

NOMBRAMIENTO DE DIRECTOR DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS – Procedimiento / NOMBRAMIENTO DE DIRECTOR DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS – Competencia

La Ley 489 de 1998 y el Decreto 1972 de 2002 establecieron el procedimiento para proveer los empleos de Directores o Gerentes Regionales o Seccionales de los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional atribuyéndole al representante legal del respectivo establecimiento público la remisión de una terna, integrada por personas escogidas mediante un proceso de selección público y abierto, al Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional a proveer, para que éste designe al director o gerente seccional. La aducida falta de competencia de la Ministra de la Protección Social (e) al expedir el oficio de 19 de febrero de 2003 no tiene la capacidad de viciar el acto administrativo definitivo de nombramiento del señor César Augusto Cortés García como nuevo Director de la Regional Cesar del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, porque, como se lee de su texto, el Director del SENA organizó, entrevistó y participó en la formación de la terna y la Ministra (e) simplemente se limitó a remitir el listado para que el Gobernador escogiera el candidato, que luego fue nombrado por el mismo Director del SENA, en otras palabras la Ministra (e) no se arrogó competencias que no le correspondían, porque, se insiste, la lista fue conformada por el nominador quien, además, profirió el acto demandado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

Bogotá D.C., trece (13) de marzo de dos mil ocho (2008).

Radicación número: 20001-23-31-000-2003-02411-01(6127-05)

Actor: ENRIQUE JIMENEZ NORIEGA

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte ++-----+demandante contra la sentencia de 25 de noviembre de 2004, por la cual el Tribunal Administrativo del Cesar negó las pretensiones de la demanda formulada por el señor ENRIQUE JIMÉNEZ NORIEGA contra el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el señor Enrique Jiménez Noriega solicitó al Tribunal Administrativo del Cesar declarar la nulidad de la Resolución No. 00620 de 19 de mayo de 2003, proferida por el Director General del SENA, por la cual se designó al señor César Augusto Cortes García, como Director Regional, Grado 04, del departamento del Cesar, en su reemplazo. (Fls. 17 a 26)

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la entidad demandada reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, sin solución de continuidad; reconocerle y pagarle, sueldos y demás emolumentos legales dejados de percibir desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro y condenar en costas a la parte demandada de acuerdo con lo previsto en la Ley 446 de 1998.

El actor basó su petitum en los siguientes hechos:

Estuvo vinculado al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, entre el 1 de junio de 1990 y el 28 de julio de 2000, desempeñando el empleo de Subdirector, Grado 01.

Posteriormente, mediante Resolución No. 00809 de 4 de julio de 2002, fue designado como Director Regional, Grado 04, del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Regional Cesar.

A pesar de que el actor accedió al empleo de Director Regional conforme al procedimiento previsto en el Decreto 1487 de 2000, la administración decidió proveer nuevamente el empleo, sin que se encontrara vacante. No obstante, el actor participó en el nuevo proceso de selección y fue incluido para integrar la respectiva terna.

Mediante comunicación de 19 de febrero de 2003, la Ministra de la Protección Social, encargada, Luz Stella Arango, envió al Gobernador del departamento del Cesar la referida terna, contrariando lo establecido por el artículo 78 de la Ley 489 de 1989 y por el Decreto 1972 de 2002, según los cuales la terna debe ser enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo.

El Gobernador del departamento del Cesar, mediante comunicación de 3 de marzo de 2003, le informó al Ministro de la Protección Social, que había seleccionado al señor César Augusto Cortés García, como nuevo Director de la Regional Cesar, del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

El Ministro del Interior y de Justicia, Fernando Londoño Hoyos, mediante comunicación de 6 de marzo de 2003, le manifestó al Ministro de la Protección Social la forma irregular como se había procedido a designar al Director de la Regional Cesar del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

#### LAS NORMAS VIOLADAS

De la Constitución Política, los artículos 13, 25, 83 y 209.

Del Código Contencioso Administrativo, el artículo 84.

De la Ley 489 de 1998, los artículos 3, 4 y 78, párrafo.

#### LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia de 25 de noviembre de 2004, negó las súplicas de la demanda, con los siguientes argumentos (Fls. 83 a 94).

La designación del señor César Augusto Cortés García, como Director de la Regional Cesar del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, obedece a la dinámica de la administración estatal de revisar periódicamente el desempeño de su personal directivo, por lo que no es de recibo el

argumento del actor según el cual la designación de Cortés García fue prematura.

