



Sentencia 2013-00801 de 2021 Consejo de Estado

CARGO DE DIRECTOR REGIONAL DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA) - Empleo de libre nombramiento y remoción / DESIGNACIÓN DE FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN POR PROCESO MERITOCRÁTICO - No concede derechos de carrera administrativa / INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - Ejercicio de la facultad discrecional

Como prolegómeno se encuentra que, conforme a la Resolución 01518 del 9 de junio de 2008 expedida por el director general encargado del Servicio Nacional de Aprendizaje, se nombró al demandante como director regional grado 08 del SENA, Regional Atlántico, empleo del cual se posesionó a partir del 12 de junio de la citada anualidad (folios 23 a 24). Lo anterior, como consecuencia de haber transcurrido los 8 días de que trata el Artículo 4° del Decreto 1972 de 2002 modificado por el Decreto 307 de 2005, sin que el gobernador se hubiere pronunciado respecto de la terna que le fue enviada para el nombramiento del director regional del SENA, Regional Atlántico, dentro de las cuales se encontraba el demandante quien finalmente fue nombrado. Sobre el particular, resalta la Sala, que si bien es cierto el Artículo 26 del Decreto 249 de 2004, indicó que para acceder al dicho cargo se debería realizar mediante 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 nombramiento y 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 este sentido, 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. Al respecto, se tiene que el demandante fue declarado insubsistente mediante Resolución 00742 del 24 de mayo de 2013 cuando ocupaba el cargo de director regional grado 08 del Servicio Nacional de Aprendizaje, empleo que se encuentra catalogado como de libre nombramiento y remoción (folio 21). (...). Conforme a lo analizado en precedencia, se observa que el cargo de director regional grado 08 el cual era desempeñado por el demandante, se encuentra catalogado por la ley como de aquellos denominados de libre nombramiento y remoción. Lo anterior conduce a concluir que el contenido funcional de los empleos de libre nombramiento y remoción determina el rigor con el que debe someterse a juicio el uso de la facultad discrecional para declararlos insubsistentes. Así, en aquellos que se basan en esencia en la confianza del nominador, la estabilidad en el empleo es particularmente frágil porque dicho factor hace que la discrecionalidad para remover del cargo al funcionario deba concebirse de una forma más amplia en relación con aquellos empleos que Contestón, predominantemente, a relaciones de confianza profesional.

FUENTE FORMAL: DECRETO 27 DE 1990 - ARTÍCULO 29 / DECRETO 1246 DE 1998 - ARTÍCULO 2 / DECRETO 3696 DE 2006 - ARTÍCULO 2 / DECRETO 249 DE 2004 - ARTÍCULO 23 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 23 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 41 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 44

DESVIACIÓN DE PODER - Concepto / DESVIACIÓN DE PODER - Carga de la prueba

Sobre la desviación de poder, se ha entendido que se configura cuando quien ejerce función administrativa expide un acto de dicha naturaleza que, si bien puede ajustarse a las competencias de que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión. (...). Esta figura ha sido aceptada como una de las técnicas de control del ejercicio de facultades administrativas discrecionales, pues se ha entendido que la atribución de ciertos márgenes de libertad decisoria a la administración no significa en modo alguno que esta se encuentre habilitada para definir, sustituir o desconocer la teleología a la que constitucional y legalmente Contestó la norma. Lo anterior condujo a que el juez administrativo perfeccionara sus facultades con el control constitucional, y que el control del exceso de poder, o la desviación de poder, se fortaleciera con los principios constitucionales. Algunos incluso sostienen que en el derecho administrativo no es necesario hablar de la constitucionalización, porque por su naturaleza es constitucional. (...). La Sala concluye que en este caso la definición de la existencia de un vicio de poder se desprende por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración.

INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / BUEN DESEMPEÑO DEL CARGO - No inhibe a la administración para ejercer la facultad discrecional de remoción del cargo / PERSONA DESIGNADA EN LUGAR DE AQUELLA QUE FUE DECLARADA INSUBSISTENTE - Falta de desmejoramiento del servicio

Se observa que por aproximadamente 5 años el demandante estuvo vinculado a la entidad como director regional y que tuvo una excelente prestación del servicio, según se advierte de sus calificaciones y conforme al dicho de los testigos, los cuales dan cuenta de que sus calidades y cualidades como servidor público fueron excelsas. Sin embargo, estos hechos no prueban un desmejoramiento del servicio con ocasión de su retiro y, mucho menos alcanza para concluir que la insubsistencia de su nombramiento oculta fines distintos a aquél. Con todo, debe señalarse que las condiciones profesionales y correcto desempeño de la función no le da al servidor de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad alguno, pues aquellas, son calidades que son exigibles de cualquier persona que preste un servicio público. En ese orden de ideas, el hecho de que el hoy demandante hubiese realizado una excelente gestión como director regional, no desdice de las aptitudes de quien fue encargado en reemplazo suyo para ejercer el cargo, ni de quien fue nombrada posteriormente en su cargo, como tampoco lo hace respecto de la presunción de mejoramiento del servicio que opera sobre el acto de insubsistencia pues aquella debe ser entendida en un contexto amplio que abarque el

análisis de las competencias, experiencia, estudios y habilidades de los funcionarios saliente y entrante, como también las relaciones de confianza de estos con el nominador, cuestión última que resulta esencial para el buen desempeño y manejo de la administración pública. Bajo dicho entendido, se concluye que con el retiro del demandante no se probó que se desmejoró el servicio, aunado al hecho de que respecto a la persona que asumió las funciones en encargo, solo se señaló en el libelo introductor que no tenía su experiencia, capacidades y condiciones profesionales, y que tampoco, fue sometido al mismo proceso de meritocracia que en su momento se aplicó a él (folio 7 del cuaderno principal), lo cual no es de recibo para esta Sala, toda vez que el señor Rafael Eduardo de la Rosa Mercado se encontraba vinculado a la entidad desde el 21 de abril de 1988 en el cargo de profesional grado 06, inscrito en carrera administrativa desde el año 1991 según Resolución 793 del 28 de febrero de la mencionada anualidad y en marzo de 2009 le fue concedida comisión para desempeñar el empleo de subdirector del centro, grado 02 en el Servicio Nacional de Aprendizaje. En este línea argumentativa, se encuentra que el servidor de la Rosa Mercado quien lo reemplazó, contaba también con una amplia experiencia en la entidad por más de 24 años, aunado a ello, no había necesidad de que se llevara a cabo el procedimiento señalado en el Artículo 4.º del Decreto 1972 de 2002, modificado por el Decreto 307 de 2005 (terna enviada al gobernador), toda vez que su nombramiento fue en encargo, y, tampoco se probó que durante su desempeño como director regional se haya desmejorado el servicio o que su labor fue deficiente.

CONDENA EN COSTAS – Criterio objetivo valorativo / CONDENA EN COSTAS – A cargo de la parte vencida en el proceso

La condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el Artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público. En ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas a la parte demandante en ambas instancias, en la medida que conforme al numeral 4º del Artículo 365 del CGP, resulta vencida en el proceso y se revocará en forma total la sentencia de segunda instancia, aunado a ello, la actuación que desplegó la entidad demandada en las dos instancias. NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la condena en costas para los procesos tramitados por la Ley 1437 de 2011, ver: C de E, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, radicación: 1291-14, C.P.: William Hernández Gómez.

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 365

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00801-01(3437-16)

Actor: JORGE LUIS RESTREPO NAME

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)

Tema: Declaratoria de insubsistencia. Cargo de libre nombramiento y remoción. Desviación de poder. Las condiciones profesionales y correcto desempeño de la función, no le dan al servidor de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad alguno

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-008-2021

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Atlántico que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Jorge Luis Restrepo Name en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el Artículo 138 de la Ley 1437 del 2011¹, formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones (folios 2 a 3 y 94 a 95, C.1):

1. Declarar la nulidad de la Resolución 00742 del 24 de mayo de 2013 expedida por la directora general del SENA, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Jorge Luis Restrepo Name en el cargo de director regional grado 08 del Servicio Nacional de

Aprendizaje.

