



Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja

Tunja, diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación: **15001-3333-010-2020-00016-00**
Demandantes: **JOSE CLODOVEO RAMOS PEDRAOS**
Demandado: **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**
Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Como quiera que no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado hasta el momento, procede el Juzgado a dictar sentencia de primera instancia en el asunto de la referencia, previos los siguientes

I.- ANTECEDENTES

1.- La demanda (1-20)

1.1.- Fundamentos fácticos

En el libelo introductorio se plantean como hechos soporte de las pretensiones los siguientes:

- a. Mediante proceso de selección pública, al Escuela de Administración Pública (desde ahora en adelante ESAP), convocó proceso para la conformación de ternas para la elección de directores territoriales, y para el caso de la Territorial de Boyacá, el ingeniero José Clodoveo Ramos Pedraos, obtuvo el primer lugar.
- b. Con oficio 056177 de 15 de diciembre de 2017, el Gobernador de Boyacá, previa concertación con el Gobernador de Casanare, informó la designación del señor Ramos Pedraos, para ser nombrado en el cargo de Director Territorial 0042-13, situación que se materializó con Resolución N° SC-008 de 3 de enero de 2018, con aceptación y posesión del 4 de enero de 2018.
- c. En el ejercicio del cargo, el accionante no tuvo ninguna anotación en su hoja de vida, y la evaluación del desempeño para el nivel asesor y directivo fue sobresaliente.
- d. Con Resolución N° 1807 de 25 de junio de 2019, a un día de entrar en vigencia la modificación de las nóminas estatales contenida en la ley 996 de 2004, el Director Nacional de la ESAP, declaró insubsistente al señor Ramos Pedraos del empleo de

Director Territorial 0042-3 con funciones de territorial N° 8 de la Planta Global de personal Administrativo, con fundamento en el artículo 41 de la ley 909 de 2004.

- e. Aduce que el fundamento del acto administrativo de insubsistencia, fue la potestad de la administración de retirar del servicio a los empleados de libre nombramiento y remoción, sin motivación, con fundamento en la discrecionalidad que tiene el nominador, con desconocimiento del procedimiento para la provisión del empleo, sin consideración a la afectación del servicio que trae consigo una designación mediante encargo, como quiera que la desvinculación no estuvo precedida de un proceso basado en el mérito para la designación del remplazo, sino que se dejó encargado a un funcionario de la Dirección Territorial de la ESAP, Boyacá-Casanare.
- f. El señor Ramos Pedraos, puso en conocimiento de la Coordinación del grupo de gestión del Talento Humano, mediante comunicaciones del 26 de junio y 3 de julio de 2019, su condición de pre-pensionado, la cual le confiere un fuero especial que debió considerarse para su desvinculación, y solicitó la aplicación del artículo 2 de la ley 1821 de 2016, por cuanto si bien cumplía con los requisitos para la jubilación, para esa fecha no había logrado dicho estatus, debido a que tuvo que instaurar un proceso de laboral con el que se pretende la declaración de nulidad de la afiliación al fondo privado de pensiones, para recuperar los beneficios del régimen de prima media con prestación definida y determinar cuál es la entidad pagadora del derecho pensional.
- g. La ESAP mediante oficios 100.1480.10 de fecha 9 de julio de 2019 y 110-360-20-279 de 31 de julio de 2019, confirmó la declaratoria de insubsistencia bajo el argumento que *"la forma en que se provee un empleo de libre nombramiento y remoción no varía su naturaleza y por ende el mismo puede ser declarado insubsistente, afirmación que tiene asidero en abundante jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado"*.

1.2.- Pretensiones

Con fundamento en los hechos que se acaban de exponer, la parte demandante solicita:

"PRIMERA: Se declare la Nulidad como consecuencia de la expedición irregular del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 1807 de 25 de junio de 2019 suscrito por el Director Nacional de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, mediante el cual se declaró insubsistente el cargo del ingeniero JOSE RAMOS PEDRAOS en el cargo de Director Territorial 0042-13 con funciones de territorial No. 8 de la Planta Global del personal Administrativo, así como los oficios 100.1480.10 de fecha 9 de julio de 2019 y 110-360-20-279 de 31 de julio de 2019 por el cual se reafirma la declaratoria de insubsistencia.

SEGUNDA: Se repare de forma integral los perjuicios generados por la decisión arbitrariamente adoptado por la ESAP, a través de los actos administrativos demandados así: A Título de LUCRO CESANTE: por concepto de las prestaciones periódica dejadas de percibir por el demandante desde el momento de su desvinculación es decir a partir del 26 de junio de 2019, hasta la presentación de la demanda constituidas por el salario Bonificación, Cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de vacaciones prima técnica hasta la fecha de su reintegro. Igualmente se solicita respetuosamente se condene al pago de intereses comerciales por concepto de la cesación de los pagos que debió percibir oportunamente. Se ordene la indexación de las sumas de dinero de acuerdo

al Índice de precios al Consumidor desde la fecha de desvinculación hasta el momento de su reintegro. A título de DAÑO EMERGENTE: Honorarios profesionales VEINTE MILLONES DE PESOS M/L \$20.000.000 los cuales incluyen aceptación de poder, solicitud y audiencia de conciliación en la Procuraduría General de la Nación, presentación de la demanda y representación en sede judicial, así como en más diligencias correspondientes al asunto.”