Del material probatorio arrojado al expediente, se infiere que el empleo de Director Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA es un cargo de libre nombramiento y remoción, por lo que la permanencia del actor dependía exclusivamente de la discrecionalidad del nominador. Así, la circunstancia de que hubiera desempeñado el empleo por 2 años no le confería fuero de estabilidad alguno.

La Sala desestima el argumento del actor, según el cual le asiste un derecho preferencial para ocupar el empleo de Director de la Regional Cesar del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, por haber ocupado el segundo lugar dentro del proceso de selección por meritocracia, en razón a que predicar la existencia de un derecho preferencial en favor del actor pugna con los principios que rigen la función administrativa y el proceso de selección por méritos, meritocracia.

No hay duda de que en el caso sub examine el proceso de méritos previsto en el Decreto 1972 de 2002 tenía como finalidad expedir un acto definitivo de nombramiento, motivo por el cual todos los actos proferidos con anterioridad son considerados de trámite y, en consecuencia, no podrán ser enjuiciados ante esta Jurisdicción.

La intervención del Ministro de la Protección Social en los asuntos de su competencia no se limita a una simple coordinación de políticas públicas, por el contrario, su acción puede ser mucho más activa y participativa dependiendo de la forma como ejerza el control de tutela, sin que ello signifique que frente a ciertas actuaciones se esté arrogando funciones o competencias propias de las entidades descentralizadas.

## EL RECURSO DE APELACIÓN

Mediante escrito de 6 de diciembre de 2004 la parte actora sustentó el recurso de apelación pidiendo revocar la sentencia del Tribunal, con fundamento en las siguientes razones (Fls. 96 a 98):

Contrariamente a lo afirmado por el Tribunal de Instancia, el Ministro de la Protección Social sí tuvo injerencia en la escogencia del nuevo Director de la Regional Cesar de Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA. Así se advierte de la comunicación de 19 de febrero de 2003 dirigida al Gobernador del departamento del Cesar por Luz Stella Arango de Buitrago, Ministra encargada.

Esta circunstancia la corrobora el Ministro del Interior y de Justicia, Fernando Londoño Hoyos, mediante comunicación de 6 de marzo de 2003, en la que indica su desacuerdo frente al proceso de designación del nuevo Director de la Regional Cesar del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

EL Tribunal de instancia desconoció la competencia reglada al sostener que un Ministerio puede intervenir en la designación de los empleados de una entidad descentralizada, como es el caso del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

Consiste en determinar si la Resolución No. 00620 de 19 de mayo de 2003, por la cual se

designó al señor César Augusto Cortés García, como Director de la Regional Cesar, del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, en reemplazo del demandante, se ajustó a la legalidad.

## HECHOS PROBADOS

Según certificación de 1 de septiembre de 2003, suscrita por la Jefe de Recursos Humanos del SENA, el actor laboró al servicio de esa entidad de 1 de junio de 1990 al 28 de julio de 2000 (Fl. 15).

Mediante oficio No. 2021-18900 de 24 de junio de 2002 el Director General del SENA le envió al Gobernador del departamento del Cesar la terna para designar al nuevo Director de esa Regional (Fl. 9).

Por oficio de 2 de julio de 2002 el Gobernador (e) del departamento del Cesar le informó al Director General del SENA que, previo estudio de las hojas de vida, fue seleccionado el nombre del señor Enrique Jiménez Noriega para proveer la vacante de Director de la Regional Cesar (Fl.10).

Posteriormente, por oficio de 19 de febrero de 2003, la Ministra de la Protección Social (e), Luz Stella Arango de Buitrago, le remitió al Gobernador del departamento del Cesar las ternas destinadas a proveer los empleos de Directores de la Regional Cesar del servicio Nacional de Aprendizaje SENA y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Fl. 6).

El 19 de mayo de 2003, mediante Resolución No. 0620 del 19 de mayo de 2003, se realizó el nombramiento ordinario del señor César Augusto Cortés García como nuevo Director de la Regional Cesar del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, en reemplazo del actor (folio 3) y por oficio, de la misma fecha se le comunicó al demandante la decisión (folio 2).