2. A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene al SENA a reintegrar al demandante en un cargo de igual o superior categoría al que desempeñaba al momento de su desvinculación.

3. Ordenar el pago a favor del libelista de todos los sueldos, primas, bonificaciones y demás adehalas dejados de percibir, con sus respectivos incrementos legales, desde su retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro, debidamente indexados en su valor y con los correspondientes intereses moratorios.

4. Declarar que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

Supuestos fácticos relevantes indicados en la demanda (folios 5 a 7 y 97 a 99, C.1):

1. De acuerdo con la ley, se envió al gobernador del Departamento del Atlántico las hojas de vida de la terna seleccionada para ocupar el empleo de director regional grado 08 del SENA.

2. Cumplido el plazo de 8 días, sin que hubiese respuesta alguna por parte del Departamento del Atlántico, se seleccionó al señor Jorge Luis Restrepo Name como el primero para ocupar el mencionado cargo.

3. En efecto, mediante Resolución 1518 del 9 de junio de 2008 se nombró al señor Jorge Luis Restrepo Name en el empleo del director regional grado 08 del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Regional Atlántico. Cargo del cual tomó posesión el 12 de junio de la mencionada anualidad.

4. El demandante durante el ejercicio del cargo cumplió totalmente las funciones, sin que mediaran llamados de atención o procesos administrativos que indicaran algún tipo de incumplimiento, por el contrario, obtuvo varios reconocimientos por la labor desempeñada y excelentes calificaciones por parte de sus superiores. Además de ello, cuenta con una amplia trayectoria y experiencia de más de 28 años.

5. No obstante lo anterior, la directora general del SENA profirió Resolución 00742 del 24 de mayo de 2013, mediante la cual declaró insubsistente al libelista y, en su reemplazo, encargó a un servidor que no tenía la experiencia ni las condiciones profesionales de su antecesor, aunado a que no fue sometido al mismo proceso de meritocracia que en su momento se llevó a cabo para nombrar al señor Restrepo Name.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»², porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por las partes se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

Fecha de la audiencia inicial: 29 de abril de 2015.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En la audiencia inicial no se efectuó pronunciamiento al respecto (minuto 00:00 a 11:00 del cd visible a folio 270).

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«De conformidad con lo planteado en los supuestos fácticos y lo pedido en las pretensiones de la demanda, se advierte que se pretende la nulidad de la Resolución No. 00742 de 24 de mayo de 2013 suscrita por la Directora General del SENA, el (sic) cual declaró insubsistente al demandante, consecuentemente y como restablecimiento del derecho se solicita el reintegro a un cargo similar o de igual categoría, y se le paguen los rubros dejados de percibir desde que se produjo el retiro hasta cuando sea efectivamente reintegrado. En consecuencia, de encontrarse afectada la legalidad del acto demandado por algún vicio o causal de anulación de las contenidas en la Ley 1437 de 2011, se procederá a su declaración y al correspondiente restablecimiento del derecho, de lo contrario, se negarán las súplicas de la demanda.» (folio 272 y cd visible a folio 270).

SENTENCIA APELADA (folios 390 a 409, C.1)

El 8 de septiembre de 2015, el *a quo* profirió sentencia en audiencia inicial en la cual accedió a las pretensiones de la demanda, de conformidad con los siguientes argumentos:

Señaló que el demandante fue nombrado en el cargo de director regional grado 08, una vez que superó el proceso de selección meritocrático, sin que ello signifique el empleo es de carrera, habida cuenta de que los Decretos 1426 de 1998 y 248 de 2004, prevén claramente que posee la naturaleza de libre nombramiento y remoción, circunstancia que le permite al nominador disponer libremente de su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario plasmar los motivos que lo llevan a adoptar una decisión al respecto.

Seguidamente, afirmó que acorde con lo regulado por la Ley 909 de 2004, la desvinculación de un empleado que desempeña un cargo de libre nombramiento y remoción, se realiza en ejercicio de la facultad discrecional, pero siempre en razones del buen servicio, para que dicha facultad no sea una herramienta de arbitrariedad a favor de la administración.

Analizó las pruebas aportadas al plenario y señaló que el libelista contaba con unas eximias calidades profesionales y un excelente desempeño en el cargo, de lo cual daba cuenta el Instrumento de Evaluación de Gestión de los Gerentes Públicos Directores Regionales del SENA, en el cual se apreciaba que obtuvo un promedio del 88.93% de cumplimiento de compromisos funcionales y comportamentales, superando en algunos ítems el 100%.

Bajo dicho entendido, concluyó que con el retiro del señor Jorge Luis Restrepo Name no se persiguió el fin primario de la administración pública, esto es, el mejoramiento del servicio, pues en su reemplazo se encargó a otro funcionario, sin tener en cuenta los excelentes resultados de su gestión como director, con lo cual, se privó a la entidad de un empleado con cualidades superiores. Aunado a ello, se probó el tinte burocrático de tal actuación, habida cuenta de que en el periodo 2013 a 2014 la directora general del SENA profirió 16 actos de insubsistencia.

En este sentido, el *a quo* advirtió que el acto administrativo demandado no se encontraba acorde a los fines del buen servicio, motivo por el cual se hacía evidente que adolecía de desviación de poder y era procedente su anulación.

De otra parte, consideró que no era procedente ordenar el descuento de los valores que el demandante haya percibido del tesoro público, como consecuencia de otra relación legal y reglamentaria que tuvo entre el retiro del servicio y el efectivo reintegro, toda vez que la condena tenía connotación indemnizatoria por el perjuicio causado al libelista con la expedición del acto ilegal.

Acorde a lo anterior el tribunal de primera instancia profirió sentencia que se resume así: i) declaró la nulidad de la Resolución 00742 del 24 de mayo de 2013; ii) a título de restablecimiento del derecho ordenó al SENA a reintegrar al señor Jorge Luis Restrepo Name al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría; iii) ordenó el pago de los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento del retiro del señor Restrepo Name y hasta el efectivo reintegro, iv) ordenó la actualización de las sumas; v) declaró que para todos los efectos no había existido solución de continuidad en la prestación de servicio del demandante y; vii) se abstuvo de condenar en costas.

RECURSO DE APELACIÓN (folios 411 a 422, C.1)

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitó se revoque y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda, al argumentar que no existe ninguna prueba dentro del plenario respecto de la ausencia de idoneidad del funcionario encargado de reemplazar al libelista, ni mucho menos de la persona que posteriormente fue nombrada en dicho empleo.

Arguyó que el desempeño laboral del demandante es irrelevante al momento de la declaratoria de insubsistencia, toda vez que el parágrafo único del Artículo 50 de la Ley 909 de 2004, prevé que los empleados de libre nombramiento y remoción tienen el deber de cumplir con los acuerdos de gestión sin que ello afecte la discrecionalidad para su retiro.

Por otra parte, sostuvo que contrario a lo aludido por el demandante, la declaratoria de insubsistencia se realizó para mejorar el servicio y no por motivos políticos, dado que en el SENA la filiación política no es un criterio de vinculación o retiro, es una mera afirmación en el libelo introductor sin sustento probatorio, aunado a ello, no existe nexo de causalidad entre las 16 resoluciones de insubsistencia y la aludida burocracia que señaló el *a quo*, pues dichos actos obedecen al legal y correcto desempeño de las funciones de la directora general de la entidad, según las necesidades que tenía cada regional. Agregó que para cumplir los fines estatales a ella encomendados, el director general requiere conformar un equipo de toda su confianza que le permita llevar a buen término las metas, programas y proyectos trazados, circunstancia que de ninguna manera conlleva a que el acto administrativo enjuiciado se encuentre viciado de nulidad.

Señaló que, dentro del proceso no se evidencia pruebas contundentes, ni siquiera indiciarias que permitan determinar que el acto de desvinculación haya sido desproporcionado o que se pretendió suplir un fin diferente al buen servicio, por el contrario, con aquél, se acató el ejercicio genuino y legítimo del poder discrecional del nominador en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción.