1.3.- Concepto de violación

Como fundamentos normativos, se citaron los artículos 25, 123, 125, 209 y 305 de la Constitución Política, el artículo 41 de la ley 909 de 2004; así como el Decreto 1972 de 2002, artículos 2.2.28.1 y 2.2.28.2 del decreto 1083 de 2015, artículo 44 de la ley 1437 de 2011, artículo 26 del decreto 2400 de 1968.

Indica que existe falsa motivación, puesto que, aunque el argumento para la desvinculación fue la discrecionalidad, la sentencia C-734 de 2000, afirma que la no expresión de los motivos para declarar la insubsistencia, es causal de nulidad del acto administrativo por vicios de forma.

Considera que existe diferencia entre los cargos de libre nombramiento y remoción y aquellos provistos a través de un concurso de méritos, pues para estos últimos la discrecionalidad del nominador encuentra una restricción en tanto cualquier determinación de retiro del servicio deberá estar sustentada en razones meramente objetivas, encaminadas al mejoramiento del servicio público, es decir, deben ser motivados, razón por la cual para el caso en concreto se vulneraron los derechos al trabajo y el debido proceso del demandante, pues la administración excedió su potestad, al disfrazar su conducta de discrecional permeada de una situación diferente al mejoramiento del servicio, al ser retirado del cargo a un día de entrar en vigencia la ley de garantías electorales.

Aduce la desviación de poder, puesto que la vinculación de los directores regionales, según el título 28 del Decreto 1083 de 2015, se realiza por escogencia del Gobernador del Departamento, de una terna remitida por el representante legal de la entidad, integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el manual de funciones y escogidos conforme con el proceso de selección público abierto establecido.

Además de lo anterior, al plasmarse en los oficios enjuiciados que la manifestación de acogerse a la ley 1821 de 2016, debía hacerse con anterioridad al acto de retiro, es una afirmación contraria a la naturaleza de la figura proteccionista del trabajador, pues se trata de la protección de quienes habiendo cumplido los requisitos para acceder al derecho pensional, si no se hubiera reconocido aún, siendo fundamental garantizar el mínimo vital de quien se encuentre próximo al reconocimiento de una pensión.

En virtud del principio de confianza legítima, el accionante consideró que su retiro del servicio se iba a producir cuando culminara un nuevo concurso para la provisión del cargo, mas no esperaba que sin tener un desempeño deficiente plasmado en la hoja de vida, se decidiera ad portas de entrar a regir la restricción electoral, retirarlo del servicio sin agotar el concurso.

De igual forma, indica que los actos demandados fueron expedidos con afectación de los derechos de audiencia y defensa, puesto que por el principio de publicidad establecido en el

artículo 209 de la CP., la administración está obligada a poner en conocimiento de sus destinatarios los actos administrativos para su conocimiento y brindar la oportunidad de objetarlos o impugnarlos, situación trasgredida con la conducta desplegada por el Director Nacional de la ESAP.

Argumenta que existió vulneración al derecho de contradicción, puesto que el oficio de 9 de julio de 2019, refirió que el acto de insubsistencia era de ejecución, por lo que no era susceptible de ser controvertido con la interposición de recursos en sede administrativa.

2.- Contestación de la demanda (120-138)

Se opuso a las pretensiones de la demanda, puesto que los actos administrativos demandados son acordes a las normas que regulan el empleo de libre nombramiento y remoción, según la clasificación establecida en el numeral 2º literal a) del artículo 5º de la ley 909 de 2004.

Considera que no es posible predicar la calidad de prepensionado en los empleos de libre nombramiento y remoción, debido a su naturaleza, sumado a que no hubo afectación en la prestación del servicio ya que el funcionario que asumió el encargo de Director Territorial de Boyacá – Casanare, acreditó calidades incluso superiores al demandante.

De igual forma, que las solicitudes que formuló el demandante los días 26 de junio y 3 de julio de 2019, dirigidas al Director Nacional de la ESAP, fueron posteriores a la fecha de retiro suscitado el 25 de junio de 2019, las cuales tenían por objeto que la administración reconsiderara su decisión por una circunstancia de protección especial, la cual no existe al no cumplirse ninguno de los presupuestos señalados en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, modificado por el artículo 12 del Decreto Nacional 190 de 2003.

Señala que el artículo 2º de la Ley 1821 de 2016, no es aplicable al caso en concreto, ya que no modificó el régimen de acceso a ningún cargo público ni la permanencia y retiro de los mismos, salvo que fijó la edad máxima de retiro forzoso.

En relación con el proceso laboral que cursa, ratifica que el régimen del accionante en la actualidad corresponde al de ahorro individual, que exige como requisito el capital para obtener el reconocimiento de una pensión vejez, según las modalidades consagradas en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, siendo imposible que invoque una calidad de protección que no tiene y que en el caso de encontrarse inmerso en ella tampoco procedería por el tipo de vinculación.

Indica que la resolución N° SC-1807 de 25 de junio de 2019, es un acto administrativo discrecional, que no exigía el desarrollo de motivos atinentes a la desvinculación del accionante o consideración de una situación de protección especial de pre- pensionado, de tal forma que no puede endilgarse falsa motivación o desviación del poder, pues la decisión se adecuó a los fines de la norma.

