



Sentencia 2014-00137 de 2020 Consejo de Estado

DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE LOS EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DESVIACIÓN DE PODER / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES

[A] nominador le está permitido respecto de estos empleos disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. [...] [E]n la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser «adecuada» a los fines de la norma que la autoriza y «proporcional» a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón para adoptar la decisión, fundada en normas jurídicas y en hechos reales y ciertos, lo cual hace que la discrecionalidad tenga como medida la «razonabilidad», y ello, de suyo, comporta un límite a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción. [...] [L]os actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requieren motivación, en la medida en que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza. En lo que toca con la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público, ha considerado esta Sala que ello no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia. Su omisión no puede, entonces, generar la nulidad del acto sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber. [...] [L]a ausencia de anotación de los motivos de la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no afecta las garantías fundamentales, por cuanto el retiro del servicio para ese tipo de empleos está previsto como una atribución de naturaleza discrecional que precisamente autoriza al nominador a disponerlo sin exteriorizar sus motivos. [...] [S]e configura cuando el nominador dicta un acto que está dentro de sus atribuciones, observa las formalidades prescritas por la ley y se ajusta en sus términos a las normas superiores; sin embargo, al proferirlo, se tienen en cuenta motivos distintos de aquellos para los cuales se le confirió el poder, es decir, contrarios al buen servicio público a cargo de la entidad que representa. La desviación de poder se presenta, entonces, cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley. [...] [Q]uien acude a la jurisdicción para alegar la desviación de poder debe demostrar que la administración expidió un acto administrativo con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales. [...] [L]a señora (...) contaba con experiencia laboral; que en su periodo como directora del SENA regional Risaralda desempeñó el cargo de manera acorde, cumpliendo no sólo a sus labores sino obteniendo altas calificaciones de evaluación; sin embargo, ello no es óbice para que fuera inamovible de su cargo, por cuanto es obligación de todo servidor público prestar sus servicios en forma óptima y eficiente, en cuanto ello contribuye a la consecución de los fines esenciales del Estado y garantiza a los ciudadanos el goce de sus derechos y el acceso a los distintos beneficios previstos para el adecuado desarrollo social; por tanto, la buena conducta y la excelencia de la actora en el ejercicio de su cargo no garantizan su estabilidad, sino que se constituyen en presupuestos naturales del ejercicio del cargo. Es importante resaltar que dentro del expediente no se acreditó con ningún elemento de prueba que, con ocasión de la declaratoria de insubsistencia aquí atacada, se haya paralizado o ralentizado el servicio de la entidad a nivel regional. [...] [D]e las pruebas allegadas por la demandante, no se puede concluir nada diferente a que la elección del nuevo director regional no se realizó de manera inmediata, debido a la entrada en vigencia de la ley de garantías, lo cual no permitía la contratación directa para realizar un convenio interadministrativo para desarrollar el proceso meritocrático, pero no obstante, una vez transcurrida la restricción, la entidad procedió a declarar abierto el proceso de selección. [...] Mientras el cargo de director regional del Sena se proveía de manera definitiva mediante el proceso de selección público y abierto previsto en el Decreto 1972 de 2002, la vacante se proveyó en encargo, como ocurrió en este caso. En consecuencia, el cargo de desviación de poder con este fundamento no tiene vocación de prosperidad.

CONDENA EN COSTAS

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la demandante, teniendo en cuenta que el recurso presentado resultó desfavorable y que la parte demandada actuó en segunda instancia. Se liquidarán por el *a quo*.

FUENTE FORMAL: CP - ARTÍCULO 69 / CP - ARTÍCULO 125 / LEY 30 DE 1992 - ARTÍCULO 28 / LEY 30 DE 1992 - ARTÍCULO 57 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 3 / LEY 996 DE 2005 - ARTÍCULO 38 / CPACA - ARTÍCULO 44

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 66001-23-33-000-2014-00137-01(5272-16)

Actor: ROSALBA LÓPEZ GÓMEZ

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Referencia: INSUBSISTENCIA. SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida el 13 de octubre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Rosalba López Gómez formuló demanda en orden a que se declare la nulidad de la Resolución 01889 del 5 de noviembre de 2013, emitida la directora general del SENA, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento como directora regional B G07.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó i) ordenar al SENA que disponga su reintegro al mismo cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría; ii) condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar desde cuando fue desvinculada hasta cuando sea efectivamente reintegrada; y iii) cumplir la sentencia en los términos de los Artículos 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.1.2. Hechos.

Como hechos relevantes, el apoderado de la demandante señaló los siguientes:

i) La señora Rosalba López Gómez se vinculó al SENA en calidad de jefe de oficina, grado 01, en la Oficina de Planeación Regional de Risaralda, a partir del 14 de enero de 2002 y, posteriormente, fue encargada del cargo de directora, grado 05 de la Dirección Regional de Risaralda.

ii) En virtud de un proceso de meritocracia adelantado con fundamento en el Decreto 1972 de 2002, y en atención a la terna enviada por el Ministerio de la Protección Social, el gobernador de Risaralda seleccionó a la demandante para ocupar el cargo de directora regional, B G07 de la Dirección Regional, razón por la cual el director del SENA mediante Resolución 0299 del 18 de marzo de 2003, la nombró en propiedad.

iii) A través de la Resolución 01889 del 5 de noviembre de 2013, la directora general del SENA declaró insubsistente el nombramiento de la señora Rosalba López Gómez y procedió a encargar de la dirección regional a la señora Rocío López, sin que hasta la fecha se haya efectuado un nombramiento ordinario o en propiedad.