Finalmente aludió que si bien en la sentencia recurrida se citó la sentencia del Consejo de Estado de 29 de junio de 2011, respecto del análisis del material probatorio, la providencia recurrida desatendió todos los elementos allí señalados, pues no estudió los testimonios y solo se circunscribió a advertir que daban fe de las calidades profesionales excelsas del demandante, sin verificar su imparcialidad, lo cual lo llevaron a una decisión alejada de la sana crítica.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandada (folios 832 a 837 vuelto y 859 a 865 vuelto, C.1): reprodujo en su totalidad los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

La parte demandante (folios 866 a 886 *ibidem*): solicitó se confirme la providencia recurrida, habida cuenta de que la declaratoria de insubsistencia estuvo inspirada en razones distintas a aquellas para las cuales la ley otorgó la facultad discrecional, pues la desvinculación solo

fue producto del ejercicio burocrático de la directora general del SENA.

Arguyó que las pruebas aportadas al plenario daban cuenta de las altas calidades profesionales del demandante, sus excelentes calificaciones de gestión y su amplia trayectoria laboral, lo cual se traduce en una excepcional prestación del servicio, sin embargo, nada de ello fue valorado objetivamente por la directora general al momento de declarar la insubsistencia que es objeto de reproche en el *sub lite*.

El Ministerio Público guardó silencio en desarrollo de esta etapa procesal, según constancia secretarial visible a folio 887.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el Artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el Artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en la siguiente pregunta:

1. ¿La declaratoria de insubsistencia del señor Jorge Luis Restrepo Name quien se desempeñaba en el cargo de director regional grado 08 del Servicio Nacional de Aprendizaje, desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la Constitución y la ley a la administración, y por tanto dicho acto administrativo adolece de desviación de poder?

Al respecto la Subsección sostendrá la siguiente tesis: con la expedición de la Resolución 00742 del 24 de mayo de 2013, la directora general del SENA no desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional, pues estuvo inspirado en razones del buen servicio, tal y como pasa a explicarse.

De la naturaleza del cargo del demandante

Como prolegómeno se encuentra que, conforme a la Resolución 01518 del 9 de junio de 2008 expedida por el director general encargado del Servicio Nacional de Aprendizaje, se nombró al señor Jorge Luis Restrepo Name como director regional grado 08 del SENA, Regional Atlántico, empleo del cual se posesionó a partir del 12 de junio de la citada anualidad (folios 23 a 24).

Lo anterior, como consecuencia de haber transcurrido los 8 días de que trata el Artículo 4.º del Decreto 1972 de 2002³ modificado por el Decreto 307 de 2005⁴, sin que el gobernador se hubiere pronunciado respecto de la terna que le fue enviada para el nombramiento del director regional del SENA, Regional Atlántico, dentro de las cuales se encontraba el señor Restrepo Name quien finalmente fue nombrado.

Sobre el particular, resalta la Sala, que si bien es cierto el Artículo 26 del Decreto 249 de 2004, indicó que para acceder al dicho cargo se debería realizar mediante 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 nombramiento y 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 este sentido, 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 administrativa⁵.

Al respecto, se tiene que el demandante fue declarado insubsistente mediante Resolución 00742 del 24 de mayo de 2013 cuando ocupaba el cargo de director regional grado 08 del Servicio Nacional de Aprendizaje, empleo que se encuentra catalogado como de libre nombramiento y remoción (folio 21).

En efecto, el Decreto 27 de 1990 que aprobó el Estatuto Interno del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, indicó en su Artículo 29, los parámetros a tener en cuenta al momento de organizar la nomenclatura de dicho ente. Para el efecto preceptuó:

«ARTICULO 29. NOMENCLATURA. La organización interna del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, será determinada por el Consejo Directivo Nacional, a solicitud del Director General, la cual requerirá la aprobación del Gobierno Nacional, con sujeción a la siguiente nomenclatura:

1. Las dependencias del nivel directivo se denominarán: Dirección General, Secretaría General, Subdirecciones y Direcciones o Gerencias Regionales y Seccionales.

[...]

3. Las dependencias operativas, incluidas las que atienden servicios administrativos, se denominarán: Divisiones, Secciones o Grupos. En las Regionales y Seccionales podrán adicionarse Departamentos y Centros.

4. Los órganos que se creen para estudio o decisión de asuntos especiales se denominarán Comisiones o Juntas.

[...]». (Resaltado de la Sala).

A su vez, el Decreto No. 1426 de 1998⁶, clasificó los empleos del Servicio Nacional de Aprendizaje de la siguiente manera:

«ARTICULO 2. DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Según la naturaleza general de sus funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos para su desempeño, los empleos públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos:

a). Directivo:

Comprende los empleos a los cuales corresponde la dirección, formulación de políticas y la adopción de planes, programas y proyectos para su ejecución a nivel de la Dirección General, Regional y Seccional del SENA.

[...]»

Dicha normativa fue objeto de varias modificaciones por parte de los Decretos 3539 de 2003, 248, 249 de 2004 y 3696 de 2006⁷, ésta última disposición en su Artículo 2.º previó:

«Nivel Directivo Artículo 2º. Establécese la siguiente nomenclatura de empleos del nivel Directivo del Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, así:

Denominación del Empleo	Grado
Nivel Directivo	
Director Regional	08

[...]» (Negrillas del texto).

Acorde con lo anterior, se observa que el empleo que desempeñaba el demandante se encuentra clasificado en el nivel directivo, por tanto, las funciones llevadas a cabo por parte del señor Restrepo Name son de aquellas del nivel jerárquico cuyo ejercicio implica cierta confianza y manejo, en consideración a la administración y coordinación propias de la Dirección Regional del SENA.

Así, el Decreto 249 de 2004 que modifica la estructura de la entidad demandada, en su Artículo 23 señala:

«[...] *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.

[...]». (Resaltado fuera del texto original).

A su turno, la Ley 909 de 2004⁸, en el Título IV de la citada normativa, en el acápite «DEL INGRESO Y EL ASCENSO AL EMPLEO PÚBLICO», se prevén las clases de nombramientos:

«[...] ARTÍCULO 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley. [...]»

A su vez, el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, respecto del retiro del servicio de los empleados de los cargos de libre nombramiento y remoción preceptúa:

«[...] 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 2. 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. [...]» (Subrayas fuera de texto).

Conforme a lo analizado en precedencia, se observa que el cargo de director regional grado 08 el cual era desempeñado por el señor Jorge Luis Restrepo Name, se encuentra catalogado por la ley como de aquellos denominados de libre nombramiento y remoción.

Lo anterior conduce a concluir que el contenido funcional de los empleos de libre nombramiento y remoción determina el rigor con el que debe someterse a juicio el uso de la facultad discrecional para declararlos insubsistentes⁹. Así, en aquellos que se basan en esencia en la confianza del nominador, la estabilidad en el empleo es particularmente frágil porque dicho factor hace que la discrecionalidad para remover del cargo al funcionario deba concebirse de una forma más amplia en relación con aquellos empleos que Contestón, predominantemente, a relaciones de confianza profesional.

Ahora bien, respecto, de la regla de no motivar el acto de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, es preciso señalar que esta Subsección la ha justificado en varias ocasiones, en el entendido de que la discrecionalidad para retirar a esta clase de funcionarios bien puede producirse por el nombramiento de otro empleado de confianza que reclama este tipo de cargos. En efecto, en sentencia del 8 de marzo de 2018¹⁰ se indicó:

«[...] Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera según el Artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, 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, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza.

Por ende, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos 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 es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión, empero, la remoción debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, se han identificado 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. [...]» (Subrayas de la Sala).

Conforme a lo anterior, es claro que los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción no requieren de motivación, sin embargo, el ejercicio de dicha facultad exige unos límites que deben ser acatados por el nominador. Bajo este entendido, habrá de analizarse si la desvinculación del señor Jorge Luis Restrepo Name fue adecuada a los fines de la norma que autoriza dicha potestad y fue proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Límites constitucionales y legales para ejercer la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción.

Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia¹¹, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el Artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, 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, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

En virtud de lo anterior, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que pasar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos 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 es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador 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 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, contempla la facultad discrecional de remover a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción.