3.- Alegatos de conclusión.

Se presentaron de manera oral en la audiencia de pruebas. (fls. 625-629)

4.- Trámite

La demanda fue radicada el 29 de noviembre de 2019 ante el Tribunal Administrativo de Boyacá (fl. 87), corporación que remitió por competencia el proceso a los juzgados administrativos con proveído del 14 de enero de 2020 (fls. 89-90), y correspondió por reparto a este despacho mediante acta del 31 de enero de 2020 (fl. 94).

Entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020 se dispuso la suspensión de términos por el Consejo Superior de la Judicatura (fl. 96), por auto del 13 de agosto de 2020, se inadmitió la demanda (fls. 97-98) y posteriormente su admisión el 6 de noviembre de 2020 (fls. 111-114)

Surtida la notificación de la demanda (fl. 116) se efectuó el traslado para su contestación entre el 27 de noviembre de 2020 y el 9 de marzo de 2021 (fl. 117), así como el de las excepciones (Fl. 584); mediante auto del 21 de mayo de 2020 se resolvieron las excepciones previas (fl. 586-590).

Con providencia del 25 de junio de 2021, se fijó fecha para la realización de la audiencia inicial (fls. 593-594), la cual se surtió el 28 de septiembre de 2021. (Fls. 603-606), allí se fijó fecha para surtir la audiencia de pruebas el 1 de diciembre de 2021; finalmente el día 3 de diciembre de 2021, ingresó el expediente al despacho para dictar sentencia (fl. 624).

5.- Relación de las pruebas relevantes

En este acápite se relacionan las pruebas aportadas, decretadas y recaudadas en el trámite del proceso, que resultan relevantes en el *sub judice*.

Pruebas aportadas con la demanda:

- a. Resolución 1614 de 9 de junio de 2017, por la cual la ESAP convocó proceso de selección para la conformación de ternas para la elección del cargo de directores territoriales. (fls. 21-32)
- b. Comunicación de 30 de noviembre de 2017, a través de la cual la ESAP remitió la terna al Gobernador de Boyacá, para la selección del director territorial Boyacá-Casanare. (fl. 33-34)
- c. Comunicación de 15 de diciembre de 2017, a través de la cual el Gobernador del Departamento de Boyacá, informó a la ESAP la designación del Director Territorial Boyacá-Casanare, al señor JOSÉ CLODOVEO RAMOS PEDRAOS. (fl. 35)
- d. Resolución N° 0008 de 3 de enero de 2018, “por la cual se hace un nombramiento ordinario”, al señor JOSÉ CLODOVEO RAMOS PEDRAOS en el cargo de Director Territorial 0042-13 de la planta global de personal administrativo de la ESAP, cargo de libre nombramiento y remoción.

Indica que el nombramiento está cobijado por el artículo 26 del decreto 2400 de 1968 y en el artículo 107 del decreto 1950 de 1973, no genera derechos de carrera administrativa y procede el uso de la facultad discrecional que tiene el nominador para nombrar y remover libremente a sus empleados. (fls. 37-38).

- e. Acta de posesión N° 002 del 4 de enero de 2018. (Fl. 40)
- f. Formato de evaluación del desempeño del 4 de enero al 4 de abril de 2018. (fl. 45)
- g. Resolución N° 1107 de 09 de abril de 2018, por la cual se asigna prima técnica. (Fls. 47-48)
- h. Consolidado de evaluación del acuerdo de gestión de 18 de marzo de 2019, con un cumplimiento final del 98%. (fl. 52)
- i. Resolución N° SC-1807 de 25 de junio de 2019, por la cual se declara insubsistente un nombramiento, a partir del 2 de julio de 2019. (fls. 55-56)
- j. Petición de 26 de junio de 2019. (fls. 57-58)
- k. Petición de 3 de julio de 2019. (fls. 59-61)
- l. Petición de 16 de julio de 2019. (Fls. 62-63)
- m. Respuesta a petición N° 100.1480.10 de 9 de julio de 2019. (Fls 64-67)
- n. Respuesta a petición N° 110-360.20-279 de 31 de julio de 2019. (fls. 68-71)

Pruebas aportadas con la contestación de la demanda:

- a. Historia laboral del señor José Clodoveo Ramos Pedraos. Archivo 21 folios 146-345.
- b. Historia laboral del señor Jacinto Pineda Jiménez. Archivo 22 folios 346-581.

Pruebas decretadas en audiencia inicial:

- a. Expediente con radicado N° 110013105030-2019-00541-00, Juzgado 30 Laboral de Bogotá. Archivo 49, folio 625.
- b. Certificación de la ESAP acerca de que el ingeniero José Clodoveo Ramos Pedraos, no recibió llamados de atención o cualquier tipo de anotación que indique un precario desempeño como director de la territorial. Folios 614-615.
- c. Cédula de ciudadanía del demandante. Folio 620.
- d. Certificación de semanas cotizadas en PORVENIR, hasta el 25 de junio de 2019. Para esa fecha tenía registradas 828.8 semanas, y no se le había reconocido ninguna prestación económica. Folios 611 al 613.

