29 de abril de 2016-¹⁵. Por lo que se impone concluir, que en el presente asunto no ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad.

2.3.- El problema jurídico.

De acuerdo con la fijación del litigio planteado en audiencia inicial, le corresponde al Tribunal determinar si los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad al ser expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse y por tanto, si le asiste el derecho al señor GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN a ser nombrado en el cargo de Magistrado de la Sala Laboral – Tribunal Superior de Distrito Judicial como integrante del registro de elegibles, o en cualquier otra vacante que se presente para ese nivel y el restablecimiento solicitado.

2.4.- Caso concreto.

- Pretensión principal.

Como pretensión principal, el señor Gustavo Adolfo Pazos Marín, solicita la nulidad del Oficio CSJOFI15-3728 del 23 de noviembre de 2015, suscrito por la directora de la Unidad de Carrera Judicial, según el cual, aduce, se le negó la posibilidad de acceder a uno de los cargos creados mediante el Acuerdo PSAA15-10402 de 29 de octubre de 2015.

Se lee del acto en cuestión:

“Dando respuesta a su comunicación de la referencia, de manera atenta, me permito informarle que no es posible atenderla de manera favorable, debido a que la provisión de la vacante se rige por el Registro de Elegibles vigente al momento en que ésta se produce.

Ello teniendo en cuenta que las mencionadas vacantes se crearon en forma permanente sólo a partir de la expedición del mencionado Acuerdo y que el Registro de Elegibles para el cargo de Magistrado de Tribunal Superior Sala

¹² Folio 24 y 25 C. Ppal.

¹³ Folio 34 C. Ppal.

¹⁴ Folio 21-22 C. Ppal.

¹⁵ Folio 241 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Laboral, conformado mediante la resolución PSAR11-684 del 19 de junio de 2011 como resultado del concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo 4528 de 2008, expiró el 18 de agosto de 2015.

En consecuencia, las vacantes para los despachos creados mediante el precitado Acuerdo, serán publicadas durante los cinco (05) primeros días hábiles del próximo mes de diciembre, sólo para efectos de que los servidores puedan solicitar traslado, conforme a lo previsto en el parágrafo del artículo segundo del Acuerdo PSAA08-4636 de 2008.”¹⁶

Para resolver el problema jurídico, debe estudiarse el argumento según el cual, desde el 05 de agosto de 2015, ya se encontraba expedido el proyecto de acuerdo de creación de cargos, fecha en la que todavía se encontraba vigente el registro de elegibles del que hacía parte el señor Pazos Marín.

Se tiene que el señor Gustavo Adolfo Pazos Marín, hacía parte del registro de elegibles conformado mediante Resolución No. PSAR-684 de 29 de julio de 2011, como resultado del concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo PSAA08-4528 de 2008, organizado en forma ascendente de puntajes. Se verifica que fueron seleccionados 38 aspirantes y el señor Gustavo Adolfo Pazos Marín, ocupaba el puesto 38.¹⁷

Que el Consejo de Estado, mediante fallo de tutela de 21 de octubre de 2015, proferido dentro del proceso con radicado 25000233600020150166301, confirmó la sentencia proferida por la Sección Tercera, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 12 de agosto de 2015, según lo cual, la vigencia de la Resolución PSAR-684 de 29 de julio de 2011 debía contabilizarse hasta el 12 de agosto de 2015.¹⁸

Que a través de providencia, tutela de 19 de agosto de 2016,¹⁹ la Sala de Conjuces del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, en el proceso con radicado 81001220800020150006500, amparó los derechos fundamentales del accionante y ordenó a la directora de la Unidad de Administración de Carrera judicial, que todos las vacantes que se produzcan hasta el 18 de agosto de 2015, debían ser previstas con los integrantes de la lista de elegibles conformada por la Resolución PSAR11-684 de 19 de julio de 2011.