iv) La demandante demostró ser una excelente profesional, con experiencia suficiente para desempeñar el cargo, cuyas funciones asignadas cumplió de forma fiel y eficiente, y mostró calificaciones altísimas entre los años 2000 y 2012 en el sistema de evaluación de acuerdos de gestión de gerentes públicos de la entidad.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los Artículos 2.º, 40, 89 y 125 de la Constitución Política; 26 del Decreto 2400 de 1968; 107 del Decreto 1950 de 1973; 44 del Decreto 01 de 1984; y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Al desarrollar el concepto de violación, la demandante expuso los siguientes argumentos:

i) Se infringieron principios y normas de rango superior, pues la directora del SENA, al emitir el acto administrativo acusado, actuó en contravía de los preceptos constitucionales relacionados con el respeto a la dignidad humana y los principios de legalidad, confianza legítima y buena fe.

ii) No existieron razones para adoptar la decisión atacada, y de haberlas, es deber de la entidad probarlas, todas las cuales deben propender por el mejoramiento del servicio.

iii) El contenido de la resolución acusada está afectado de desviación de poder, en la medida en que se nombró en el cargo en virtud de un concurso de méritos, en el que siempre cumplió cabalmente las funciones del cargo y, además, la persona que la reemplazó está en situación de encargo, sin que haya cumplido el proceso de meritocracia previsto en el Decreto 249 de 2004.

1.2. Contestación de la demanda

El Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, por intermedio de apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por las razones que se expresan a continuación:¹

i) En atención a la facultad discrecional y a la naturaleza del cargo desempeñado por la demandante, esto es, de libre nombramiento y remoción, el nominador de la entidad se encontraba autorizado para declararla insubsistente, a pesar de que su nombramiento se realizó con base en el mérito, de conformidad con el Artículo 2.º de la Ley 909 de 2004.

ii) Para la época de desvinculación de la demandante empezó a regir el periodo de ley de garantías por elecciones al Congreso y,

posteriormente, a la presidencia de la República, lo cual impidió efectuar convenios interadministrativos para iniciar el proceso de meritocracia. Luego, por medio de la Resolución 1208 del 17 de junio de 2014 se inició el proceso de creación de ternas para proveer empleos de gerencia pública, que dio como resultado la Convocatoria 001 de 2014 para proveer el citado empleo.

iii) Los resultados de la gestión de una unidad administrativa no dependen simplemente de la buena o mala gestión de quien la dirige, sino fundamentalmente del equipo de trabajo que conoce sus funciones, de los recursos físicos y financieros con los que cuenta la entidad; incluso, hay procesos en las mismas regionales que no dependen de la intervención del director regional, sino que son coordinados directamente por la dirección general.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante sentencia proferida el 13 de octubre de 2016, denegó las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, se pronunció en los siguientes términos:²

i) El cargo que desempeñaba la demandante, esto es, director regional B G07 de la regional Risaralda del SENA, es de libre nombramiento y remoción, luego tanto su vinculación como su retiro del servicio podía darse de manera discrecional, siempre y cuando fuera adecuado a los fines de la norma que le autoriza y proporcional a los hechos que le servían de causa.

ii) La actora tenía cierta expectativa de permanencia en el cargo, por cuanto fue nombrada en virtud del proceso público de selección consagrado en el Decreto 1972 de 2002, no obstante, en dicho estatuto se estableció que el análisis de la capacidad, estudios y experiencia, la evaluación de conocimientos requeridas para el desempeño del empleo, así como la práctica de una entrevista no implican el cambio de la naturaleza jurídica de este y tampoco limitaba la facultad discrecional del nominador.

iii) El acto acusado fue expedido el 5 de noviembre de 2013 y la ley de garantías entró en vigor cuatro días después, el 9 de noviembre de 2013, por lo que la entidad no contaba con tiempo suficiente para adelantar los trámites previos y celebrar el convenio interadministrativo de que trata el Artículo 2.º del Decreto 1972 de 2002; así, el proceso de selección para elegir al director regional de Risaralda se declaró abierto el 17 de junio de 2014, mediante Resolución 1208 de ese año, es decir, 2 días después de la fecha en la que finalizó la ley de garantías y culminó con la elección del señor Andrés Aurelio Alarcón Tique.

1.4. El recurso de apelación

La señora Rosalba López Gómez, por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación³ y lo sustentó así:

i) El tribunal no tuvo en cuenta que si bien el cargo de director regional del SENA es de libre nombramiento y remoción, la facultad de remoción estaba condicionada por normas internas que obligan a efectuar un proceso de meritocracia.

ii) La demandada, en su afán de desvincularla sin razón alguna, no esperó a que terminara la vigencia de la ley de garantías para proceder a hacerlo.

iii) Asimismo, la entidad desconoció el buen servicio, pues encargó a una funcionaria que lo paralizó, y desvinculó a una funcionaria sin tacha y con basta experiencia.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Pese a que mediante auto de 16 de junio de 2017,⁴ el despacho corrió traslado para alegar de conclusión, la demandante y el ministerio público

guardaron silencio.