II.- CONSIDERACIONES

1.- Problema jurídico

De acuerdo con la fijación de litigio realizada en la audiencia inicial, el problema jurídico se contrae a determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución N° 1807 de 25 de junio de 2019, por la cual se declaró insubsistente del cargo de Director Territorial 0042-13, con funciones de territorial N° 8, al señor José Clodoveo Ramos Pedraos, así como los oficios 100.1480.10 de 9 de julio de 2019 y 110-360-20-279 de 31 de julio de 2019, por los cuales se ratificó la decisión de insubsistencia, proferidos por la Escuela Superior de Administración Pública ESAP.

En este sentido, deberá establecer el despacho si se configuran las causales de nulidad de expedición irregular, desviación de poder y falsa motivación.

De igual forma, debe establecerse si el demandante para el momento de la declaratoria de insubsistencia, contaba con los requisitos para ser acreedor de la protección laboral reforzada por ser pre-pensionado.

En caso afirmativo, debe dilucidar el Juzgado si el demandante tiene derecho al reintegro en el cargo mencionado, a que se le repare a título de lucro cesante, las prestaciones periódicas dejadas de percibir desde el 26 de junio de 2019, hasta su reintegro, y a título de daño emergente, el pago de los honorarios profesionales de abogado por la suma de \$20.000.000.

2.- Marco normativo y jurisprudencial

El Artículo 125 de la Constitución Política, dispone lo siguiente:

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

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

La Ley 909 de 2004, en su artículo 1º, establece los empleos a desarrollar por los servidores públicos, discriminándolos así:

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

- a). Empleos Públicos de carrera;*
- b). Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;*
- c). Empleos de periodo fijo;*
- d). Empleos temporales.”*

Los empleados públicos tienen como característica más representativa, el tipo de vinculación con el Estado, dado que son los únicos que tienen una relación legal y reglamentaria, sobre la cual se ha pronunciado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“En general, el régimen aplicable a los empleados públicos está determinado por la vinculación mediante el llamado acto – condición o estatuto legal y reglamentario, con el Estado. Por vía de la ley impone competencias, obligaciones, deberes y funciones previamente definidos en la propia constitución, en la ley y en los reglamentos, donde también se determinan calidades, inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones de estos servidores (art. 122, 150.23 C.P.).”¹

¹Obsérvese referente a este asunto la sentencia del Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Radicación N° 802. Consejero Ponente Luis Camilo Osorio Izasa - 22 de mayo de 1996

La Corte Constitucional se ha referido al sistema de carrera administrativa como la regla general para el ingreso a los cargos públicos, en los siguientes términos:

“El principio constitucional de igualdad de oportunidades en acceso a cargos públicos apunta a que todo ciudadano tiene derecho a desempeñar funciones y cargos públicos en igualdad de condiciones, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha ratificado el Estado colombiano, principio que se encuentra garantizado, a su vez, mediante un conjunto de reglas constitucionales según las cuales los empleos en los órganos y entidades del Estado son, por regla general, de carrera; los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público; el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos en tanto que el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario “y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”² (negrilla y subrayado fuera de texto).

Empleos de libre nombramiento y remoción

Los empleos de libre nombramiento y remoción están excluidos de la regulación de la carrera administrativa y, por tanto, son de vinculación discrecional, debido a los asuntos que manejan y al grado de confianza que se requiere para desempeñar las funciones propias de los mismos.

No obstante, a pesar de la libre disposición en el nombramiento de dichos cargos, no puede apartarse dicha discrecionalidad de requisitos mínimos en la prestación del servicio público, tal como señala la Corte Constitucional en la sentencia C-195 de 1994, al señalar lo siguiente:

“Por tanto, como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación.”

De otro lado, la jurisprudencia constitucional ha clasificado los empleos de libre nombramiento y remoción de la siguiente manera:

“El empleo de libre nombramiento y remoción deberá corresponder a una de las siguientes categorías: (i) cargos que tengan funciones directivas, de manejo, conducción u orientación política o institucional, casos en los cuales la jurisprudencia ha aceptado que habida cuenta la naturaleza de la responsabilidad encomendada y los necesarios direccionamientos político – administrativos de las entidades, conviene que sean proveídos mediante instrumentos excepcionales, distintos al

² Respecto de este particular, remítase al lector a la sentencia de la Corte Constitucional - Sentencia C-319 de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto.

concurso público de méritos; o (ii) empleos que requieran un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, en razón de la trascendencia y grado de responsabilidad administrativa o política de las tareas encomendadas”³

El artículo 5 de la Ley 909 de 2004, establece los criterios de clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción, a saber:

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

(...)

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

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, al servicio de ciertos funcionarios;

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Adicionado por la Ley 1093 de 2006: Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y

f) Adicionado por la Ley 1093 de 2006: Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.⁴

La vinculación de este tipo de empleados se hace por medio de un nombramiento ordinario, por tratarse de empleos excluidos de la carrera administrativa. Por lo mismo, para su desvinculación no se requerirá de un acto motivado, lo que no avala que el retiro del servicio atienda a la arbitrariedad y contravenga el debido proceso del empleado, pues a pesar de no contar con la estabilidad propia de los cargos de carrera, los servidores públicos que los ocupan son titulares

³ Al respecto, remítase al lector a la Corte Constitucional. Sentencia C-553 de 2010

⁴ Ley 909 de 2004, Art. 5 y Ley 1093 de 2010.

de garantías mínimas constitucionales que no pueden ser soslayadas so pretexto del ejercicio de la potestad discrecional.