Advierte esta Corporación que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a través de sentencia STL17356-2015, confirmó en todas sus partes el anterior fallo, sin que la Corte Constitucional haya seleccionado el proceso para su revisión. Luego, quedó en firme tal decisión.

Pese a que en dicha sentencia no se haya establecido de manera expresa que sus efectos serían *inter comunis*, lo cierto es que, al revisar el contenido de la decisión, logra dilucidarse que afecta a todas las personas que hagan parte del registro en cuestión pese a no ser parte de la acción de tutela, entendiéndose de esta manera que el registro de elegibles, contenido en la Resolución PSAR11-684 de 19 de julio de 2011, permaneció vigente hasta el 18 de agosto de 2015.

¹⁶ Folio 24 C. Ppal.

¹⁷ Folio 44-46 C. Ppal.

¹⁸ Folio 47-62 C. Ppal.

¹⁹ Folio 63-97 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Que mediante el Acuerdo No. PSAA15-10335 de 29 de abril de 2015, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura se prorrogaron, ajustaron y adoptaron unas medidas de descongestión.

En este punto, vale la pena detenerse dado que la parte actora señala que en dicho acto se estableció de manera expresa la creación de nuevos cargos, lo que le generó la confianza legítima de tal situación. Así, se observa que en su artículo primero se dispuso:

“ARTÍCULO 1º.- De las medidas a adoptar. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ha venido estudiando desde hace varios años la creación de cargos permanentes. Teniendo en cuenta para lo que resta del año 2015 será viable dicha creación, se efectuarán las mismas a través del trámite legal que, una vez socializado, se surtirá el trámite correspondiente ante la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.”²⁰

Entonces, si bien en este se señala la posibilidad de crear nuevos cargos dentro de la Rama Judicial, para esta Corporación ahora decisora, no le asiste razón a la parte demandante en señalar que ello constituía la generación de una expectativa legítima, pues valga señalar que dicho principio ha sido establecido como un límite para que la administración se abstenga de modificar intempestivamente *“situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que -se presume- informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho”²¹*

Para la Corte Constitucional, *“la confianza legítima protege las razones objetivas con las que cuenta un ciudadano que le permiten inferir la consolidación de un derecho que no ha adquirido. Por ello, no resulta constitucionalmente admisible que la administración quebrante de manera intempestiva la confianza que había creado con su conducta en los ciudadanos, más aún, cuando con ello puede afectar derechos fundamentales”²²*

De manera alguna, al leerse de manera integral el artículo, puede entenderse como la creación de una situación jurídica para el aquí demandante o que le permitía tan siquiera inferir la posterior consolidación de un derecho no adquirido, pues la creación de dichos cargos precisamente se encontraba supeditada a condición, cual era, el trámite legal correspondiente y el concepto por parte de la Comisión Interinstitucional. Entonces, no se especificó fecha cierta en la creación de cargos o la denominación de estos, que hiciera creer al demandante tenía posibilidad real de acceder a los mismos.

Continuando con el recuento probatorio, se tiene que, a través de memorial proveniente de la Directora de Desarrollo Social de la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda, se señaló:

“En atención al oficio radicado en este Ministerio con el No. 1-2015-018795, suscrito por el Director de Justicia Formal y Jurisdiccional del Ministerio de Justicia

²⁰ Folio 102 C. Ppal.

²¹ Sentencia T-180 A de 2010

²² Sentencia T-458 de 2018

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

y del Derecho, mediante el cual da traslado del Derecho de Petición para lo correspondiente a este despacho, relacionado con la petición de que "... el Señor Ministro de Hacienda emita con la mayor brevedad posible CONCEPTO FAVORABLE a efecto de que se trasladen recursos para que la H. Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura proceda a crear cargos permanentes..." de manera atenta remito el Oficio No. 2-2015-014844 del 24 de abril de 2015 con el cual esta Dirección emitió concepto favorable a la solicitud de levantamiento de la leyenda "Previo Concepto DGPPN" del Rubro A-1-0-1-10 Otros Gastos Personales-previo concepto DGPPN por \$330.000.000.000.