Aunque de acuerdo con la norma, la remoción de 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 en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional indicó que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado¹² 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.

Asimismo, la Subsección ha sostenido¹³ que la facultad de remoción de un empleado de libre nombramiento y remoción, debe ser ejercida bajo los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, y que el acto de insubsistencia al ser inmotivado, supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio.

Por su parte, el Artículo 44 del CPACA señala 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 o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad».

La desviación de poder

Las autoridades públicas o los particulares que cumplan funciones públicas o administrativas no gozan de autonomía. Al contrario, el poder público es heterónomo, porque la normativa que regula dichas funciones prevé deberes y prohibiciones. Es decir, un variopinto de restricciones a los destinatarios para que se garantice el cumplimiento de los fines públicos.

Por ello, el Artículo 6.º de la Constitución Política prevé que los servidores públicos además de ser responsables por infringir la Constitución y las leyes, lo son también, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Es decir, que están positivamente limitados, de allí que los servidores públicos solo pueden hacer lo que les está permitido por la Constitución, las leyes, los reglamentos, etc.

Conforme a ello, cuando la conducta (activa u omisiva) es explícitamente contraria a una norma regulativa de mandato, se torna en «ilícita» porque el sujeto activo hizo lo prohibido o no hizo lo debido. Es decir, los ilícitos típicos son las conductas o actos opuestos a una regla de derecho. Se entiende «ilícito» en el sentido más amplio, esto es, como antijurídico o ilegal y no necesariamente como delictual. Sin embargo, también existen ilícitos atípicos. Manuel Atienza explica que «[...] Los ilícitos atípicos, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: *prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo - y en razón de su oposición a algún principio o principios-, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita. Esto es, abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder [...]»¹⁴.

Sobre la desviación de poder, se ha entendido que se configura cuando quien ejerce función administrativa expide un acto de dicha naturaleza que, si bien puede ajustarse a las competencias de que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión.

Al respecto, el abuso o desviación de poder¹⁵ es creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés, como reacción al formalismo excesivo del derecho público y con el fin de someter los actos administrativos discrecionales al control judicial. Se ha llegado a sostener incluso que precisamente el eje central del derecho administrativo es el control de la discrecionalidad. Al respecto, García de Enterría señala lo siguiente:

«[...] La cuestión del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración es un tema clásico de la teoría del Derecho. Está en los orígenes mismo del Derecho Administrativo y cada época ha ido dejando en él la huella de sus propias reflexiones teóricas, así como de las sucesivas experiencias prácticas y jurisprudenciales [...]

[...] será justamente en la III República cuando se asiente y se desarrolle de forma espectacular el excès de pouvoir, que dará plena madurez al Derecho Administrativo y que impulsará resueltamente al juez contencioso a extender su control sobre las decisiones de la administración. Desde 1872 hasta hoy mismo los poderes del juez, su instrumentario técnico de análisis de la validez de los actos discrecionales, la extensión de sus poderes de control sobre los actos de la Administración, no han hecho sino incrementarse, y hay que decir que la tendencia continúa [...]»¹⁶

Por lo tanto, esta figura ha sido aceptada como una de las técnicas de control del ejercicio de facultades administrativas discrecionales, pues se ha entendido que la atribución de ciertos márgenes de libertad decisoria a la administración no significa en modo alguno que esta se encuentre habilitada para definir, sustituir o desconocer la teleología a la que constitucional y legalmente Contestó la norma. Lo anterior condujo a que el juez administrativo perfeccionara sus facultades con el control constitucional, y que el control del exceso de poder, o la desviación de poder, se fortaleciera con los principios constitucionales. Algunos incluso sostienen que en el derecho administrativo no es necesario hablar de la constitucionalización, porque por su naturaleza es constitucional.

Por último, es importante recalcar que el uso de la norma que confiere poder, el cual está permitido por una regla regulativa, genera un resultado institucional o cambio normativo, bien sea un contrato, un acto administrativo o una ley¹⁷. En esos términos, al tratarse de un «ilícito atípico» provoca un daño, consistente en el agravio o amenaza de derechos e intereses colectivos. Una característica importante del citado daño, es el de ser indirecto o mediato.

Por su parte, el Consejo de Estado¹⁸ ha efectuado el análisis sobre la desviación de poder, desde esta misma óptica, al respecto:

«[...] A su turno, la desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse¹⁹.

De igual forma, ha advertido esta Sala que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar. [...]»

Cabe resaltar, que sobre la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción por disposición expresa del inciso segundo del Artículo 2.º de la Ley 1437 de 2011, su ejercicio no se encuentra sometido a las normas de la primera parte del código, relativas a los procedimientos administrativos. Entre otras cosas, ello supone, como se enunció, que el acto administrativo mediante el cual se ejerza no está en la necesidad de tener una motivación expresa, entendiéndose que su ejercicio, cuando se dispone la remoción de un funcionario, está amparado por una presunción teleológica en virtud de la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo obedece a motivos de mejoramiento del servicio.

Del análisis anterior, la Sala concluye que en este caso la definición de la existencia de un vicio de poder se desprende por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración. Sobre el particular, esta corporación ha sostenido lo siguiente:

«[...] 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.[...]»²⁰

De lo cual se concluye que en los casos donde se predica la desviación del poder, la carga de la prueba recae por regla general en la parte demandante como lo prevé el Artículo 167 del Código General del Proceso y como también lo hacía el 177 del Código de Procedimiento Civil.

Declaratoria de insubsistencia del cargo desempeñado por el demandante

En virtud de los precedentes razonamientos y de cara al *sub lite*, en el presente caso, no está en discusión que el cargo denominado director regional grado 08 perteneciente al Servicio Nacional de Aprendizaje, que desempeñaba el demandante es de libre nombramiento y remoción, como quedó analizado anteriormente.

Ahora bien, del material probatorio allegado, se advierte que la Resolución 00742 del 24 de mayo de 2013 visible a folio 21, por la cual la administración ordenó el retiro del servicio del demandante, no contiene motivación respecto de los supuestos de hecho y de derecho, pues solo se plasmó que era un cargo de libre nombramiento y remoción. En este sentido, y dadas las características del empleo conlleva a que el acto de insubsistencia no debe contener una motivación expresa porque se presume fundamentado en el mejoramiento del servicio y el interés general.

Para desvirtuar dicha presunción, es a la parte demandante a quien le corresponde allegar todos los elementos probatorios tendientes a acreditar que la medida adoptada no tuvo las finalidades anotadas como lo invoca en la demanda. En este sentido, es indispensable que con pruebas así lo demuestre, en cumplimiento de la carga procesal señalada en el Artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual «[...] incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...]».

Acorde con lo anterior, en el plenario se aportaron las siguientes pruebas, relevantes:

Documentales:

- Conforme a la Resolución 01518 del 9 de junio de 2008 expedida por el director general encargado del Servicio Nacional de Aprendizaje se nombró al señor Jorge Luis Restrepo Name como director regional grado 08 del Servicio Nacional de Aprendizaje, Regional Atlántico, empleo del cual se posesionó a partir del 12 de junio de la citada anualidad (folios 23 a 24 del cuaderno principal).

- Lo anterior, como consecuencia de haber transcurrido los 8 días de que trata el Artículo 4.º del Decreto 1972 de 2002²¹ modificado por el Decreto 307 de 2005²², sin que el gobernador se hubiere pronunciado respecto de la terna que le fue enviada por el nombramiento del director regional del Sena, Regional Atlántico, dentro de las cuales se encontraba el señor Restrepo Name quien finalmente fue nombrado.

- El demandante fue declarado insubsistente mediante Resolución 00742 del 24 de mayo de 2013 cuando ocupaba el cargo de director regional grado 08 del Servicio Nacional de Aprendizaje, empleo que se encuentra catalogado como de libre nombramiento y remoción (folio 21 *ibidem*).

- Igualmente, se observan soportes de los estudios realizados por el libelista así como certificaciones de su experiencia laboral (folios 31 a 35, 40 a 51, 123 a 132, 137 a 147 y 185 a 245 *ejusdem*).