Es decir, si bien quienes ostentan la calidad de empleados de libre nombramiento y remoción, no cuentan con estabilidad laboral plena y la exclusión del servicio no debe motivarse por analogía a la vinculación, dada la discrecionalidad de su nombramiento y el hecho de no tener que superar un concurso de méritos y someterse a la calificación periódica de sus servicios, no significa que la desvinculación del cargo pueda hacerse sin tener en cuenta ningún criterio objetivo; por el contrario, deben garantizarse los derechos fundamentales y limitar la discrecionalidad del nominador a la razón del buen servicio.⁵

La norma que regula el empleo público (Ley 909 de 2004), en su artículo 41, establece como causal de retiro del servicio de quienes están desempeñando cargos de empleados de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento hecha por el nominador a través de acto no motivado.

La Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a la forma de desvinculación de los cargos de libre nombramiento y remoción, ha sostenido que:

"La regla general en el ejercicio de la función administrativa la 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. 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 a adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala 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 (...)"⁶(Negrilla y resaltado fuera del texto).

En la misma dirección y atendiendo a la discrecionalidad del nominador para el retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción, la Corte Constitucional sostuvo:

"La discrecionalidad con que cuenta el nominador respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción no puede ser entendida con un carácter absoluto por cuanto puede constituirse en un acto arbitrario ajeno al Estado de Derecho. Por el contrario, la discrecionalidad relativa no está emparejada con la subjetividad del funcionario nominador sino que tiene relación con las circunstancias de hechos, las circunstancias de oportunidad y la conveniencia que puede darse con la toma de la decisión; así las cosas, en principio, los actos de desvinculación de las personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no requieren motivación y facultan al

⁵ Remítase al lector al Consejo de Estado – Sección Segunda – Sub Sección B. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila- Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02831-01(0653-10). "El fenómeno de la desviación de poder puede presentarse inclusive en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues esta prerrogativa, la discrecionalidad, no puede ejercerse de manera arbitraria o abusiva, ni exceder las directrices y principios previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro de un funcionario, que carece de estabilidad esté inspirado en genuinas razones del buen servicio y no en motivaciones diferentes"

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, rad, 050012331000200601107, sentencia de 7 de julio de 2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve

nominador a remover libremente a quienes lo ocupan. La misma jurisprudencia constitucional "(...) indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador". Por tal razón, la finalidad que se busca con dicha permisión de remover libremente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción no es otra que garantizar la confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal, la función de dirección, entre otros objetivos, que supone el ejercicio de un cargo de este tipo consagrado expresamente en la Constitución."⁷ (Subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado concluyen que, a pesar de la discrecionalidad del nominador para declarar la insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción, existe un margen que limita dicha facultad, consistente en las circunstancias, oportunidad y conveniencia de tal decisión.

El Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencia de 27 de mayo de 2018, en la misma línea interpretativa, se pronunció acerca de la naturaleza de este tipo de empleos, así:

*"los cargos de libre nombramiento y remoción, son ejercidos por personas que por su alto grado de confianza con el nominador lo acompañan en su gestión, pues son de aquellos cargos de dirección, confianza y manejo, en los que se desempeñan funciones al interior de la administración, en las que se adoptan decisiones de gran trascendencia para el cumplimiento de la misión institucional. Por tanto, frente a tales cargos, el nominador cuenta con alguna liberalidad para la vinculación y retiro de las personas designadas en este tipo de cargos, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión, tal como lo dispone el inciso 2° del párrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004."*⁸

Ahora, como acaba enunciarse, la discrecionalidad como facultad del nominador en materia de retiro de empleados de libre nombramiento y remoción, no es ilimitada ni se direcciona por caprichos de quien la detenta, sino que debe atender a la garantía del buen servicio público. El Consejo de Estado ha indicado sobre el particular:

*"La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la posibilidad de que haya empleos de libre nombramiento y remoción, cuyos titulares, por carecer del privilegio de estabilidad, y por no ser de carrera, pueden ser retirados del servicio mediante actos discrecionales no motivados. El fenómeno de la desviación de poder puede presentarse inclusive en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues esta prerrogativa, la discrecionalidad, no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder las directrices y principios previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro de un funcionario, que carece de estabilidad esté inspirado en razones del buen servicio."*⁹

En oportunidad más reciente, la misma Corporación señaló que "la facultad discrecional no es absoluta, en tanto no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman nuestro

⁷ Véase en la Corte Constitucional. Sentencia SU-448 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁸ Tribunal Administrativo de Boyacá, rad. 15001333300220150019301, sentencia de 27 de septiembre de 2018 M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros

⁹ Véase en el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "B" - C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila - Bogotá, D.C., once (11) de noviembre 2010. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10) Actor: Roberto Jaramillo Cárdenas.

ordenamiento jurídico. En ese sentido, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento procede siempre y cuando esté inspirado en razones del buen servicio.”¹⁰

Acerca de la facultad de libre remoción propia del nominador cuando se ejerza frente a empleos de la misma naturaleza, el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, dispone:

El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera.