Por oficio de 6 de marzo de 2003 el Ministro del Interior y de Justicia, Fernando Londoño Hoyos, le manifestó al Ministro de la Protección Social su preocupación por el proceso que se adelantó para designar al señor César Augusto Cortés García como nuevo Director de la Regional Cesar del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA (Fls. 7 a 8).

## ANÁLISIS DEL CASO.

1. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la ley 443 de 1998 son de carrera administrativa, con excepción de los de libre nombramiento y remoción que correspondan a los criterios de dirección, conducción y orientación institucional o de apoyo a estos cargos. Así se advierte en el artículo 5 de la Ley 443 de 1998:

“[...] DE LA CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera, con excepción de:

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

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

[...]

b) Los empleos de cualquier nivel jerárquico cuyo ejercicio implica confianza que tengan

asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos:

**En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:**

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente; Secretario General; **Director** o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefe de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; y Jefe de Control Interno (...).”.. (negrilla fuera del texto)

El actor al momento de su retiro desempeñaba el empleo de Director de la Regional Cesar del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, con las siguientes funciones:

“(…) - **Aprobar los planes y programas de la Regional**, acordes con los planes y programas nacionales de la institución.

- **Preparar y presentar para aprobación del Director general**, previo estudio del Consejo Regional, los planes y programas anuales de Formación Profesionales que deban ejecutarse en la regional.

- **Dirigir, coordinar y controlar** al personal de la regional.

- **Dirigir, coordinar y controlar en la regional, la ejecución de las funciones de sus dependencias** y la realización de los programas aprobados por el Consejo Directivo Nacional y el Director General.

- **Controlar la producción útil de centros**, programas o unidad a su cargo. (...).” (Fls. 13 a 14)

Conforme a lo expuesto resulta evidente que el empleo de Director Regional, que ejercía el actor en la entidad demandada, exige una relación de confianza en atención a las funciones del más alto nivel que adelanta en la formulación y ejecución de las políticas regionales de la entidad, por lo que su naturaleza no es otra que la de un empleo de libre nombramiento y remoción.

Bajo estos supuestos y en atención a las funciones asignadas a los empleos de libre nombramiento y remoción se hace necesario dar a este tipo de empleos un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera, ya que por ley está llamado a cumplir un papel directivo, de manejo o conducción institucional, lo que implica la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.

Empero, si bien es cierto el nominador goza de un margen discrecional razonable en la escogencia frente a los empleados de libre nombramiento y remoción, ello no quiere decir que pueda removerlos de manera caprichosa o arbitraria y mucho menos desconocer los procedimientos previstos en la Constitución y la Ley para proveerlos.

Al respecto sostiene el actor que la Ministra de la Protección Social, encargada, Luz Stella Arango de Buitrago, no era competente para elaborar y remitir al Gobernador del Departamento del Cesar la terna destinada a proveer el empleo de Director de la Regional Cesar del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

La Ley 489 de 1998, mediante la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento

de las entidades del orden nacional, estableció en su artículo 78:

“(…) CALIDAD Y FUNCIONES DEL DIRECTOR, GERENTE O PRESIDENTE. El director, gerente o presidente será el representante legal de la correspondiente entidad, celebrará en su nombre los actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y funciones, tendrá su representación judicial y extrajudicial y podrá nombrar los apoderados especiales que demande la mejor defensa de los intereses de la entidad.

A más de las que les señalen las leyes y reglamentos correspondientes, los representantes legales de los establecimientos públicos cumplirán todas aquellas funciones que se relacionen con la organización y funcionamiento, con el ejercicio de la autonomía administrativa y la representación legal, que no se hallen expresamente atribuidas a otra autoridad.

En particular les compete:

a) Dirigir, coordinar, vigilar y controlar la ejecución de las funciones o programas de la organización y de su personal;

b) Rendir informes generales o periódicos y particulares al Presidente de la República, al Ministro o Director de Departamento Administrativo respectivo, sobre las actividades desarrolladas, la situación general de la entidad y las medidas adoptadas que puedan afectar el curso de la política del Gobierno.