- También, fueron allegados los Instrumentos de Evaluación Acuerdos de Gestión Gerentes Públicos Directores Regionales del señor Restrepo Name en los cuales obtuvo una calificación en el 2010: 87.85%; en el año 2011 de 85.76% y por anualidad 2012 de 88.93%; del cumplimiento de sus compromisos funcionales y comportamentales (folios 31 a 36, y 39 a 98 del cuaderno 1 de historia laboral y 36 a 39 del cuaderno principal).

- Por medio de Resolución 1213 de 2012 se encargó al señor Rafael Eduardo de la Rosa Mercado como director general grado 08, mientras se nombraba al titular (folio 70 del cuaderno 2 de historia laboral). Se advierte igualmente la hoja de vida laboral del señor de la Rosa Mercado y los estudios que ha realizado (folios 592 *ibidem*).

- Posteriormente, a través de Resolución 01752 del 17 de octubre de 2013, fue nombrada como directora regional grado 08 del SENA, Regional Atlántico a la señora Jacqueline Rojas Solano, como consecuencia de la terna enviada al gobernador del Departamento del Atlántico. De igual forma, se aportó su carpeta de hoja de vida con los soportes laborales y los estudios llevados a cabo (folios 1 a 20, 1 a 30 y 1 a 7 del cuaderno 3 de historia laboral).

Testimoniales

Astrid del Carmen Reyes Padilla, pensionada de la entidad demandada y quien adujo conocer al demandante dado que ocupaba el cargo de coordinadora del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto, cuando él se posesionó como director general del SENA Regional Atlántico.

«Preguntado: ¿sírvase manifestar si le constan las calidades profesionales del doctor Restrepo Name y si su respuesta es positiva, ¿en razón de qué circunstancia le constan esas calidades que él pudo haber demostrado y desarrollado durante su ejercicio como director del SENA, por el tiempo en el que usted estuvo bajo su égida administrativa? Contestó: Sí conozco sus calidades. Considero que es, dentro de todo lo que él desempeñó en el SENA, en el ejercicio de sus funciones, se destacó por ser una persona idónea, conciliadora, un profesional apegado a la ética, muy transparente; una persona que siempre se distinguió por su sencillez, su humildad y por ser muy sabio, muy asertivo en las decisiones que debía tomar en su condición de director regional. Siempre tuvo la precaución de reconocer que las personas que teníamos experiencia dentro de la institución, podíamos aportarle nuestro conocimiento para que su labor fuera mucho mejor. Tanto, que él en la toma de decisiones, involucraba a su grupo primario y en el caso particular mío, que le manejaba varios frentes, siempre tuvo la precaución de antes de tomar esa decisión, compartir sus posturas o sus..., digamos, cuando quería tomar una decisión, siempre estaba muy presto a escuchar a los demás. Digo que es gran conciliador porque es de los pocos directores que he conocido, se destacó por mantener un clima laboral armonioso, unos procesos basados en personas, con mucha calidad humana, siempre respetuoso de la diferencia, nunca se le escuchó conversar mal de los compañeros, jamás trató de aprovecharse del cargo que tenía para sacar provecho [...], entonces nos parecía una persona muy ejemplar. Tanto, que se mantuvo durante muchos años trabajando con nosotros. A veces, le decíamos que parecía una persona que la gente llegaba a su oficina ofuscada por la misma presión de trabajo y en él siempre encontraban una voz de amigo, una persona que reconfortaba y la gente salía tranquila y con esperanzas.

Entonces, en la parte personal, destaco y reconozco la calidad de ser humano que es y en la parte profesional, muy ecuánime y muy asertivo en lo relacionado con la dirección y al mando que tenía para la entidad, prueba de ello es que se mantuvo por varios años y fue considerado, no solo por la suscrita, sino por la mayoría de los empleados, como una persona de mucha paz y uno de los mejores directores que hemos tenido, por lo menos yo, que estuve 38 años con el SENA, considero que fue muy valioso el paso que él tuvo por la entidad, el crecimiento que tuvo la institución también fue algo relevante. Consiguió muchas cosas para la regional Atlántico, nos posesionamos, hubo un crecimiento de la regional también a nivel nacional, cumplimiento de metas. Por parte de la Dirección General, nos colocaban unas metas altísimas y él siempre decía “este reto no nos va a quedar pequeño. Tenemos que seguir adelante” entonces yo, desde la parte administrativa, como co-equipera de él, siempre sentía que con ese gran capitán que teníamos, nosotros íbamos a lograr los objetivos y recibimos por parte de los directores generales, mucha confianza y credibilidad de la Regional Atlántico, igual con su equipo de trabajo, que eran los subdirectores [...] se destacó la regional por el trabajo de equipo que hubo durante su permanencia en la entidad.

Preguntado: ¿Sírvase decir si usted conoce de distinciones, de honores, de calificaciones o algún otro acto o manifestación de reconocimiento a la labor del doctor Jorge Restrepo Name? Contestó: Bueno, él siempre asistía a eventos donde le hacía reconocimientos a nivel regional. Se observaban bastantes placas, diplomas, reconociendo el posicionamiento de la regional Atlántico acá en la ciudad de Barranquilla y lo destacaban a él como persona valiosa. Inclusive, en alguna oportunidad, allá en el SENA se tiene todo lo que está relacionado con el sistema de estímulos y reconocimiento a los profesionales y él también fue postulado como uno de los mejores directivos de la regional. [...] Preguntado: ¿Sírvase decir la declarante [...] qué impacto pudo haber producido su desvinculación de la Entidad, cuando fue declarado insubsistente? Contestó: Bueno, al nivel de la regional parecía que habíamos tenido una pérdida muy grande, la regional estaba muy triste. Inclusive, a mí particularmente, en mi condición de coordinadora del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto, me correspondió recibir la Resolución mediante la cual era declarado insubsistente [...] lo notifiqué ese mismo día, cumplí con mi tarea de hacer todo el proceso de notificación [...], él lo tomó con mucha calma, pero cuando la gente se fue enterando [...], la gente sintió mucha tristeza, como lo dije anteriormente, pues se perdía el SENA de contar con una persona con mucha calidez y con un gran sentido humano. Preguntado: ¿Sírvase decir la declarante ¿qué tiempo transcurrió entre la data, fecha en que fue desvinculado del servicio el doctor Restrepo Name y su salida del SENA a gozar de pensión de jubilación? Contestó: Yo continué trabajando en el SENA porque todavía no tenía los requisitos exigidos por la ley y mi salida la programé para el 15 de

diciembre de 2014. El doctor Restrepo, estoy casi segura de que salió en junio de 2013 o en el 2012, no recuerdo exactamente la fecha. Preguntado: ¿Cómo fue el comportamiento administrativo del SENA o qué percepción tiene usted sobre el comportamiento administrativo del SENA en el lapso en que salió el doctor Restrepo Name y usted siguió ejerciendo como funcionaria de la misma entidad? Contestó: Bueno, las cosas no son iguales [...], por lo menos en el caso muy particular mío, porque yo era coordinadora del Grupo de Apoyo Administrativo, que tenía muchos frentes, como le llamamos nosotros a los diferentes procesos que se relacionan allá, la nueva directora regional, ella viene con otras metas, otras expectativas y consideraba que las personas que habíamos trabajado con el doctor Restrepo [...] consideraba que nosotros éramos muy buenos trabajadores, pero que era hora de oxigenar algunas áreas. Yo fui respetuosa de las decisiones que se tomaron en su momento y cuando ella consideró pertinente que tenía que hacer los cambios correspondientes, aceptamos de la mejor manera [...]. No veo desde mi óptica que el SENA se hubiese paralizado porque hubo un cambio. No se paralizó, las cosas continúan, pero administrativamente se cambian los estilos de dirección. Preguntado: ¿Diga la declarante si conoció la razón del despido del doctor Restrepo Name? Contestó: Pues la razón de fondo, no. Nosotros simplemente, las personas que hemos tenido bastante tiempo de estar en la entidad, sabemos que estos cambios a veces son potestativos del director general.