Lo anterior para que la Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura disponga de estos recursos para cubrir los gastos de personal correspondiente a la creación de 4.607 cargos permanentes y la continuidad del Plan de Descongestión con 1.349 cargos para los ochos (8) meses restantes del año, es decir, del 1º de mayo al 31 de diciembre de 2015²³

Que mediante el Acuerdo PSAA15-10402 de 29 de octubre de 2015, "[p]or el cual se crean con carácter permanente; trasladan y transforman unos despachos judiciales y cargos en todo el territorio nacional"²⁴, en material laboral creó unos cargos dentro de la Rama Judicial. En materia laboral dispuso:

"(...) CONSIDERANDO

(...) Que la Sala Administrativa el día 05 de agosto de 2015, remitió para concepto previo a la Comisión Interinstitucional el proyecto de Acuerdo, junto con los estudios técnicos que sustentan todas y cada una de las propuestas.

Que la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial el día veintidós (22) de octubre del año 2015, emitió concepto mediante Acuerdo No. 12.

Que el numeral 3 del Artículo 97 de la Ley 270 de 1996, precisa que la Comisión Interinstitucional debe emitir concepto previo, el cual no obliga.

Que analizado con detenimiento el concepto previo de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, la Sala Administrativa acoge su inmensa mayoría, salvo en materias mínimas como son: Juzgados de Menores y algunos Juzgados Promiscuos, relatorías; cargos de apoyo y Juzgados de restitución de tierras.

Que el día jueves 29 de octubre de 2015, mediante oficio DEAJ15-1163, la Doctora Celinea Oróstegui de Jiménez, Directora Ejecutiva de Administración Judicial y los Doctores Santiago Danilo Alba Herrera y Elkin Gustavo Correa León, Directores de las Unidades de Planeación y Presupuesto de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, respectivamente, informaron que se tiene un valor disponible por la suma de \$113.393.698.056

ACUERDA

(...)

*CAPITULO III
JURISDICCIÓN ORDINARIA*

CREACIÓN DE DESPACHOS DE MAGISTRADO

(...)

²³ Folio 118 C. Ppal.

²⁴ Folio 175 reverso C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

ARTÍCULO 14. Salas Laborales: Crear en la Sala Laboral de los Tribunales que se enuncian a continuación, los siguientes despachos judiciales:

1. Tres (3) despachos de magistrado en la Sala Laboral de Tribunal Superior de Cali, cada uno conformado por Magistrado, un (1) cargo de Auxiliar Judicial grado 1 y un (1) cargo de Abogado Asesor grado 23.

2. Un (1) despacho de magistrado en la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, conformado por un Magistrado, un (1) cargo de Auxiliar Judicial grado 1 y un (1) cargo de Abogado Asesor grado 23.”

Frente al anterior acto, la parte actora cuestiona el trámite de su expedición, en tanto, arguye, el concepto previo de la Comisión Interinstitucional ya no era exigible conforme las previsiones de Acto Legislativo 02 de 01 de julio de 2015, que derogó expresamente los numerales 3, 4, 5 y 7 del artículo 97 y el numeral 6 del artículo 131 de la Ley 270 de 1996²⁵, que hacían referencia a dicho concepto previo, como requisito para la creación de cargos.

Para esta Sala de decisión, se tiene que si el actor quería cuestionar la legalidad del trámite impartido al Acuerdo PSAA15-10402 de 29 de octubre de 2015, debió demandar dicho acto, pues recuérdese que existe causal específica de nulidad, cual es, el trámite irregular, y no pretender a través del presente medio de control que se revise la legalidad dicha decisión cuando no es objeto de la presente litis.

Entendiendo entonces que la presunción de legalidad del Acuerdo PSAA15-10402 de 29 de octubre de 2015 permanece incólume, se tiene que fue a partir de dicha fecha que se exteriorizó la voluntad de la administración, pues pese a que ya existía disponibilidad presupuestal y el proyecto de acuerdo se expidió con anterioridad a dicha fecha, fue específicamente con la expedición del acuerdo en cuestión en que se materializó la creación de cargos.

Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional que *“la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.”*²⁶

En similar sentido, dijo que los actos administrativos *“existen y son válidos desde el momento mismo de su expedición, pero no producen efectos jurídicos, es decir, no tienen fuerza vinculante, sino a partir de que se realiza su publicación”*²⁷

Entender que es a partir del 05 de agosto de 2015 que se crearon los cargos en cuestión – cuando apenas existía un proyecto de acuerdo-, como lo pretende la parte demandante, desdibujaría la teoría del acto administrativo, pues no puede olvidarse que estos, ya sean generales o particulares, se forma por la concurrencia de elementos de tipo subjetivo²⁸, objetivo²⁹ y formal³⁰, y, sin la concurrencia de ellos, el acto no existe.

²⁵ A través de sentencia C-285 de 01 de junio de 2016, la Corte Constitucional declaró inexecutable, entre otros, el aparte que derogaba tales disposiciones, entre ellas, lo referente al concepto previo por parte de la Comisión Interinstitucional.

²⁶ Sentencia C-069 de 1995

²⁷ Sentencia C-957 de 1999

²⁸ Órgano competente

Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado:

*“Para ello es necesario recurrir a tres conceptos y elementos esenciales que se predicen del acto administrativo, en cuanto constituyen “piezas articuladoras, tendientes a la obtención de decisiones acordes con el ordenamiento jurídico”³¹ relativos a: i) su existencia, ii) **su validez** y iii) su eficacia.*

*La **existencia** del acto administrativo coincide con su nacimiento a la vida jurídica, en otro entendido, se presenta cuando la voluntad de la administración está integrada de los elementos necesarios que permiten considerar que ha proferido una decisión con efectos jurídicos.*

*En lo que respecta a los presupuestos de **validez del acto administrativo**, debe entenderse que la decisión de la administración nació a la vida jurídica, en razón a que por la **presunción de legalidad** se considera expedido en cumplimiento de las condiciones o elementos esenciales que lo identifican y que se refieren a: i) **órgano competente**, ii) objeto, causa, motivo y finalidad, y iii) procedimiento de expedición. Son estos elementos de formación los que están sometidos a control judicial.*

Sobre el particular esta Sección³² en reciente pronunciamiento, destacó:

*“[...] Al respecto, lo primero que debe observar la Sala es que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido consistente, pacífica y reiterada en afirmar que es necesario diferenciar **los requisitos de validez** de los presupuestos de eficacia de los actos administrativos³³. **Así, cuando se incumplen los primeros (falta de competencia, falsa motivación, desviación de poder, etc.) el instrumento procesal puesto a disposición de la ciudadanía para controlar la voluntad unilateral de la Administración que produce efectos jurídicos es la nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho [...]”.***

*Y finalmente, en relación con los **elementos de eficacia** del acto administrativo, éstos constituyen esas actuaciones indispensables que la administración debe adelantar para que el acto existente y válido provoque frente a los destinatarios, los efectos jurídicos que tiene dispuestos.”³⁴ (Resaltado del original)*

Luego, resulta claro que la creación de los cargos ocurrió con la expedición del acuerdo en mención, el 29 de octubre de 2015, pues fue en dicha fecha cuando

²⁹ Presupuestos de hecho a partir de un contenido en el que se identifique objeto, causa, motivo y finalidad, y elementos esenciales referidos a la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa)

³⁰ Procedimiento de expedición

³¹ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. página 535 “ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO INDIVIDUAL”.

³² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Sentencia del 12 de julio de 2018. Radicación número: 11001-03-24-000-2012-00073-00 Actor: Ingrid Soraya Ortiz Baquero Demandado: Corporación Autónoma Regional del Tolima. C.P. Oswaldo Giraldo López.