1.5.1. La demandada⁵

El SENA, por intermedio de su apoderado, solicitó confirmar lo decidido en primera instancia, con fundamento en lo expuesto en la contestación de la demanda.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Teniendo en cuenta el marco fijado por el recurso de apelación, el problema jurídico se circunscribe a determinar si la actora tenía algún derecho de permanencia dado que su nombramiento y remoción estaban sometidos a un proceso de selección por «meritocracia», y que se trataba de una funcionaria sin tacha y con basta experiencia, por lo que evidentemente con su retiro no hubo mejoramiento del servicio. Además, porque la entidad no esperó siquiera a que finalizara la ley de garantías para proceder a desvincularla, y a reemplazarla por una persona que fue designada en encargo.

2.2. Marco normativo

2.2.1. De la declaratoria de insubsistencia de los empleos de libre nombramiento y remoción.

El Artículo 125 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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

(...)

Parágrafo (adicionado por el Artículo 6 del acto legislativo N° 1 de 2003). Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

A su turno, el Artículo 1.º de la Ley 909 de 2004 clasifica los empleos públicos de la siguiente forma:

ARTÍCULO 1.º. Objeto de la ley.

(...)

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales. (Negrillas fuera del texto).

Y el Artículo 5.º *ibídem*, preceptúa:

ARTÍCULO 5.º. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(...) En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

Como puede observarse, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa; no obstante, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar, que al nominador le está permitido respecto de estos empleos disponer libremente su provisión y

retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida en que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Bajo tal entendimiento, el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2.º, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad; en otras palabras, la discrecionalidad es un poder que se ejercita conforme a derecho, y que implica el ejercicio de atributos dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir debe enmarcarse en la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad⁶.

En armonía con el anterior planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. En tal sentido, ha identificado⁷ como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente; b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza; y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

A su turno, el Artículo 36 del cca -hoy en día Artículo 44 del cpaca- establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser «adecuada» a los fines de la norma que la autoriza y «proporcional» a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón para adoptar la decisión, fundada en normas jurídicas y en hechos reales y ciertos, lo cual hace que la discrecionalidad tenga como medida la «razonabilidad», y ello, de suyo, comporta un límite a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción.

Por su parte, el Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968,⁸ establece:

ARTÍCULO 26. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera. (Negrilla nuestra).

Este Artículo fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional, corporación que al ocuparse del cargo de violación erigido sobre la expresión normativa «sin motivar la providencia», lo encontró exequible sin condicionamiento alguno en la sentencia C-734 de 2000, al considerar que:

7. En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cubre a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.

(...)

9. El Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del Artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance.

(...)

10. De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro. En virtud de lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la proposición jurídica completa conformada por el Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, toda vez que la expresión parcialmente acusada, no puede ser considerada en sus efectos jurídicos independientemente del resto del texto de la norma.

Como puede observarse la Corte, sin condición alguna, declaró la exequibilidad de la norma acusada y reafirmó que el establecimiento de la facultad discrecional dentro del Estado de derecho no desconoce las garantías del servidor retirado.

En lo que toca con la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público, ha considerado esta Sala que ello no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia. Su omisión no puede, entonces, generar la nulidad del acto sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber.

En este orden de ideas, una vez efectuado el análisis armónico de las anteriores normas y según lo expresado por el máximo tribunal constitucional, es viable concluir que la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción es uso de la facultad discrecional del nominador que se ejercita a través de un acto administrativo que por su naturaleza es inmotivado, no obstante estar fundado en motivos implícitos, acordes con la efectiva prestación del servicio público.

En otras palabras, el acto por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción debe ser inmotivado por el nominador, y el deber de explicar los motivos en la hoja de vida del empleado de las causas que originaron la desvinculación no hace parte de la esencia misma del acto, sino tan sólo constituye un antecedente laboral que debe plasmarse en su hoja de vida.

En conclusión, la ausencia de anotación de los motivos de la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no afecta las garantías fundamentales, por cuanto el retiro del servicio para ese tipo de empleos está previsto como una atribución de naturaleza discrecional que precisamente autoriza al nominador a disponerlo sin exteriorizar sus motivos.

2.2.2. De la naturaleza del cargo de director regional del SENA

La Ley 119 de 1994 «Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA», en su Artículo 1.º dispuso que esta entidad es un establecimiento público del orden nacional con personería jurídica, patrimonio propio e independiente, y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; en el Artículo 20 *ibídem* señaló que las Direcciones Regionales estarán administradas por un director regional, que será representante del director general, de su «libre» nombramiento y remoción, y tendrá la responsabilidad de coordinar, administrar y velar por la ejecución de las actividades del SENA dentro de su jurisdicción.

La anterior expresión fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-295 de 1995, que encontró demostrado que se desconoció la competencia de orden constitucional que tienen los gobernadores de escoger a los jefes seccionales de los establecimientos públicos. Allí se dijo:

Resulta contrario al precepto del art. 305-13 el texto legal mencionado, pues si la escogencia del director regional se hace, según se ha visto, por el gobernador de ternas que elabora y le presenta el director general del ente descentralizado, es obvio que el aludido mandato constitucional condicionó expresamente la facultad de nominación de éste último, pues sólo puede nombrar a la persona escogida por el gobernador, en virtud de que el ejercicio de su función requiere, como complemento ineludible, la participación activa del gobernador en los términos señalados. En tal virtud, en el evento de que medie algún impedimento que imposibilite el nombramiento, como por ejemplo la presencia de una inhabilidad o incompatibilidad del candidato del gobernador, debe repetirse el proceso de escogencia y nombramiento.

(...) De esta manera se puede afirmar que el nombramiento de un director regional de establecimiento público no es libre, por parte del director, gerente o presidente del establecimiento, aun cuando si le compete su postulación, a través de las ternas que se le presentan al gobernador, y su nombramiento. Pero se advierte que la remoción de los directores regionales por el Director General si es libre.