[...]

Preguntado: ¿Diga la declarante si para la época en que se produjo el despido del doctor Restrepo Name, tuvo usted conocimiento de despidos masivos de directores regionales del SENA en las distintas regionales del país? Contestó: Sí, cuando hacen cargo de directores generales, normalmente hay como un movimiento hacia el interior de la Entidad [...], son situaciones que se dan dadas las circunstancias de que el que llega, llega con gente que considera que es de su confianza, entonces presumo que esta es la razón por la cual se hacen estos movimientos y para nadie es un secreto que la Entidad cuenta con algún tinte de tipo político. Preguntado: ¿Diga la declarante si la persona que reemplazó al doctor Restrepo Name fue nombrada en propiedad? Contestó: No son nombrados en propiedad porque el cargo que ellos tienen en la Entidad es de libre nombramiento y remoción. Preguntado: ¿Sírvese decir la declarante si el doctor Restrepo Name estaba o no capacitado para el ejercicio del cargo como director del SENA de Barranquilla? Contestó: Claro que estaba capacitado, primero porque él se sometió a un proceso meritocrático, segundo porque lo demostró y su permanencia durante casi 5 años demuestran que él fue una persona idónea y muy competente para desempeñar ese cargo. Preguntado: ¿Sírvese decir la declarante si durante el tiempo en que el doctor Restrepo Name ejerció el cargo de director seccional SENA de Barranquilla tuvo sanciones disciplinarias? Contestó: Él no tuvo ninguna sanción disciplinaria. [...]». (minuto 5:48 a 27:37 del cd visible a folio 334 del cuaderno principal)

Carlos Alberto Rodríguez Pérez, servidor público del SENA desde hace 30 años:

«Preguntado: ¿Sírvese decir el declarante si usted tuvo la oportunidad de conocer al señor Jorge Restrepo Name. Si su respuesta es positiva, decir en razón de qué circunstancias lo conoció? Contestó: Mi respuesta es positiva porque lo conocí siendo director del SENA del año 2008 al 2013. Preguntado: ¿qué concepto le merece desde el punto de vista profesional, el señor Restrepo Name? Contestó: Sin lugar a equivocarme, en los 30 años que llevo como servidor público del SENA, creo que ha sido de los directores regionales que ha marcado una diferencia en el respeto a los derechos de los trabajadores y en la parte administrativa ha hecho muy buena gestión porque, en mi condición de comisionado de la Comisión de Personal, durante 2 años seguidos fue elegido como mejor director en aplicación de la Ley 909 de 2004, además sus indicadores y la posibilidad de avanzar la entidad en los procesos administrativos misionales y en el respeto a los trabajadores, fue uno de los mejores y por eso, sin lugar a duda, por eso duró tanto tiempo; casi 5 años [...] Consideramos que todo lo que hizo fue a favor de la formación profesional, de los procesos administrativos y de la responsabilidad que tenía como directivo de la Entidad, en el cargo de director y sus indicadores así lo mostraron porque era de conocimiento público la labor que realizó de manera positiva hacia la formación profesional y hacia los trabajadores. Preguntado: ¿Sírvese decir el declarante qué podemos entender por indicadores y cómo se manifestó eso? Contestó: Son unos indicadores que ellos, como directivos, tienen que cumplir mes a mes y año a año para poder mantenerse en esos cargos porque así se les ordena y esos indicadores les dan unos porcentajes de calificación, que nosotros sabemos que en el tema, el señor Jorge Restrepo Name fue de los mejores porque así nos lo hacía saber la información que nos llegaba como servidor público [...] Preguntado: ¿Sírvese decir el declarante si usted conoce de distinciones, honores, de reconocimientos que en su vida laboral como director regional del SENA pudo haber ostentado el señor Restrepo Name? Contestó: Nosotros sabemos de la Comisión de Personal, porque como lo dije, yo hice parte de esa Comisión y me tocó votar a favor de él por los resultados que tenía, pero yo sé que tuvo mucho reconocimiento porque eso era de conocimiento público, porque el SENA es una entidad pública que tiene incidencia en el país Colombia y a nivel de la regional costa, una de las más importantes es la regional Atlántico, por ser una de las más grandes y sus indicadores y la información que recibíamos inclusive por los medios públicos mostraba esa gestión porque el SENA inclusive volvió a donde hacía años no iba, que era atender los municipios, las regiones apartadas, los campesinos, los desplazados, las personas que están en condiciones especiales. Pues el doctor Jorge Restrepo, inclusive me atrevo a decir, desde su calidad humana y su rol de médico, sirvió mucho, nosotros creemos que fue más allá de lo que debería haber hecho como director pues así quedó mostrado en los indicadores que allí deben estar escritos?

Preguntado: ¿Sírvese decir el declarante qué percepción tiene usted acerca del impacto administrativo que ha podido tener la desvinculación del señor Restrepo Name en el SENA, luego de producirse ese hecho? Contestó: Consideramos que es un impacto negativo porque nosotros consideramos que una entidad que lleva 58 años, una persona que nosotros lo decimos con conocimiento de causa, es la que más ha durado en esta entidad como director regional, teniendo unos indicadores positivos, cumpliendo con todo lo que le ordenaba la Constitución y la ley le ordenaba como director regional, teniendo indicadores altos e inclusive siendo evaluado por la Comisión de Personal [...]. El impacto fue negativo hacia la Entidad y nosotros lo vemos, lo hemos vivido, que ha habido un atraso, no ha habido la posibilidad de avanzar inclusive desde el punto de vista del clima laboral y organizacional. Durante los 5 años que él estuvo ahí, en los procesos administrativos y misionales hubo unos buenos indicadores. Consideramos que hay una decisión equivocada de la Dirección General en sacar a un directivo de la Entidad que estaba haciendo bien a la entidad SENA, que debe servir al pueblo colombiano por mandato de la Ley 119 y por mandato de la Constitución. Preguntado: ¿Sírvese decir el declarante si conoció o tuvo conocimiento de la razón del despido del doctor Restrepo Name? Contestó: Las razones no las conocimos. Sabemos que fue una decisión de la directora de ese momento, que era la doctora Gina Parody [...], pero nosotros consideramos [...] que la Constitución y la ley y las sentencias de la honorable Corte Constitucional dice que a todo servidor público, así sea de

libre nombramiento y remoción, para sacarlo de una entidad, se le debe respetar el debido proceso y se deben tener en cuenta los indicadores que hemos marcado porque sabemos que eso está escrito. Entonces, creemos que eso es una decisión equivocada de la directora general. [...] Preguntado: ¿Diga el declarante si para la época en que se desvinculó el doctor Jorge Restrepo Name, tuvo usted conocimiento de despidos masivos de directores regionales del SENA en las distintas regionales del país? Contestó: Sí, tuvimos conocimiento de que la directora general, en una aplicación de una política equivocada, cambió a unos directores, pero solamente nos referimos al doctor Jorge Restrepo Name porque sabemos lo que hizo [...]. Preguntado: ¿Sírvese decir la declarante si durante el tiempo en que el doctor Restrepo Name ejerció el cargo de director seccional SENA de Barranquilla tuvo o no sanciones disciplinarias? Contestó: Sin lugar a equivocarme, nunca hubo investigaciones, nunca hubo sanciones disciplinarias porque sus indicadores y su respeto, porque lo queremos decir con orgullo, en el SENA Regional Atlántico ha habido dos personas que han marcado la diferencia, uno es el doctor Julio Landete [...] y el doctor Jorge Restrepo Name, que han sido personas totalmente respetuosas y respetuosas también desde el punto de vista administrativo y desde el punto de vista misional.» (minuto 29:26 a 40:06 del cd visible a folio 334 del cuaderno principal)

Manuel Salvador Bustos Hernández, conductor grado 10 del SENA Regional Atlántico.