**PARAGRAFO. Los establecimientos públicos nacionales, solamente podrán organizar seccionales o regionales, siempre que las funciones correspondientes no estén asignadas a las entidades del orden territorial. En este caso, el gerente o director seccional será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal. (…).”**

En desarrollo de la norma transcrita, el Presidente de la República, mediante Decreto 1972 de 3 de septiembre de 2002, reglamentó el procedimiento prescrito para la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales de los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional:

**“ARTÍCULO 1.- El Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de conformidad con el proceso de selección público abierto que se establece en el presente decreto. (…).”**

**ARTÍCULO 2.- La conformación de las ternas de que trata el artículo anterior, se efectuará con las personas que sean escogidas mediante un proceso de selección público abierto.**

**Los representantes legales de las entidades objeto del presente decreto, efectuarán los trámites pertinentes para la realización del proceso de selección público abierto, el cual podrá efectuarse directamente por la entidad pública, o con universidades públicas o privadas, o con entidades privadas expertas en selección de personal, o a través de convenios de cooperación.**

**Dicho proceso de selección tendrá en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia**

**para el desempeño del empleo y por lo menos deberá comprender la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia. (...).”.**

De las normas transcritas resulta evidente que la Ley 489 de 1998 y el Decreto 1972 de 2002 establecieron el procedimiento para proveer los empleos de Directores o Gerentes Regionales o Seccionales de los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional atribuyéndole al representante legal del respectivo establecimiento público la remisión de una terna, integrada por personas escogidas mediante un proceso de selección público y abierto, al Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional a proveer, para que éste designe al director o gerente seccional.

En el caso sub exámine, el actor fue designado como Director de la Regional Cesar del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, mediante Resolución No. 00809 de 4 de julio de 2002, de terna enviada por el Director General del SENA al Gobernador del departamento del Cesar, así se advierte en la Resolución No. 00809 de 2002:

“Que el Decreto Reglamentario 1487 de 2000, en su Artículo 2 establece que: “El Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces será escogido por el gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual Específico de la entidad. Cuando el área de influencia de una regional o seccional cubra dos o más departamentos, el director o gerente regional o seccional o quien haga sus veces deberá ser escogido de la terna correspondiente, por votación unánime en el primer caso y por la mitad más uno de los respectivos gobernadores en el segundo caso.(...) .”.

Que este despacho remitió mediante comunicación No. 18900 del 24 de junio de 2002, la terna integrada por los doctores Luz Stella Salazar, Luvín Valera Mojica y Enrique Jiménez Noriega, al Gobernador de Cesar, para la correspondiente escogencia del Director del Sena de la Regional Cesar.

Que el Gobernador de Cesar mediante comunicación del 2 de julio de 2002, designó como Director del SENA Regional Cesar al Doctor Enrique Jiménez Noriega.”. (Fl. 11)

Posteriormente, el 19 de febrero de 2003, la Ministra de la Protección Social, (e) Luz Stella Arango de Buitrago, le envió al Gobernador del departamento del Cesar una terna para proveer el empleo que venía ejerciendo el actor, desde el 4 de julio de 2002, en los siguientes términos:

“(..)Señor Gobernador,

La presente para hacerle llegar las hojas de vida de las personas que conforman las ternas de las cuales usted seleccionará el Director en esa región del Sena y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF. Este es un gran paso dentro del proceso de meritocracia; es la cristalización del sueño del Presidente de la República y el Exministro (q.e.p.d) doctor Juan Luis Londoño de la Cuesta; para la comunidad es muy importante su decisión.

**Si tiene cualquier inquietud puede comunicarse con el Director del SENA y la Directora del Instituto de Bienestar Familiar, quienes organizaron un curso de inducción y entrevistaron a cada uno de los candidatos.**

Le deseamos éxitos en la elección que hará.

Cordial saludo,

**LUZ STELLA ARANGO DE BUITRAGO**

**Ministra de la Protección Social (E).**” (Destacado no es del texto)

Teniendo en cuenta que la Ley 489 de 1998 y el Decreto 1972 de 2002 le atribuyen la competencia al representante legal del establecimiento público para elaborar la terna y remitirla al jefe del ente territorial correspondiente, en principio, la Ministra de la Protección Social (e) actuó por fuera de sus competencias constitucionales y legales arrogándose una competencia que legalmente no le correspondía para elaborar la terna para proveer el empleo de Director de la Regional Cesar del servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

La Sala ha sostenido en repetidas ocasiones que la falta de competencia se presenta cuando una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultada para ello y constituye causal de anulación de los actos administrativos,

cuando desconoce cualquiera de los elementos que la componen, como por ejemplo, cuando no se puede dictar un acto sino dentro de determinada jurisdicción, competencia territorial, cuando sólo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición, competencia temporal o cuando no se tiene la atribución sustancial para su expedición, competencia material.