(...) La norma acusada del Artículo 21 en parte alguna recoge el mandato constitucional de que la escogencia del director regional es responsabilidad del respectivo gobernador, pues la norma omite tal determinación. La situación da pie para que se entienda, al armonizar los dos textos legales, que los directores regionales de establecimientos públicos nacionales se nombran libremente por el Director General, seleccionándolos de las ternas que le presenten los directores regionales. Por este camino indudablemente se viola tanto el art. 305-13, como el numeral 2 del Artículo 287 de la Carta, pues desconoce al gobernador como representante de la entidad territorial el derecho a ejercer las competencias que les corresponde a ésta. Además, dicha norma limita la facultad que tiene el Director General del SENA para hacer la postulación de los candidatos, mediante las ternas que debe presentar al gobernador, cuando dispone que son los consejos regionales respectivos los que elaboran las ternas.

(...) Para la Corte, la intención que revelan las normas demandadas no es otra que la de excluir al gobernador de la "escogencia" de los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos, pues de no ser así, sus textos se habrían redactado con la claridad y precisión debidas, dando a entender sin ambages que el gobernador participa en la escogencia de los referidos funcionarios, aún cuando su nombramiento finalmente corresponde al director general del establecimiento público.

Por lo expuesto, la Corte declaró la inexequibilidad de la expresión «libre» contenida en el inciso 1.º del Artículo 20 de la ley 119 de 1994, y advirtió que la postulación del director del SENA a los directores regionales está limitada a ternas presentadas al gobernador, no obstante, los cargos son de libre remoción por parte del mismo director.

Sobre la libre remoción de los directores regionales de la entidad, el Artículo 23 del Decreto 249 de 2004, «por el cual se modifica la estructura del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA», dispuso:

Direcciones Regionales y del Distrito Capital. Las Direcciones Regionales y la Dirección del Distrito Capital, serán ejercidas por un Director de libre remoción, que será representante del Director General, escogido por el correspondiente Gobernador de conformidad con lo dispuesto en el numeral 13 del Artículo 305 de la Constitución Política, de ternas seleccionadas mediante un proceso meritocrático y tendrán la responsabilidad de coordinar, administrar y velar por la ejecución de las actividades del SENA y de los Centros de Formación Profesional Integral, dentro del área de su jurisdicción conformada por el respectivo Departamento o por el Distrito Capital, según el caso, así como de las delegaciones que al efecto realice la Dirección General del SENA.

Las Direcciones Regionales del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, serán: Cundinamarca, Antioquia, Valle, Santander, Atlántico, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cauca, Cesar, Córdoba, Guajira, Huila, Magdalena, Meta, Nariño, Norte de Santander, Quindío, Risaralda, Tolima, Caquetá, Casanare, Chocó, San Andrés, Sucre, Amazonas, Arauca, Guainía, Guaviare, Putumayo, Vaupés, Vichada y la Dirección del Distrito Capital.

En este sentido, los Artículos 3.º y 5.º del Decreto 1972 de 2002, por medio del cual se regula el proceso de selección, preceptúan:

ARTÍCULO 3º. El proceso de selección público abierto para la integración de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica de los empleos a proveer y tampoco limita la facultad discrecional del nominador.

(...)

ARTÍCULO 5º. El nombramiento y remoción del Director o Gerente Regional o Seccional se efectuará por el representante legal del respectivo Establecimiento Público.

En el caso de vacancia temporal del empleo, éste será provisto por el Representante Legal de cada establecimiento público, mediante la figura del encargo.

Del estudio armónico de las anteriores disposiciones y de la jurisprudencia expuesta, se concluye que las direcciones regionales del SENA están administradas por un director regional, quien es escogido por el gobernador de una terna seleccionada mediante un proceso de mérito por parte de la entidad, sin embargo, dicha situación no impide que sea de libre remoción del director general, es decir, la naturaleza del empleo no cambia ni limita la facultad discrecional del nominador.

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

2.3.1. En relación con la vinculación laboral de la demandante

- Por Resolución 1693 de 27 de diciembre de 2001, proferida por el director general del SENA, se nombró a la señora Rosalba López Gómez como jefe de oficina, grado 01, de la Oficina de Planeación Regional Risaralda.⁹

- Por Resolución 1151 del 17 de septiembre de 2002, expedida por el director general del SENA, se nombró en encargo a la señora Rosalba López Gómez como jefe de oficina, grado 01, de la Oficina de Planeación Regional Risaralda.¹⁰

- Por Oficio del 20 de diciembre de 2002, se ternó a los señores Teresita Cardona Cañaveral, Darío Antonio Mejía Pardo y Rosalba López Gómez para la dirección regional del SENA Risaralda.¹¹

- Por Oficio del 26 de febrero de 2003, la gobernadora del departamento de Risaralda, seleccionó a la señora Rosalba López Gómez como la persona que debía ser nombrada en el cargo de director regional, de la terna que le fue enviada.¹²

- Por Resolución 229 del 18 de marzo de 2003, emitida por el director general del SENA, se nombró a la señora Rosalba López Gómez en el cargo de directora regional de Risaralda,¹³ del cual se posesionó el 18 de marzo siguiente.¹⁴

2.3.2. En relación con el acto administrativo acusado

- Por Resolución 1889 del 5 de noviembre de 2013, la directora general del SENA, Gina María Parody D´echeona, declaró insubsistente el nombramiento ordinario de la señora Rosalba López Gómez, como directora regional de Risaralda B G07.¹⁵