³³ Ver entre otras providencias, Sentencia del 3 de diciembre de 1997, proferida en el proceso CESEC1-EXP1997-N4660. M.P. Juan Alberto Polo Figueroa; Fallo del 31 de agosto de 2000, expedido en el expediente con número de radicación 6073, cuya ponencia fue a cargo de la Consejera de Estado Olga Inés Navarrete Barrero; Sentencia del 30 de septiembre de 2010, proferida en el proceso número 11001-03-24-000-2007-00203-00, con ponencia del Magistrado Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 26 de septiembre de 2019. Radicación número: 05001-23-31-000-2008-01225-01. Consejera ponente: Nubia Margoth Peña Garzón.

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

nació a la vida jurídica y empezó a producir efectos, y no antes, pues lo que anteriormente se realizó constituían etapas previas para la toma de la decisión final.

Ahora, aunque la parte actora cita una sentencia según la cual, lo que determina la existencia de un acto administrativo, no es el documento en el que se materialice la decisión sino, la decisión en sí misma de la administración de crear, modificar o extinguir una situación jurídica, ella hace alusión a una situación de carácter concreto. Valga decir, de crear, modificar o extinguir una situación de carácter particular y concreto, lo que no ocurre con el acto expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en el que se crean cargos permanentes para la Rama Judicial, pues ello es una situación de carácter general, luego, dicho concepto no resulta aplicable al caso concreto que nos ocupa.

Entonces, sin mayores elucubraciones se tiene que, a 29 de octubre de 2015, había fenecido el registro de elegibles, contenido la Resolución PSAR-684 de 29 de julio de 2011, en el que hacía parte el señor Pazos Marín, pues como se vio, este estuvo vigente hasta el 18 de agosto de 2015.

Se tiene que, el artículo 165 de la Ley 270 de 7 de marzo de 1996, “*Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*” definen la vigencia de la lista de elegibles producto del proceso de selección, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 165. REGISTRO DE ELEGIBLES. La Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura conformará con quienes hayan superado las etapas anteriores, el correspondiente Registro de Elegibles para cargos de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial, teniendo en cuenta las diferentes categorías de empleos y los siguientes principios.

La inscripción en el registro se hará en orden descendente, de conformidad con los puntajes que para cada etapa del proceso de selección determine el reglamento.

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

Cuando se trate de cargos de funcionarios, o de empleados de las corporaciones judiciales nacionales el concurso y la incorporación al registro se hará por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; en los demás casos dicha función corresponde a las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura.

PARÁGRAFO. En cada caso de conformidad con el reglamento, los aspirantes, en cualquier momento podrán manifestar las sedes territoriales de su interés”.

En la Sentencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional, determinó cuáles son los objetivos fundamentales del registro de elegibles de la siguiente forma:

“6.1 La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

vía del concurso público, dado que a través de su conformación, la entidad pública 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.

6.2 Este acto tiene una vocación transitoria toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo. Esta vocación temporal tiene dos objetivos fundamentales. El primero, hace referencia a la obligatoriedad del registro de elegibles, porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso. El segundo, que mientras esté vigente ese acto, la entidad correspondiente no podrá realizar concurso para proveer las plazas a las que él se refiere, hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas, de forma que se satisfagan no solo los derechos subjetivos de quienes hacen parte de este acto administrativo sino principios esenciales de la organización estatal como el mérito para ocupar cargos públicos y los específicos del artículo 209 constitucional”.

En ese mismo precedente jurisprudencial se expone en otros acápites lo siguiente:

“9. Sobre esa base, este Tribunal también viene afirmando que quienes participaron en un concurso público de méritos, lo aprobaron y hacen parte de una lista de elegibles, mientras ésta se encuentre vigente, son titulares de un derecho subjetivo: el de ser nombrados en los cargos para los que concursaron, cuando exista una vacante o aquellos se encuentren provistos en provisionalidad.