Cabe señalar que la Corte Constitucional, declaró la exequibilidad de esta disposición, concretamente de la expresión “sin motivar la providencia” en la sentencia C-734-2000, por cuanto la posibilidad de desvincular a estos servidores no es contraria a la Constitución, en atención a la precariedad de su estabilidad por las labores que cumplen, pues se requiere la confianza del nominador.

Sobre el particular, discurrió así la corporación:

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

(...) 9. el Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del Artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público.

Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance. (...)¹¹

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Providencia de 9 de marzo de 2017. Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00447-01(4519-14)

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-734 de 2000, MP. Vladimiro Naranjo Mesa, expediente D-2732, del 21 de junio de 2000.

Ahora bien, el Consejo de Estado en relación con la anotación de los motivos de la insubsistencia en la hoja de vida, ha sostenido la tesis que se transcribe a continuación:

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

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

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

En conclusión, la ausencia de anotación de los motivos de la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no afecta las garantías fundamentales, por cuanto el retiro del servicio para ese tipo de empleos está previsto como una atribución de naturaleza discrecional que precisamente autoriza al nominador a disponerlo sin exteriorizar sus motivos.”¹²

Designación de los Directores Territoriales de la ESAP

La Escuela Superior de Administración Pública fue creada por el artículo 17 de la ley 19 de 1958, como un Establecimiento Público del orden Nacional, de carácter universitario, adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública, con personería jurídica, autonomía administrativa, académica, técnica, financiera y con patrimonio independiente.¹³

El proceso de designación de los Directores Territoriales de la ESAP, para el momento de vinculación del accionante, se realizó conforme a lo previsto en el Decreto 1972 de 2002, compilado en el decreto 1083 de 2015, así:

ARTÍCULO 2.2.28.1 Designación. *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.*

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda subsección A. CP. Rafael Francisco Suárez Vargas. Radicación número: 66001-23-33-000-2014-00137-01(5272-16). 9 de julio de 2020.

¹³ Artículo 1º Decreto 164 de 2021.

Cuando el área de influencia de una Regional o Seccional abarque 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.

ARTÍCULO 2.2.28.2 Conformación de ternas. *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.

PARÁGRAFO. *El proceso de selección público abierto que se realice en cumplimiento de lo dispuesto en el presente Título, se efectuará bajo los criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones.*

ARTÍCULO 2.2.28.3 Naturaleza del cargo. *El proceso de selección público abierto para la integración de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica de los empleos a proveer y tampoco limita la facultad discrecional del nominador.*

ARTÍCULO 2.2.28.4 *La selección de la persona para ser nombrada en el empleo de Director o Gerente Regional o Seccional o el que haga sus veces, por parte del Gobernador, deberá efectuarse dentro de los ocho (8) días calendario siguientes a la fecha de recibo de la terna.*

En las regionales o seccionales cuya área de influencia comprenda dos o más departamentos, el plazo será de quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de recibo de la respectiva terna, la cual será enviada al Gobernador del departamento sede de la regional o seccional.

Si en dichos plazos no se efectuare la selección por parte del Gobernador o de los Gobernadores, con el fin de no afectar el servicio, esta será decidida por el representante legal del establecimiento público, con base en la terna presentada, dentro de los ocho (8) días calendario siguientes al vencimiento de los términos anteriormente señalados.

ARTÍCULO 2.2.28.5 Competencia para el nombramiento y remoción. *El nombramiento y remoción del Director o Gerente Regional o Seccional se efectuará por el representante legal del respectivo Establecimiento Público.*

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

ARTÍCULO 2.2.28.6 *La Vicepresidencia de la República podrá adelantar evaluaciones, sondeos y estadísticas sobre el desarrollo de los procesos de selección públicos abiertos establecidos en el presente Título, con el propósito de garantizar su eficiencia y transparencia.*

Así mismo, en desarrollo de su función de lucha contra la corrupción, podrá recibir las quejas relacionadas con el incumplimiento de las disposiciones señaladas en este decreto y de las irregularidades que se presenten en el proceso de selección, para ponerlas en conocimiento de las autoridades competentes.

De la norma transcrita se colige que los Directores Territoriales de la ESAP, por tratarse de un establecimiento público, son escogidos por los gobernadores de los Departamentos, de las personas que integran la terna que a su vez es el resultado de un proceso de selección público y abierto; no obstante, el cargo no pierde su naturaleza de libre nombramiento y remoción, lo que habilita la discrecionalidad del nominador para relevarlo del empleo.

Estabilidad laboral reforzada de servidores de libre nombramiento y remoción por su calidad de pre-pensionados

Como fundamento legal, se tiene que la ley 790 de 2002, fue expedida para renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, razón por la cual se creó el concepto de reten social, en el artículo 12, así:

“Artículo 12. Reglamentado por el art. 12, Decreto Nacional 190 de 2003 Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley¹⁴.” Negrilla fuera del texto.

Con esta norma, se propende por la protección de aquellas personas que se encuentran próximas a adquirir su derecho pensional, precisamente para que éste no se frustre, la cual fue aplicada inicialmente solo para los eventos de reestructuración institucional, no obstante, jurisprudencialmente, el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

“Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los “prepensionados” no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, “opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público”; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse¹⁵.

14 Texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-044](#) de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

15 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013. Autoridades Departamentales. Actor: Edgar Augusto Arias Bedoya. Ver también sentencia T-186 de 2013.