- Por Resolución N.º 1208 del 17 de junio de 2014, el director (e) general del SENA declaró abierto el proceso de selección meritocrático para conformar la terna de candidatos a director regional de Risaralda G 07,¹⁶ que culminó con la designación del señor Andrés Aurelio Alarcón Tique, por medio de la Resolución 664 de 5 de agosto siguiente.¹⁷

2.3.3. Pruebas allegadas durante la actuación judicial

2.3.3.1. Documentales

i) Hoja de vida de la señora Rosalba López Gómez 16.¹⁸

ii) Resolución 15 del 12 de agosto de 2006, mediante la cual la Asociación Nacional de Egresados de la Universidad Tecnológica de Pereira otorgó a la señora Rosalba López Gómez la distinción al gran símbolo.¹⁹

iii) Decreto 1042 de 21 de diciembre de 2007, mediante el cual el departamento de Risaralda otorgó a la señora Rosalba López Gómez la condecoración orden a la excelencia educativa.²⁰

iv) Resolución 06 del 26 de junio de 2008, a través de la cual el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC condecoró a la señora Rosalba López Gómez con el escudo de esta institución.²¹

v) Formato de calificación de gestión de la directora regional de Risaralda, Rosalba López Gómez, de los años 2010, 2011 y 2012.²²

vi) Exaltación de los funcionarios, contratistas y aprendices del SENA a la señora Rosalba López Gómez por su compromiso invaluable trabajo por más de 11 años como directora regional.²³

vii) Oficio de 27 de noviembre de 2013, por medio del cual, el Comité Intergremial de Risaralda, lamentó el retiro del servicio de la demandante.²⁴

viii) Escrito de agradecimiento de 10 de diciembre de 2013, por parte del Ingenio Risaralda frente a la labor desempeñada por la señora Rosalba López Gómez frente a la Dirección Regional del SENA.²⁵

2.4. Caso concreto. Análisis de la Sala

2.4.1. De la desviación de poder

Este vicio se genera por afectación del elemento teleológico del acto administrativo, es decir, del propósito u objetivo que se busca alcanzar con el acto ya que siempre debe ser el previsto por el ordenamiento jurídico, esto es, el interés general.

Todo acto administrativo tiene un fin o se profiere para cumplir el fin señalado en la Constitución y la ley, conforme lo señala el Artículo 21 de la norma superior «ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley». Así, el fin no lo señala la administración, pues el acto se profiere para cumplir los fines señalados en normas superiores²⁶ y no puede ser otro que el buen servicio público, el interés general²⁷.

Según lo señala la doctrina «en la desviación de poder el funcionario actúa con una finalidad distinta a la que señala la ley o actúa con una finalidad personal o para beneficiar a un tercero. En la arbitrariedad el funcionario se aparta “de lo objetivamente determinado por la razón y el derecho”». ²⁸

Este vicio también²⁹ es conocido como «abuso de autoridad», «ya que en realidad el poder se desvía y abusa cuando persigue fines distintos a los que la ley señala. Respecto de esta ilegalidad debe tenerse presente que la finalidad que debe perseguirse por el agente administrativo es siempre la satisfacción del interés público, no cualquiera, sino el interés concreto que debe satisfacerse por medio de la competencia atribuida a cada funcionario.»

Respecto de la finalidad como elemento del acto administrativo se tiene que reside, como lo señala Bonnard «en el resultado final que debe alcanzar el objeto del mismo acto; es decir, en este resultado que determina el efecto jurídico producido por el acto»³⁰. De manera que «el fin así concebido, aparece como el efecto final del acto, el resultado último que se consigue con su contenido, por lo que el fin es subsiguiente al acto, en cuanto a su realización, de modo que partiendo de los motivos, pasando por el objeto, teniendo competencia, se llega al fin de los actos administrativos». ³¹

El tratadista italiano Guido Zanobini alude como móviles característicos de la desviación de poder, los siguientes³²:

- Personal, cuando el agente profiere el acto con un propósito egoísta, bien de carácter privado (una venganza) o bien de carácter político (favorecer o eliminar un candidato en una elección, etc.)
- Cuando se profiere con el propósito de perjudicar a un tercero y favorecer a otro.
- Cuando se pretende favorecer un interés general, pero diferente el perseguido por la ley en que se fundamenta el acto.

En este orden de ideas, esta causal se configura cuando el nominador dicta un acto que está dentro de sus atribuciones, observa las formalidades prescritas por la ley y se ajusta en sus términos a las normas superiores; sin embargo, al proferirlo, se tienen en cuenta motivos distintos de aquellos para los cuales se le confirió el poder, es decir, contrarios al buen servicio público a cargo de la entidad que representa. La desviación de poder se presenta, entonces, cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley.

Por su parte, la jurisprudencia ha manifestado en cuanto a este vicio de legalidad, que «demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a

la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión»³³.

En tal sentido, quien acude a la jurisdicción para alegar la desviación de poder debe demostrar que la administración expidió un acto administrativo con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales.

Frente al cargo la demandante refiere que se desconoció el buen servicio, por tres razones, a saber: i) tenía estabilidad en el empleo, toda vez que fue seleccionada por medio de un proceso de méritos, de tal manera que la facultad de remoción sólo era posible mediante el uso del mismo mecanismo, el cual se estableció en el Decreto 1972 de 2002; ii) contaba con basta experiencia laboral en el cargo de director regional del SENA; y iii) no era procedente su retiro, previa la entrada en vigencia de la ley de garantías electorales, sino que se debió realizarse una vez transcurrido ese periodo con el fin de no paralizar el servicio.