10. Desde ese punto de vista, el registro o lista de elegibles, entendido como el acto administrativo que contiene las personas que aprobaron el concurso y que debe ser nombradas en los cargos de carrera, cumple un doble propósito: (i) proveer las vacantes para las cuales se convocó el respectivo concurso, y, además, (ii) proveer las demás vacantes que se produzcan durante su vigencia, siempre que se trate de los mismos cargos que fueron objeto del concurso.”

Conforme los anteriores argumentos, para esta Corporación no se desvirtuó la presunción de legalidad del Oficio CSJOF15-3728 del 23 de noviembre de 2015, suscrito por la directora de la Unidad de Carrera Judicial, pues para el 29 de octubre de 2015, cuando se crearon los cargos, ya había expirado el registro de elegibles, contenido PSAR-684 de 29 de julio de 2011 del que hacía parte el aquí demandante; entonces, las vacantes que se generaran con ocasión de esa creación, no podían proveerse con dicho registro dado que conforme el carácter temporal del registro de elegibles, este solo puede utilizarse mientras permanezca vigente.

Así, se tiene que la pretensión de nulidad de dicho acto no está llamada a prosperar, y, en consecuencia, se negará la misma.

Al no prosperar lo anterior, la Sala continuará con el estudio de las demás pretensiones.

- Pretensión subsidiaria.

La parte actora solicita la nulidad del Oficio CJOF16582 de 25 de febrero de 2016, suscrito por la directora de la Unidad de Administración de Carrera Judicial, del que se lee:

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

“En atención al escrito de la referencia, en el que solicita la publicación de la lista de aspirantes por sede para los cargos de Magistrado Sala Laboral de los Tribunales Superiores de Medellín y Bucaramanga, que ocupaban los doctores EFRAÍN ALFONSO YÁÑEZ RIVEROS y ETHEL CECILIA MESA DE MARIÑO, respectivamente, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

De conformidad con las previsiones de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y del reglamento, la provisión de las vacantes definitivas en la Rama Judicial por el sistema de listas, se hace con el Registro de Elegibles vigente en que las mismas se producen.

En ese sentido, considerando que las vacantes de los cargos de Magistrado Sala Laboral que ocupaban los doctores Efraín Yáñez Riveros en el Tribunal Superior de Medellín y de la doctora Ethel Cecilia Mesa de Mariño en el Tribunal Superior de Bucaramanga, se produjeron con posterioridad al 18 de agosto de 2015, fecha en la cual expiró el registro de elegibles para el referido cargo, no pueden ser provistas con este Registro.

Por consiguiente, las referidas vacantes fueron publicadas durante los primeros cinco días del mes de diciembre de 2015, sólo para efectos de traslado, atendiendo las formas de provisión en propiedad de cargos de funcionarios en la Rama Judicial establecidas en el artículo 132-1 de la Ley 270 de 1996 y lo reglamentado en el párrafo del artículo segundo del Acuerdo 4536 de 2008.

Por otra parte, en relación con la ocurrencia de las vacantes que ocupaban los doctores Gabriel Eduardo Castañeda y Gildardo Valencia, es preciso señalar que la prolongación del tiempo en la ocupación de los cargos por parte de los exfuncionarios, obedeció estrictamente al cumplimiento de los fallos de tutela que les ampararon el derecho a permanecer en sus empleos más allá del plazo establecido en la norma para la cesación definitiva de funciones por cumplimiento de la edad de retiro forzoso.”³⁵

De lo anterior, alega el extremo activo de la litis que este acto transgrede el numeral 4 del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, que dispone:

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

(...)

4. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Retiro forzoso motivado por edad.

Ello, por cuanto, aduce, los ex magistrados Efraín Yáñez Riveros y Ethel Cecilia Mesa de Mariño cumplieron la edad de retiro forzoso antes del 18 de agosto de 2015 -fecha de vencimiento del registro de elegibles- y no existía causal que justificara su permanencia en el cargo por 6 meses más.