«Preguntado: ¿Sírvese decir el declarante qué percepción tiene de las calidades profesionales y administrativas de Restrepo Name durante el tiempo que permaneció en el SENA? Contestó: Durante el periodo por el cual estuvo vinculado el doctor Restrepo Name, demostró ser un ser humano de buenas calidades humanas, trato respetuoso, respeto a las diferencias, un buen servidor público, además de tener una gestión excelente que ha dejado un vacío grande en la Entidad. Preguntado: ¿Sírvese decir el declarante [...] luego del retiro del doctor Restrepo Name de vinculación al SENA ¿Cómo ha sido el comportamiento? ¿qué impacto pudo haber tenido en la esfera administrativa de ese organismo? Contestó: Sí, la salida del doctor Restrepo dejó un vacío en la Entidad. Era una administración co-equipera que le daba participación a los grupos ocupacionales y que no se ve en la actual administración. Preguntado: Sírvese darle alcance a la respuesta anterior, en el sentido de que si hubo situaciones o ejecuciones o políticas del doctor Restrepo Name, según su dicho, positivas y que hoy en día no se dan en la administración? Contestó: Son dos estilos diferentes, en el sentido de que el doctor Restrepo fue un servidor público ecuaníme, respetuoso, que trabajaba en equipo y tenemos hoy una administración dictatorial que solamente contestó al criterio de quien hoy es cabeza de la Dirección Regional en el SENA. Preguntado: ¿Sírvese decir el declarante si usted conoce de algunas distinciones, honores, en fin, reconocimientos que pudo tener el doctor Jorge Restrepo Name en su ejercicio como director regional del SENA? Contestó: «Sí, creo recordar una. Allá hay un sistema de estímulos para empleados públicos y el Grupo de Bienestar Social le dio el reconocimiento como el mejor trabajador por el cuerpo directivo.

Preguntado: ¿Sírvese decir el declarante si tuvo conocimiento del acto administrativo que ordenó la desvinculación del doctor Restrepo Name y cuáles fueron las razones de su despido? Contestó: Nosotros como trabajadores, como organización sindical, tuvimos conocimiento de que el doctor Restrepo Name fue declarado insubsistente, desde el cargo de director regional, pero desde nuestra manera de ver, nosotros estamos seguros y lo afirmamos, que la doctora Gina Parody, en calidad de directora regional, se excedió en sus funciones. Es más, afirmaríamos que le violentó el debido proceso, al no tener en cuenta su gestión, sus indicadores que están consagrados en la ley. Es más, para traer a colación, [...] el Tribunal del Distrito Judicial de Magdalena, en una tutela de un directivo de libre nombramiento y remoción, ordenó el reintegro porque el acto no ha sido motivado [...]. Preguntado: ¿Diga el declarante si para la época en que se produjo el despido el doctor Jorge Restrepo Name, tuvo usted conocimiento de despidos masivos de directores regionales del SENA en las distintas regionales del país? Contestó: Siempre por los corredores se escucha, pero creo que para esa época se dio el del doctor Restrepo y uno más. Preguntado: ¿Diga el declarante si para la época del despido del doctor Restrepo Name, existía lista de elegidos por concurso de meritocracia para el cargo de director seccional SENA de Barranquilla. Contestó: Tengo entendido que la norma de la meritocracia no deja elegible, simplemente se nombra la terna y una vez se nombra, desaparece. Preguntado: ¿Diga el declarante si la persona que reemplazó al doctor Restrepo Name fue nombrada en propiedad? Contestó: La persona que reemplazó al doctor Restrepo llegó por proceso de meritocracia. Es más, ella fue escogida no del primer lugar, sino del último lugar de la terna; fue la tercera y esa fue la que escogieron. [...]» (minuto 42:00 a 52:30 del cd visible a folio 334 del cuaderno principal).

Conforme al material probatorio citado en precedencia, se observa que por aproximadamente 5 años el demandante estuvo vinculado a la entidad como director regional y que tuvo una excelente prestación del servicio, según se advierte de sus calificaciones y conforme al dicho de los testigos, los cuales dan cuenta de que sus calidades y cualidades como servidor público fueron excelsas. Sin embargo, estos hechos no prueban un desmejoramiento del servicio con ocasión de su retiro y, mucho menos alcanzan para concluir que la insubsistencia de su nombramiento oculta fines distintos a aquél.

Con todo, debe señalarse que las condiciones profesionales y correcto desempeño de la función no le da al servidor de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad alguno, pues aquellas, son calidades que son exigibles de cualquier persona que preste un servicio público. En ese orden de ideas, el hecho de que el hoy demandante hubiese realizado una excelente gestión como director regional, no desdice de las aptitudes de quien fue encargado en reemplazo suyo para ejercer el cargo, ni de quien fue nombrada posteriormente en su cargo, como tampoco lo hace respecto de la presunción de mejoramiento del servicio que opera sobre el acto de insubsistencia pues aquella debe ser entendida en un contexto amplio que abarque el análisis de las competencias, experiencia, estudios y habilidades de los funcionarios saliente y entrante, como también las relaciones de confianza de estos con el nominador, cuestión última que resulta esencial para el buen desempeño y manejo de la administración pública.

Bajo dicho entendido, se concluye que con el retiro del señor Restrepo Name no se probó que se desmejoró el servicio, aunado al hecho de que respecto a la persona que asumió las funciones en encargo, solo se señaló en el libelo introductor que no tenía su experiencia, capacidades y condiciones profesionales, y que tampoco, fue sometido al mismo proceso de meritocracia que en su momento se aplicó a él (folio 7 del cuaderno principal), lo cual no es de recibo para esta Sala, toda vez que el señor Rafael Eduardo de la Rosa Mercado se encontraba vinculado a la entidad desde el 21 de abril de 1988 en el cargo de profesional grado 06, inscrito en carrera administrativa desde el año 1991 según Resolución 793 del 28 de febrero de la mencionada anualidad y en marzo de 2009 le fue concedida comisión para desempeñar el empleo de subdirector del centro, grado 02 en el Servicio Nacional de Aprendizaje.

En este línea argumentativa, se encuentra que el servidor de la Rosa Mercado quien lo reemplazó, contaba también con una amplia experiencia en la entidad por más de 24 años, aunado a ello, no había necesidad de que se llevara a cabo el procedimiento señalado en el Artículo 4.º del Decreto 1972 de 2002, modificado por el Decreto 307 de 2005 (terna enviada al gobernador), toda vez que su nombramiento fue en encargo, y, tampoco se probó que durante su desempeño como director regional se haya desmejorado el servicio o que su labor fue deficiente.

En efecto, nótese que si bien los testigos señalan que sintieron mucha desazón con la desvinculación del libelista, que no se le debió remover de su cargo dado que era un empleado con eximias calidades humanas y profesionales, en ningún momento señalaron que el servicio se hubiese paralizado porque hubo un cambio, tan solo que cambiaron los estilos de dirección y se llevaron a cabo otras políticas institucionales que claramente son razonables al llegar otra persona al cargo.

Pues bien, esta Sala de Decisión encuentra que al realizar un análisis en conjunto de las pruebas documentales y testimoniales allegadas al plenario, no es posible concluir que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento obedeció a fines distintos al mejoramiento del servicio.

En este sentido, del examen de los documentos no se desprende lo afirmado en la demanda, en el sentido de que el nominador pretendió satisfacer intereses diferentes al buen servicio con el retiro del demandante, aspecto que debió ser probado por parte de la parte demandante en razón al mandato del Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso.

Dicha situación, tampoco se evidencia de los testimonios practicados, pues todos son claros en señalar que el aquí demandante tuvo un magnífico cumplimiento de las labores a él encomendadas en el desarrollo de sus funciones y que tenía amplio conocimiento del tema, no obstante ello, no tienen el conocimiento respecto del desempeño del señor Rafael Eduardo de la Rosa Mercado funcionario que lo reemplazó en calidad de encargo (folio 1213 de 2012 del cuaderno 2 historia laboral), ni tampoco del ejercicio de las funciones por parte de la señora Jacqueline Rojas Solano quien finalmente fue nombrada como directora regional grado 08, según Resolución 01752 del 17 de octubre de 2013 (folio 17 del cuaderno 3 historia laboral).