2.4.2. La desviación de poder en el ejercicio de la potestad discrecional. Carga de la prueba.

Según dispone el Artículo 137 del CPACA se podrá pedir la nulidad de un acto administrativo cuando se dicta con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. Es decir, cuando el acto si bien fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico³⁴.

El Consejo de Estado³⁵ ha señalado que este vicio está referido a la «...la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario». En otras palabras, incurre en desviación de poder cuando el funcionario ejerce sus atribuciones, no en aras del buen servicio público y de la buena marcha de la administración, sino por móviles arbitrarios, caprichosos, egoístas, injustos u ocultos.

La jurisprudencia de esta Corporación³⁶ también ha indicado, respecto de la probanza de la desviación de poder alegada por la parte actora, que es a esta a quien le corresponde el deber de probar los supuestos de hecho en que se basa la censura que pretende hacer valer para destruir la presunción de legalidad el acto acusado; afirmación que, atendiendo a la jerarquización de las fuentes del derecho administrativo, viene dada por la regla contenida en el Código General del Proceso³⁷ de que «incumbe a las partes, probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»

Como ya se explicó, la decisión discrecional de retiro del servicio de una persona nombrada en un empleo de libre nombramiento y remoción se caracteriza por su inmotivación, decisión revestida de presunción de legalidad y expedida por razones del buen servicio. Por ello, es deber de quien argumenta su ilegalidad, a través de las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico, acreditar que sus fines no fueron los del buen servicio.³⁸

Sobre este particular es preciso indicar que la jurisprudencia de la Sección,³⁹ en algunas circunstancias en donde cada parte arguye determinada situación frente al retiro del servicio del empleado de libre nombramiento y remoción, ha definido que a cada una le corresponde probar dichos supuestos, pero no para implementar la inversión de la carga de la prueba o para hacerla dinámica, sino para reafirmar justamente que quien alega un hecho debe acreditarlo, criterio que acá se reitera.

En consecuencia, como quiera que la carga probatoria de demostrar el vicio de desviación de poder recae en el demandante, quien debe asumirla y demostrar que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio sino por un motivo eminentemente personal, es necesario analizar la prueba obrante en la actuación, de cara a los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

2.4.3. De la libre remoción del cargo de director regional del SENA

La parte demandante considera que, dada su vinculación por medio de concurso de méritos, su empleo tiene estabilidad laboral, y no puede ser retirada del servicio sino por quien entre a ocuparlo mediante el mismo mecanismo.

Sobre el particular, resalta la Sala que, como ya se explicó en el capítulo correspondiente, si bien es cierto el Artículo 23 del Decreto 249 de 2004 indicó que para acceder al cargo de director regional se debería realizar proceso de selección meritocrático, no lo es menos, que éste no desdibuja la clasificación del empleo, es decir, en ningún momento dejó de ser de libre remoción, ya que lo que pretendió el Ejecutivo al expedir el citado Decreto, fue brindarle mayor dinamismo a la administración, dotándola del personal calificado, para que prestara un mejor servicio.

En efecto, dicho procedimiento se realizó con el ánimo de identificar al personal que tenga las mejores capacidades y calidades, en aras de cumplir de manera eficaz y eficiente con los objetivos propuestos que tenga el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, para el director regional, sin dejar de lado la transparencia e integridad que dejan como resultado este tipo de procedimientos.

Es más, en un caso similar, la Corte Constitucional⁴⁰ sostuvo respecto del concurso de méritos en la elección de cargos de libre nombramiento y remoción, lo siguiente:

La regla general en materia de provisión de cargos públicos, según el Artículo 125 de la Constitución Política, es el concurso. La norma constitucional advierte que este sistema no será procedente en los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y demás que determine la ley.

Esta clasificación permite entender que existen distintas clases de empleos en la organización estatal y que no todos se rigen por las mismas reglas. El tipo de cargo determina la forma de vinculación, todo lo cual debe estar regulado en la ley. La Constitución admite de todos modos que un grupo de cargos se proveen por concurso y otros por mecanismos distintos.

(...)

Así las cosas, este tribunal Constitucional ha señalado en varios fallos que a pesar de existir un sistema de vinculación general que es la carrera, al que se accede a través de concurso, el Artículo 125 de la Constitución Política abrió la posibilidad de que la administración se sujete a los principios del concurso cuando desee proveer cargos de libre nombramiento y remoción, respetando siempre los lineamientos de respeto al mérito.

En este orden de ideas, no se puede confundir un proceso meritocrático que se lleve a cabo al interior de la entidad a fin de seleccionar un aspirante, con el concurso de méritos propio de la carrera administrativa.

En efecto, se tiene que la administración puede proveer empleos de libre nombramiento y remoción, bajo la modalidad de «proceso meritocrático», y esta circunstancia no modifica la naturaleza misma del cargo, dado el fin que se persigue, esto es, desarrollar la función pública con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En otras palabras, los concursos de méritos que desarrollen las entidades al interior no pueden confundirse con los procesos de selección de carrera administrativa que generan estabilidad en el empleo; es decir, el hecho que la administración nombre a un servidor con fundamento en el mérito, no significa que automáticamente cambie la naturaleza del empleo, pues lo que se persigue es permitir el desarrollo de la función pública con fundamento en criterios de mérito, calidades personales y capacidad profesionales para los empleos de libre nombramiento y remoción (numeral 2 del Artículo 2.º de la Ley 909 de 2004).