Frente al cargo ocupado por el señor Efraín Yáñez Riveros, se tiene certificación emitida por la Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia, en la que se aduce:

“(...) 2. Que revisadas las actas de Sala Plena correspondientes, entre el 1º de enero y el 18 de agosto de 2015, se presentó un caso de cumplimiento de edad de retiro forzoso, el cual se detalla a continuación:

³⁵ Folio 34-35 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

2.1. *El doctor Efraín Alfonso Yáñez Riveros cumplió la edad de retiro forzoso el 17 de mayo de 2015. La plenaria, con fundamento en lo dispuesto en el inciso final del artículo 130 y el artículo 138 del Decreto 1660 de 1978, en sesión de 23 de abril de ese mismo año, autorizó la permanencia en el cargo del señor Magistrado hasta por seis (6) meses después de ocurrida la causal de retiro, advirtiendo al funcionario que caso de que le fuera reconocida la prestación antes del vencimiento de la prórroga, debía informar de manera inmediata a la Corporación, para los fines permanentes. El doctor Yáñez Riveros se retiró en forma definitiva desde el 17 de noviembre de 2015.*

2.2. *Que en una comunicación que reposa en la hoja de vida del señor Magistrado, suscrita por él mismo, indica: “[con] fecha 26 de febrero de 2007 CAJANAL EICE, me reconoció mi pensión por vejez, con salario de esa época”. Sin embargo debe precisarse que el doctor Yáñez Riveros estaba adelantando el trámite de la reliquidación.”³⁶*

En ella, nada se dice respecto de la señora Ethel Cecilia Mesa de Mariño. Además, conforme certificación expedida por dicha Corporación, de 11 de octubre de 2017, la única persona que cumplió su edad de retiro forzoso en el periodo comprendido entre el 1º de enero a 18 de agosto de 2015, fue el ex magistrado Efraín Alfonso Yáñez Riveros³⁷, donde se manifiesta nuevamente que a través de Acuerdo No. 513 de 2015, le fue autorizada la permanencia por 6 meses más.

En efecto, conforme respuesta dada por el subdirector de defensa judicial pensional de la UGPP, al señor Yáñez Riveros le fue reconocida pensión a través de Resolución No. 50764 de 2007³⁸. Sin embargo, en dicho acto, se condicionó su pago al retiro efectivo del servicio³⁹.

Los artículos del Decreto 1660 de 1978, que sirvieron de fundamento a la Corte Suprema de Justicia para autorizar su permanencia en el cargo por 6 meses más, señalan:

“ARTICULO 130. El funcionario o empleado que llegue a encontrarse en circunstancia de retiro forzoso deberá manifestarla a la corporación o funcionario a quien compete proveer el empleo, tan pronto como ella ocurra. El retiro forzoso se producirá a solicitud del interesado o del Ministerio Público, o se decretará de oficio por la autoridad nominadora en cuanto haya sido reconocida la pensión que le corresponda. Seis (6) meses después de ocurrida la causal de retiro, este deberá producirse necesariamente, aunque no se haya reconocido la pensión.

(...)

ARTICULO 138. Ninguno de los funcionarios y empleados que por razones de edad y tiempo de servicio, vejez o invalidez, desee retirarse o deba ser retirado del servicio, será reemplazado mientras la entidad correspondiente de Previsión Social no haga el reconocimiento de sus prestaciones sociales y manifieste estar en condiciones de pagarlas especialmente la pensión, de suerte que no haya solución de continuidad entre la percepción del sueldo y la pensión, pero la permanencia en el cargo no podrá pasar de seis (6) meses después de ocurrida la causal.”

Ahora, observa esta Sala que pese a que cuando el señor Efraín Yáñez cumplió la edad de retiro forzoso ya le había sido reconocido el derecho pensional, el acto

³⁶ Folio 265 C. Ppal.

³⁷ Folio 69-71 C. Pbas.

³⁸ Folio 128 C. Pbas.

³⁹ Folio 156-161 C. Pbas.