Ahora bien, el oficio de 19 de febrero de 2003 constituye un acto administrativo de trámite, dentro del proceso de selección del Director de la Regional Cesar del Servicio Nacional de Aprendizaje que, por sí solo, no es enjuiciable ante esta Jurisdicción, aunque las irregularidades de los actos preparatorios o de trámite que han de cumplirse para la producción de actos administrativos definitivos, que son los que deciden directa o indirectamente el fondo de una situación jurídica, acarrearán la nulidad de estos últimos.

La doctrina se ha referido así al tema:

“Para García - Trevijanos Fos, lo esencial del acto de trámite es que no es impugnabile separadamente, pero sus vicios se reflejarán en el acto final que es el recurrible. Un vicio de forma en el procedimiento queda reflejado en éste, que lo hará anulable y por eso hay que retrotraer el procedimiento al momento procedimental en que se cometió la infracción.

Normalmente, los actos de trámite son internos, pero a veces tienen relevancia hacia fuera, como sucede con las comunicaciones ordinarias del procedimiento (no las notificaciones de los actos finales).”.-

Empero, como lo ha señalado esta Corporación, dentro del proceso de formación y expedición de los actos administrativos reglados no todos los vicios comportan la anulación del acto definitivo, hay formalidades y procedimientos sustanciales y no sustanciales y sólo en los casos en que las formalidades y procedimientos puedan calificarse de sustanciales, que son “aquellos cuya omisión implica que la decisión sería diferente de la tomada”, su incumplimiento acarrea la ilegalidad del acto.

Se expresó así la Corporación:

"La segunda (se refiere a la causal de anulación por vicios de forma) se desprende de que los

actos administrativos deben formarse mediante procedimientos previstos en la ley y de que la observancia de la forma es la regla general, no solo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino porque la actividad de la administración es instrumental, para asegurar la certeza documental, y para constituir pruebas de los actos respectivos, que permitan examinarlos respecto a su validez, al revés de lo que sucede en la actividad privada, que muchas veces se ejerce mediante negocios jurídicos que se perfeccionan con el simple intercambio del consentimiento de las personas que en ellos intervienen.

"Aunque generalmente las formalidades hacen parte integrante de la manera de manifestarse la voluntad de la administración, no toda omisión de ellas acarrea la nulidad del acto, pues como dice Albert, en su obra "Controle jurisdiccional de L'administration", "Débase precaver de las matemáticas jurídicas, ya que proclamando que la nulidad se presume, no habría administración posible si el Consejo de Estado anulase los actos administrativos por omisión de formalidades insignificantes o de formalidades cuyo cumplimiento no habría, en la realidad de los hechos, podido procurar ninguna garantía suplementaria a los administradores".

"A su turno Walline opina: "Si el Consejo de Estado anulase despiadadamente por vicios de forma, los actos en cuyo cumplimiento se hubiese deslizado la menor incorrección de forma, la administración sería incitada para evitar la anulación de sus actos a exagerar lo minuciosidad del formalismo y se vendría con ello o dilatar aún más los procedimientos burocráticos que ya de por sí pecan de complicados, ocasionando frecuentemente a los administradores una incomodidad excesiva".

"Para distinguir entre las formas sustanciales y las accidentales, los Tribunales deben examinar cada caso, con base en que sólo las que constituyan una verdadera garantía y, por ende, un derecho para los asociados, su incumplimiento induce a nulidad. A este propósito el mismo Walline dice: "En cuanto a la determinación de cuando la formalidad tiene carácter sustancial y cuando no lo es, por lo general es una cuestión de hecho. La directiva jurisprudencial a este respecto es la siguiente: Cuál habría sido la decisión final si se hubieran seguido las formas legales dejadas de lado? Habría sido la misma que la establecida en el acto? Habría sido otra? La jurisprudencia no exige el cumplimiento regular de todas las formalidades prescritas a los administradores, sino solamente aquellas cuya observancia ha podido tener alguna influencia sobre las decisiones respectivas" (Cita de Alberto Preciado, como las anteriores, en sus apuntes sobre la conferencia de Derecho Administrativo Especial, Universidad Javeriana, 1966) (Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 25 de mayo de 1968. Consejero ponente: Doctor Alfonso Meluk. Anales Tomo LXXIV, págs. 178 y 179)