Aunado a ello, conforme la Resolución 00986 del 25 de mayo de 2007, con sus adiciones y modificaciones, los requisitos para acceder al empleo de director regional del SENA grado 08 eran: i) título profesional y; ii) 3 años en cargos de nivel directivo, en áreas relacionadas con la gerencia administrativa, educativa, de formación profesional o desarrollo tecnológico y estar vinculado a la región; exigencias que cumplían los señores Rafael Eduardo de la Rosa Mercado y Jacqueline Rojas Solano, quienes tenían título profesional, además de 24 años en dicha entidad (los últimos 3 como subdirector de centro) y 7 años de experiencia como jefe de la Oficina de Egresados y de Relaciones Internacionales de la Universidad del Atlántico y subsecretaria de despacho de la Gobernación del mencionado ente territorial (carpetas 2 y 3 historia laboral respectivamente)

La Subsección considera que contrario a lo señalado por el *a quo*, en el *sub lite* no se demostró que la administración en uso de las atribuciones que le corresponden haya expedido el acto administrativo demandado con la intención de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión, pues el haber expedido otras resoluciones de insubsistencia no significa *per se* que haya un fin burocrático.

Lo anterior teniendo en cuenta que si bien la directora general del SENA en su momento expidió 16 resoluciones declaratorias de insubsistencia de varios directores y subdirectores regionales en el país (folios 308 a 324, C.1), ello fue para para cumplir los fines estatales a ella encomendados, y para tal fin tiene la potestad de conformar un equipo de toda su confianza que le permita llevar a buen término las metas, programas y proyectos trazados, circunstancia que en ningún momento desdice la legalidad del acto enjuiciado o demuestra los fines políticos que alude el *a quo*.

Esto es, no se puede afirmar que haya un tinte burocrático, toda vez que se trataba de una nueva administración y el cambio de personal que desempeñaban cargos de libre nombramiento y remoción por sí misma no demuestra la desviación de poder, porque la potestad que tiene el nominador respecto de dichos empleos es la conformación de un equipo de trabajo de su entera confianza, que justamente es la naturaleza de dichos cargos. Aunado a ello, tampoco se demostró que quienes fueron nombrados no tuvieran requisitos o el desmejoramiento del servicio de alguna manera, por tanto no se enervó la legalidad del acto por esta situación.

Corolario, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante no se produce por ningún reproche o sanción por su desempeño pues, para la provisión de su empleo, catalogado como de libre nombramiento y remoción, según la normativa estudiada, se le ha otorgado al nominador la discrecionalidad para nombrar a la persona de su confianza. Entre otras cosas, porque el buen desempeño del libelista en el empleo no enerva la facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia y porque posterior a su retiro no se probó ninguna circunstancia negativa que hubiese afectado el servicio público a cargo de la dependencia que él dirigía.

En resumen, de acuerdo con lo expuesto, se verificaron los siguientes aspectos en el *sub examine*:

- La naturaleza del empleo de director regional grado 08, es de libre nombramiento y remoción.
- Las calidades profesionales y personales del señor Jorge Luis Restrepo Name no le otorgaban fuero de estabilidad en el cargo.
- No se desmejoró el servicio, en razón a que no se demostró que la labor llevada a cabo por las personas encargadas de sus funciones, desarrollaron las actividades en condiciones inferiores en las que se venía ejerciendo.
- No se demostró que la decisión de desvinculación obedeció a represalias, motivos de índole personal u otros distintos del mejoramiento del servicio.

Colofón de los razonamientos expuestos, se considera que el contenido del acto demandado cumple las exigencias de racionalidad,

proporcionalidad y razonabilidad de la decisión discrecional de retiro del servicio. Para desvirtuar dicha presunción, es a la parte demandante a quien le corresponde allegar todos los elementos probatorios tendientes a demostrar que la medida adoptada no tuvo dichas finalidades, lo que en el *sub lite* no ocurrió.

Se resalta, que el tribunal de primera instancia señaló que el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia adolecía del vicio de desviación de poder, al considerar que el demandante contaba con una experiencia y condiciones profesionales excelsas, por lo que la administración no debía desvincularlo, dado que éste al contar con tales calidades, debía permanecer en el cargo o por lo menos, era procedente indicar las razones por las cuales se prescindía de sus servicios, empero, conforme al análisis realizado en precedencia y acorde con lo sostenido de forma reiterada por esta Sala²³, el buen desempeño de las funciones encomendadas al servidor público, no le otorga fuero de estabilidad, razón por la cual no tiene vocación prosperidad lo indicado por el *a quo* y, en ese sentido, habrá lugar a revocar la sentencia recurrida.

En conclusión: con la declaratoria de insubsistencia del señor Jorge Luis Restrepo Name en el cargo de director regional grado 08 del Servicio Nacional de Aprendizaje, mediante Resolución 00742 del 24 de mayo de 2013, no se demostró fines distintos al mejoramiento del servicio, por ende, no se puede predicar desviación de poder.

Decisión de segunda instancia:

Por lo expuesto la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, proferida el 8 de septiembre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Atlántico que accedió a las pretensiones de la demanda, toda vez que prosperan los argumentos del recurso de apelación.

En su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia del 7 de abril de 2016²⁴ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» -CCA- a uno «*objetivo valorativo*» -CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) 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 éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁵, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el Artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público²⁶.

En ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas a la parte demandante en ambas instancias, en la medida que conforme al numeral 4.º del Artículo 365 del CGP, resulta vencida en el proceso y se revocará en forma total la sentencia de segunda instancia, aunado a ello, la actuación que desplegó la entidad demandada en las dos instancias. Las costas serán liquidadas por el *a quo* de conformidad con el Artículo 366 del CGP.

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

FALLA

Primero: Revocar la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Atlántico que accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Jorge Luis Restrepo Name contra el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA con fundamento en las razones expuestas en esta providencia.

En su lugar:

Segundo: Denegar las pretensiones de la demanda.

Tercero: Condenar en ambas instancias a la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Las costas se liquidarán por el *a quo*.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en la plataforma «SAMAI».

Notifíquese y cúmplase.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

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. «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo», en adelante CPACA.

2. Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).

3. «Por el cual se reglamenta la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional».

4. «Por el cual se modifica el Artículo 4° del Decreto 1972 de 2002, reglamentario de la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva de orden nacional».

5. Al respecto ver Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de febrero de 2012, radicación: Radicación número: 52001-23-31-000-2006-01431-02(1819-11).

6. «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos públicos del Servicio Nacional de Presidente de la Aprendizaje, SENA.».

7. «Por el cual se modifica parcialmente el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena».

8. «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones»
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 15 de febrero de 2018. Radicación número: 05001-23-31-000-2010-00420-01(3613-15).
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Radicación número: 63001-23-000-2010-00192-01 (2743-16).
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 29 de febrero de 2016, número interno 3685-2013.
12. Sentencia T-372 de 2012 del 16 de mayo de 2012. Referencia: expediente T-3.215.182.
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 15 de febrero de 2018, Expediente No. 76001-23-31-000-2010-01828-01(1615-16).
14. Atienza, Manuel; Ruíz Manero, Juan. Ilícitos atípicos. Madrid, Trotta, 2000. pág. 27.
15. La desviación de poder es una especie dentro del género exceso de poder.
16. Eduardo García de Enterría; Democracia, jueces y control de la administración. Madrid, Marcial Pons, 4ed., 1998, pp. 31 y 36.
17. Atienza y otro. Ob. Cit. pág. 127.
18. *Ibidem*.
19. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009).
20. Sentencia del 23 de febrero de 2011; Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; expediente. 170012331000200301412 02(0734-10).
21. «Por el cual se reglamenta la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional».
22. «Por el cual se modifica el Artículo 4° del Decreto 1972 de 2002, reglamentario de la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva de orden nacional».
23. Sección Segunda, Subsección A: Sentencias del 22 de noviembre de 2018, radicación 25001-23-42-000-2015-01406-01 (5017-2016); del 16 de junio de 2020, radicación: 170012333000201300257 02 (2127-2018); sentencia del 22 de octubre de 2020, radicación: 250002342000201605246 01 (3487-2018), entre otras.
24. Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

25. «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

26. Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]».»

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 16:58:48