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

que autorizó su permanencia en el cargo por 6 meses más, está revestido de presunción de legalidad, dado que no se demuestra, haya sido nulitado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Luego, al existir dicha autorización, no es cierto que automáticamente debía publicarse el cargo a proveer, pues para esta Corporación, la vacante se generó única y exclusivamente con el retiro efectivo del señor Yáñez Rivera que ocurrió el 17 de noviembre de 2015, cuando el registro del que hacía parte el señor Pazos Marín había vencido.

Además, porque la Corte Constitucional en la sentencia T-360 de 2017, enfatizó en que el retiro por la ocurrencia de esta causal objetiva no puede llevarse a cabo de manera automática sin analizar antes las particularidades de cada caso, en virtud de las implicaciones de dicha decisión al afectar directamente a una persona de la tercera edad, sujetos de especial protección constitucional. En similar sentido, en diferentes pronunciamientos ha señalado el Consejo de Estado que no es solo el reconocimiento de la pensión de vejez, sino que debe incluirse en nómina por parte de la entidad que reconoce la prestación.

En ese orden, para esta Sala de decisión no se acreditó que el Oficio CJOF116582 de 25 de febrero de 2016, suscrito por la directora de la Unidad de Administración de Carrera Judicial, estuviese afectado de nulidad, pues se insiste, la vacante se generó el 17 de noviembre de 2015, cuando el registro había fenecido.

Ahora, solo en gracia de discusión, de haberse publicado la vacante originada en el retiro del ex magistrado Yáñez Rivera, en vigencia del registro de elegibles, no le generaba al abogado Gustavo Adolfo Pazos Marín el derecho a su nombramiento instantáneo, pues según las pruebas aportadas al plenario, en el último registro⁴⁰, estaba en la posición número 10 y pese a que de dicha lista se efectuaron 5 nombramientos⁴¹, todavía habían 4 personas con un puntaje superior y que tenían mejores posibilidades de ocupar dicha vacante.

No se vislumbra en el plenario que la persona que ocupa el puesto número uno, hubiese sido nombrada como magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pasto, como se arguye en la demanda, y el hecho de que uno de ellos ocupe el cargo de notario⁴², no le impedía que pudiese optar al cargo de magistrado. Luego, la probabilidad de su nombramiento era relativamente baja.

En ese orden de ideas, y con el fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, se tiene que la parte actora no logró acreditar que los actos demandados se encontraran viciados de nulidad. Como consecuencia de ello, se negarán las pretensiones de la demanda.

2.5.- Costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

⁴⁰ Folio 131 C. Ppal.

⁴¹ Folio 69-71 C. Pbas.

⁴² Folio 403 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19001-23-33-004-2016-00229-00
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Entonces, en virtud del artículo 365 del CGP, para la condena en costas se deberán atender los elementos objetivos, sin tener en consideración análisis de carácter subjetivo con ocasión de la actuación de las partes.

Así las cosas, se condenará a pagar la suma del cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones, pago que deberá hacer la parte demandante, al tenor del Acuerdo 1187 de 2003.

III.- DECISION.

Por las razones expresadas, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, según lo expuesto.

SEGUNDO.- CONDENAR a la parte demandante, a reconocer, por costas, la suma de cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones negadas. Por Secretaría liquídense las costas.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente providencia al tenor del artículo 213 del CPACA, y podrá ser apelada dentro de los diez (10) días siguientes de conformidad con el artículo 247 numeral 1 de la Ley 1437 de 2011.

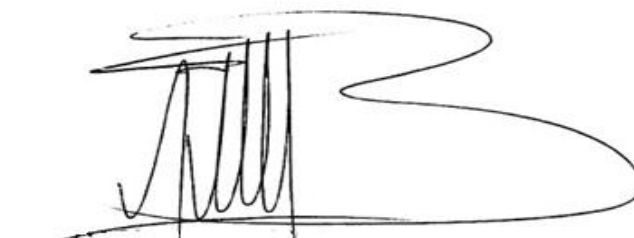
Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión y acta de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO


JAIRO RESTREPO CÁCERES


CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