Según lo expuesto por la Corte Constitucional, esta garantía cobija también a los empleados de libre nombramiento y remoción, cuando se encuentran en un grupo especial de protección como es el caso de los pre-pensionados¹⁶.

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo¹⁷, estableció las siguientes reglas de aplicación del retén social para estos servidores públicos:

“De las consideraciones esbozadas, la Sala concluye lo siguiente:

a) La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

b) Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

c) La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petitionerario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.

Así las cosas, la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento”

La Corte Constitucional, mediante sentencia SU 003-18, unificó la jurisprudencia para establecer si los servidores públicos vinculados en la modalidad de libre nombramiento y remoción, gozan de estabilidad laboral reforzada. Allí señaló la Corte, que por regla general los empleados de libre

16 Sentencia T-862 de 2009.

17 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013. Autoridades Departamentales. Actor: Edgar Augusto Arias Bedoya.

nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia de las funciones a su cargo o de la suma de confianza que exige su labor, así:

“Con fundamento en esta premisa general analiza, en sentencia de reemplazo, el caso del tutelante que desempeñaba el cargo de Secretario General de la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga, Santander. Enfatiza que la regla se tornaba mucho más estricta en relación con los empleados de “dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices”, de que trata el literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, pues se refiere a los empleos públicos del más alto nivel jerárquico en la Rama Ejecutiva del poder público y de los Órganos de Control, en la administración central y descentralizada tanto del nivel nacional, como territorial, a los que les corresponde la dirección, conducción y orientación de las entidades estatales de las que hacen parte. En atención a su alta calidad y elevadas responsabilidades, se trata de los empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.”

3.- CASO CONCRETO

3.1.- Tesis parte actora

Se plantea en la demanda que el acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento del señor José Clodoveo Ramos Pedraos del cargo de Director Territorial 0042-13 de la ESAP, se encuentra incurso en las causales de nulidad por desviación de poder, vulneración de los derechos de audiencia, defensa, contradicción.

3.2.- Tesis parte demandada

La entidad accionada sustenta su tesis bajo el argumento de la discrecionalidad del nominador para efectos de desvincular al actor del cargo de Director Territorial 0042-13 de la ESAP, e igualmente aduce la imposibilidad de predicar la calidad de pre - pensionado en los empleos de libre nombramiento y remoción; aunado a que con el nombramiento de quien sucedió en el cargo al señor Ramos Pedraos, no se generó afectación del servicio público.

3.3.- Tesis del Despacho

Conforme con la normatividad y jurisprudencia de las Altas Cortes, la desvinculación del empleo de cargos de libre nombramiento y remoción puede efectuarse por el nominador en atención a su facultad discrecional a través de la declaratoria de insubsistencia, sin que dicho acto requiera motivación, además, se presume que dicha decisión administrativa se encuentra inspirada en razones de mejoramiento del servicio público, las cuales son susceptibles de ser desvirtuadas a través de un soporte probatorio suficiente por parte de quien invoca su nulidad.

Además de lo anterior, si bien es cierto para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, es posible apelar a la garantía de protección especial de las personas que están ad portas de adquirir su derecho a la pensión, éstas deben encontrarse dentro de los tres años próximos al cumplimiento de los requisitos de edad, semanas cotizadas o montos ahorrados,

para la obtención de la pensión de jubilación, situación que para el caso en concreto no se configuró.

En consideración de lo anterior, el Despacho discurre que los actos demandados mantienen incólume su presunción de legalidad, en tanto la declaratoria de insubsistencia se dio en ejercicio de la facultad discrecional del Director Nacional de la Escuela Superior de Administración Pública, para retirar del servicio a empleados de libre nombramiento y remoción, sin que fuesen necesarios argumentos adicionales para su expedición, así como que el demandante no se encontraba amparado en su estabilidad laboral en virtud de ostentar la calidad de pre-pensionado.

3.4.- A continuación, procede el Juzgado a sustentar su postura, previa instalación de los **hechos probados relevantes** al estudio del caso, conforme con los documentos obrantes en el expediente:

- a. El señor José Clodoveo Ramos Pedraos, luego de superar un proceso público de selección, fue escogido por los señores Gobernadores de los Departamentos de Boyacá y Casanare, de terna enviada por el representante legal de la ESAP, como Director Territorial 0042-13 de la Planta Global de Personal Administrativo, con funciones de Director Territorial N° 8 Boyacá, cargo de libre nombramiento y remoción, para el cual fue nombrado mediante resolución N° 008 de 03 de enero de 2018, por la Directora Nacional (e) de la ESAP. (fls. 51-45, archivo 002)
- b. El día 4 de enero de 2018, tomó posesión del cargo. (fl. 56, archivo 02)
- c. Posteriormente, a través de la Resolución N° 1807 de 25 de junio de 2019, el Director Nacional de la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP- lo declaró insubsistente del cargo de Director Territorial 0042-13 con funciones en la Territorial N° 8 Boyacá de la Planta Global de Personal Administrativo de la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP-, bajo las siguientes consideraciones: (Fls. 71-72, archivo 02)

“Que la Ley 909 de 2004 determina en su artículo 41 literal a), la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción, como una de las causales del retiro del servicio.