Por las anteriores razones, tampoco es válido el argumento según el cual el acto está viciado porque su reemplazo se nombró en encargo, ya que era necesario proveerlo mientras se surtía el susodicho proceso meritocrático.

2.4.4 De la experiencia laboral de la actora

La señora Rosalba López Gómez señaló que era una funcionaria con basta experiencia profesional y que desempeñó el cargo de directora regional de manera excelsa, motivo por el cual su retiro desmejoró el servicio. Para el efecto, allegó el siguiente material probatorio:

- Exaltaciones, condecoraciones y agradecimientos por la labor prestada: i) Resolución 15 del 12 de agosto de 2006, mediante la cual la Asociación Nacional de Egresados de la Universidad Tecnológica de Pereira otorgó a la señora Rosalba López Gómez la distinción al gran símbolo;⁴¹ ii) Decreto 1042 de 21 de diciembre de 2007, mediante el cual el Departamento de Risaralda otorgó a la señora Rosalba López Gómez la condecoración orden a la excelencia educativa;⁴² iii) Resolución 06 del 26 de junio de 2008, a través de la cual el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC condecoró a la señora Rosalba López Gómez con el escudo de esta institución;⁴³ iv) Exaltación de los funcionarios, contratistas y aprendices del SENA a la señora Rosalba López Gómez por su compromiso invaluable trabajo por más de 11 años como directora regional;⁴⁴ v) Oficio de 27 de noviembre de 2013, por medio del cual, el Comité Intergremial de Risaralda, lamentó el retiro del servicio de la demandante;⁴⁵ y vi) Escrito de agradecimiento de 10 de diciembre de 2013, por parte del Ingenio Risaralda frente a la labor desempeñada por la señora Rosalba López Gómez frente a la Dirección Regional del SENA.⁴⁶

- Formato de calificación de gestión de la directora regional de Risaralda, Rosalba López Gómez,⁴⁷ con la siguiente puntuación:

Año	Calificación Anual Consolidada
2010	96,03%
2011	91,97%
2012	91,24%

- Hoja de vida de la señora Rosalba López Gómez, que da cuenta de su experiencia laboral, así: 1) Coordinadora Auditora Especial de la Contraloría Municipal de Pereira como; 2) Tesorera y Secretaria General de la Corporación Parques, Arborescencia y Recreación; 3) Gerente de la Caja de Previsión Municipal de Pereira; 4) Gerente del Aeropuerto Internacional Matecaña; 5) Gerente de Moviequitos Ltda; 6) Jefa de Control Interno y Directora Administrativa y Financiera del Instituto Municipal de Parques, Arborescencia y Recreación; y 5) Jefa de Planeación del SENA Regional Risaralda.

De lo expuesto se puede concluir que la señora Rosalba López Gómez contaba con experiencia laboral; que en su periodo como directora del SENA regional Risaralda desempeñó el cargo de manera acorde, cumpliendo no sólo a sus labores sino obteniendo altas calificaciones de evaluación; sin embargo, ello no es óbice para que fuera inamovible de su cargo, por cuanto es obligación de todo servidor público prestar sus servicios en forma óptima y eficiente, en cuanto ello contribuye a la consecución de los fines esenciales del Estado y garantiza a los ciudadanos el goce de sus derechos y el acceso a los distintos beneficios previstos para el adecuado desarrollo social; por tanto, la buena conducta y la excelencia de la actora en el ejercicio de su cargo no garantizan su estabilidad, sino que se constituyen en presupuestos naturales del ejercicio del cargo.

Es importante resaltar que dentro del expediente no se acreditó con ningún elemento de prueba que, con ocasión de la declaratoria de insubsistencia aquí atacada, se haya paralizado o ralentizado el servicio de la entidad a nivel regional.

2.4.5. De la inobservancia de la ley de garantías electorales

Se observa que mediante la Resolución 1889 de 5 de noviembre de 2013, la directora general del SENA, Gina María Parody D'echéona, declaró insubsistente el nombramiento ordinario de la señora Rosalba López Gómez, en el cargo de directora regional de Risaralda G 07⁴⁸.

A partir del 9 de noviembre siguiente, empezó a regir el periodo de ley de garantías electorales para elecciones legislativas,⁴⁹ que prohibió iniciar, continuar y concluir procesos de contratación directa durante los 4 meses anteriores a la elección, de conformidad con lo establecido en

la Ley 996 de 2005; por tal razón, no era posible realizar ninguna contratación para el manejo del proceso de selección del nuevo director regional. En principio, el periodo de restricción culminó el 9 de marzo de 2015, sin embargo, debido a las elecciones de presidente y vicepresidente de Colombia, se extendió hasta el 15 de junio de 2014, cuando se realizó la segunda vuelta de elecciones, de conformidad con la Resolución 8500 de 2014 de la Registraduría Nacional del Estado Civil⁵⁰ que estableció el calendario electoral.