Bajo estos supuestos, la aducida falta de competencia de la Ministra de la Protección Social (e) al expedir el oficio de 19 de febrero de 2003 no tiene la capacidad de viciar el acto administrativo definitivo de nombramiento del señor César Augusto Cortés García como nuevo Director de la Regional Cesar del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, porque, como se lee de su texto, el Director del SENA organizó, entrevistó y participó en la formación de la terna y la Ministra (e) simplemente se limitó a remitir el listado para que el Gobernador escogiera el candidato, que luego fue nombrado por el mismo Director del SENA, en otras palabras la Ministra (e) no se arrogó competencias que no le correspondían, porque, se insiste, la lista fue conformada por el nominador quien, además, profirió el acto demandado.

En otras palabras, aplicada la teoría antes aludida, la innegable irregularidad en la formación del

acto administrativo, consistente en que el oficio remisario de la terna no lo suscribió el nominador, no alteró el resultado del acto porque éste participó activamente en su formación y profirió el acto final.

La Ministra (e) no se arrogó competencias que no tenía pues, se repite, del contenido del oficio se colige que reconoció expresamente las competencias asignadas por ley al nominador.

Alega el demandante que su retiro no obedeció a razones de buen servicio público y que con él no se mejoró el mismo.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corporación en considerar que el acto administrativo por medio del cual se declara insubsistente expresa o tácitamente el nombramiento de un empleado público se presume expedido en aras del buen servicio público. Cuando se impugna un acto de esta naturaleza, alegando que en su expedición se observó algún vicio, es indispensable para desvirtuar la aludida presunción, aducir y allegar la prueba que lo demuestre.

Para demostrar la desviación de poder aludida, señala el actor que en documento visible a folio 7 del expediente, que corresponde al oficio del 6 de marzo de 2003, el entonces Ministro del Interior y de Justicia, Fernando Londoño Hoyos, señaló:

“me refiero al problema que se ha presentado en el Departamento del Cesar con el envío al Gobernador de una terna de la que formaba parte el actual Director del Sena, que era el cargo que se quería proveer.

No ha podido ser más desafortunada la decisión de remitir esa terna. En primer lugar, porque desde el punto de vista administrativo es incomprensible que se proponga la sustitución de un funcionario excelente, como lo prueba el haber sido seleccionado como uno de los mejores que se presentaron a concurso para desempeñar ese cargo.

Pero desde el punto de vista jurídico, el asunto es aún más delicado. En efecto, la libertad de nombramiento y remoción de un servidor público no supone el ejercicio de una facultad totalmente discrecional o arbitraria. La Ley dispone, según jurisprudencia reiterada de los tribunales, que ha de ejercerse esa facultad para mejorar el servicio. Son muchas las sentencias que coinciden en esa apreciación.

(...)

Ahora bien: nos encontramos ante el error manifiesto en que incurrió el señor Director del Sena, al haber enviado la terna al Gobernador del Cesar, incluyendo el nombre del actual Director de esa Regional. A ese error siguió otro pero, la decisión del gobernador del Cesar de elegir para ese cargo una persona distinta del Director Actual. ¡Qué hacer? (...).”.

El oficio mencionado expresa un concepto que no es vinculante para la administración pues sólo contiene las apreciaciones subjetivas de quien lo emite y, además, las presuntas calidades del anterior director no impedían la elección de otro de los integrantes de la terna.

Esta comunicación interna no sirve para abatir la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo acusado pues en este proceso de meritocracia cualquiera de los tres (3) candidatos seleccionados para conformar la terna podía haber sido escogido y no gozaba de especial preferencia el candidato que venía ocupando el puesto, como lo pretende el Ministro del Interior y de Justicia en el oficio aludido, pues las normas no le otorgan ningún privilegio.

Dentro del expediente aparecen los extractos de las hojas de vida de quienes conformaron la terna para reemplazar al actor y de su examen se concluye que reunían las calidades y requisitos para ocupar el cargo directivo (folio 43), conforme a los mínimos requeridos en el manual de funciones (folios 13 y 14) y no obran en el expediente pruebas diferentes que permitan infirmar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado, por lo que las pretensiones de la demanda no pueden prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 25 de noviembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que negó las pretensiones de la demanda promovida por ENRIQUE JIMÉNEZ NORIEGA, identificado con cédula de ciudadanía No.19.154.426 de Bogotá. D.C., contra el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