Transcurrido el periodo de ley de garantías electorales, mediante Resolución 1208 de 17 de junio de 2014, el director (e) general del SENA, Arturo Fernando Rojas Rojas, declaró abierto el proceso de selección meritocrático para conformar la terna de candidatos a director regional de Risaralda G 07,⁵¹ esto es, dos días después; el proceso de selección culminó con la designación del señor Andrés Aurelio Alarcón Tique, por medio de la Resolución 1664 de 5 de agosto siguiente.⁵²

Ahora bien, de las pruebas allegadas por la demandante, no se puede concluir nada diferente a que la elección del nuevo director regional no se realizó de manera inmediata, debido a la entrada en vigencia de la ley de garantías, lo cual no permitía la contratación directa para realizar un convenio interadministrativo para desarrollar el proceso meritocrático, pero no obstante, una vez transcurrida la restricción, la entidad procedió a declarar abierto el proceso de selección.

Mientras el cargo de director regional del Sena se proveía de manera definitiva mediante el proceso de selección público y abierto previsto en el Decreto 1972 de 2002, la vacante se proveyó en encargo, como ocurrió en este caso.

En consecuencia, el cargo de desviación de poder con este fundamento no tiene vocación de prosperidad.

3. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016⁵³, respecto de la condena en costas en vigencia del cpaca, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso⁵⁴, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la demandante, teniendo en cuenta que el recurso presentado resultó desfavorable y que la parte demandada actuó en segunda instancia. Se liquidarán por el *a quo*.

4. Conclusión

No hace falta abundar en razonamientos adicionales para concluir que el acto administrativo acusado permanece amparado por la presunción de legalidad que lo cobija, debiéndose, por tanto, denegar las pretensiones de la demanda, tal y como fue resuelto en el fallo apelado que amerita ser confirmado.

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

F A L L A:

Primero.- Confirmar la sentencia proferida el 13 de octubre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que denegó las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por la señora Rosalba López Gómez contra el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el *a quo*.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: la presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el Artículo 186 del CPACA.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 47 a 85 del cuaderno principal.
2. Folios 187 a 195 del cuaderno principal.
3. Folios 205 a 211 del cuaderno principal.
4. Folio 224 del cuaderno principal.

5. Folios 524 a 527 del cuaderno principal.

6. Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente Número 250002325000201000254-01, No. interno: 1847-2012. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

7. Sentencia T-372 de 2012.

8. Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

9. Folio 34 del cuaderno de pruebas.

10. Folio 34 del cuaderno de pruebas.

11. Folio 85 del cuaderno de pruebas.

12. Folio 9 del cuaderno de pruebas.

13. Folio 3 del cuaderno de pruebas.

14. Folio 4 del cuaderno de pruebas.

15. Folio 2 del cuaderno de pruebas.

16. Folio 94 a 96 del cuaderno principal.

17. Folio 128 del cuaderno principal.

18. Folios 87 a 91 del cuaderno de pruebas.

19. Folio 44 del cuaderno de pruebas.

20. Folio 43 del cuaderno de pruebas.

21. Folio 42 del cuaderno de pruebas.

22. Folios 11a 26 del cuaderno de pruebas.

23. Folio 39 del cuaderno de pruebas.
24. Folio 41 del cuaderno de pruebas.
25. Folio 40 del cuaderno de pruebas.
26. Penagos, Gustavo, *El acto administrativo*, Op. Cit. P. p. 428 y 429
27. *Ibidem*
28. Serra Rojas, Andrés. *Derecho administrativo*, Editorial Porrúa, S.A., 1985, P. 251
29. Fraga, Gabino. *Derecho administrativo*. Editorial Porrúa, S.A., 1996, P. 301
30. Bonnard, citado por Prat, Julio A., *Derecho administrativo*, Tomo III, Vol II, Montevideo, Editorial Arcali, 1978, en Largacha Martínez, Miguel y Posse Velásquez, Daniel, *Causales de anulación...* Op. Cit. P. 177
31. Citado en Largacha Martínez, Miguel y Posse Velásquez, Daniel, *Causales de anulación...* Op. Cit. P. 177
32. Op. cit. P. 232
33. Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, de 23 de febrero de 2011, radicado interno No. 0734-10, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.
34. Berrocal Guerrero, Luis Enrique Manual del acto administrativo, Librería ediciones del profesional LTDA. , Bogotá, Colombia, 2014, página 547
35. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, siete (07) de marzo de dos mil trece (2013), Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12).
36. Sentencia del 16 de febrero de 2006, Consejo de Estado - Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08208-01(2485-04).
37. Artículo 167 del CGP.
38. Tratándose de la desviación de poder.
39. Sentencia del 15 de mayo de 2000, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente 2459-99.

40. Corte Constitucional, Sentencia T-329-09, 14 de mayo de 2009, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Acción de Tutela instaurada por Carlos Arturo Acosta Ortega y Fernando Cajiao Dussan en contra de la Gobernación de Guainía y Alcaldía Municipal de Cunday (Tolima) y otros.

41. Folio 44 del cuaderno de pruebas.

42. Folio 43 del cuaderno de pruebas.

43. Folio 42 del cuaderno de pruebas.

44. Folio 39 del cuaderno de pruebas.

45. Folio 41 del cuaderno de pruebas.

46. Folio 40 del cuaderno de pruebas.

47. Folios 11a 26 del cuaderno de pruebas.

48. Folio 2 del cuaderno de pruebas.

49. El Artículo 207 del Código Electoral dispuso que las elecciones para integrar corporaciones públicas se realizarán el segundo domingo de marzo del respectivo año, es decir, para elecciones de corporaciones públicas que hace alusión la demandante transcurrieron el 9 de marzo de 2014.

50. <https://wsr.registraduria.gov.co/-Resoluciones-.html>

51. Folio 94 a 96 del cuaderno principal.

52. Folio 128 del cuaderno principal.

53. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

54. «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 15:13:43