Que el inciso segundo del párrafo 2° del mencionado artículo, establece que “La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”

Que el Decreto 1083 de 2015, modificado y adicionado por el Decreto 648 de 2017 en su artículo 2.2.11.1.2, señala: “De la declaratoria de insubsistencia. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica lo insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña”.

Que mediante Resolución No. 008 del 3 de enero de 2018, se realizó el nombramiento ordinario del señor JOSE CLODOVEO RAMOS PEDRAOS, identificado con la cédula de ciudadanía N° 9.505.192 en el cargo de DIRECTOR TERRITORIAL 0042 — 13 con funciones en la Territorial No. 8 Boyará de la Planta Global de Personal Administrativo de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP.

Que el cargo de DIRECTOR TERRITORIAL 0042 —13, de la Planta Global de Personal Administrativo de la Escuela Superior de Administración Pública, es un cargo de libre nombramiento y remoción de conformidad con el literal a) inciso 4 del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004.”

- d. En reemplazo del demandante en el cargo de Director Territorial, se nombró en encargo al señor Jacinto Pineda Jiménez, según resolución SC-N° 1818 del 25 de junio de 2019.
- e. El señor José Clodoveo Ramos Pedraos, para el 25 de junio de 2019, contaba con 62 años cumplidos según la cédula de ciudadanía, puesto que nació el 1 de enero de 1957, y con 828.8 semanas cotizadas en el sistema general de pensiones.

3.5.- Hechas las precisiones anteriores, procede el Despacho a exponer las razones que soportan la tesis planteada de forma inicial, a la luz de la resolución de los cargos de nulidad de los que se acusan los actos demandados.

Previo a entrar en materia, resulta pertinente fijar los conceptos de la desviación de poder y de la falsa motivación como vicios de los actos administrativos:

La desviación de poder que puede viciar el acto administrativo de la declaratoria de insubsistencia, debe dirigirse a que tal situación se aparte de la necesidad del buen servicio, y se oriente por intereses diferentes y contrarios a la ley, siendo identificable cuando demandado el acto, las razones esbozadas no soporten la finalidad de la insubsistencia. En este sentido, el Consejo de Estado, expresó que:

“El fenómeno de la desviación de poder puede presentarse inclusive en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues esta prerrogativa, la discrecionalidad, no puede ejercerse de manera arbitraria o abusiva, ni exceder las directrices y principios previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro de un funcionario, que carece de estabilidad esté inspirado en genuinas razones del buen servicio y no en motivaciones diferentes.”¹⁸

En otra providencia, indicó lo siguiente:

*“La desviación de poder se presenta, entonces, cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley. [...] [Q]uien acude a la jurisdicción para alegar la desviación de poder debe demostrar que la administración expidió un acto administrativo con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales.
(...)”*

¹⁸ Véase en el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub Sección B. Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02831-01(0653-10). M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, dos (2) de diciembre de 2010.

Según lo señala la doctrina «en la desviación de poder el funcionario actúa con una finalidad distinta a la que señala la ley o actúa con una finalidad personal o para beneficiar a un tercero. En la arbitrariedad el funcionario se aparta “de lo objetivamente determinado por la razón y el derecho”¹⁹

Respecto de la falsa motivación, tenemos que puede originarse cuando los motivos expresados por el nominador, carecen del respaldo invocado, la trascendencia o la consecuencia jurídica que el autor de la medida administrativa les ha atribuido. El Consejo de Estado ha dicho que esta clase de ilegalidad se estructura por inexistencia material o jurídica o porque los motivos no son de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada²⁰.

En primer lugar, se destaca que el cargo de Director Territorial 0042-13 de la ESAP, si bien tiene previsto un procedimiento establecido en la ley para su designación a través de proceso de selección público abierto, es de libre remoción en atención a la naturaleza de sus funciones y de acuerdo con el literal a) inciso 3 del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

Así mismo, el Decreto 1972 de 2002 y concordantes, compilados en el Decreto 1083 de 2015, dispuso en el artículo 2.2.28.1 y subsiguientes, la forma como debe ser designado y nombrado el director territorial, cuya escogencia recae en el Gobernador del Departamento respectivo, de terna enviada por el representante legal de la ESAP, y nombrado por el Director general de la entidad, producto de un proceso de selección público y abierto, de conformidad con el mismo decreto.

Adicional a lo anterior, la competencia para nombrar y remover al designado por el Gobernador del departamento, le corresponde al representante legal del establecimiento público respectivo, quien además tiene la potestad de proveer el cargo por vacancia temporal, mediante la figura del encargo, tal y como lo prescribe el artículo 2.2.28.5 *ibídem*; de igual forma en el artículo 2.2.28.3 establece que la naturaleza del empleo no se modifica por la realización del proceso de selección público abierto para la integración de las ternas ni limita la facultad discrecional del nominador.

De forma amplia, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, han sido enfáticas al indicar que el acto de desvinculación de un empleado que se desempeña en un cargo de libre nombramiento y remoción, no requiere fundamentación que soporte el retiro, dado que la presunción de legalidad propia de los pronunciamientos de la administración, en eventos como el que se analiza, consiste en entender que fueron proferidos bajo la orientación de mejorar el servicio público, siendo suficiente entonces aducir dicho argumento como soporte de la decisión, en desarrollo de la facultad discrecional del nominador.

Sobre este punto en particular, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencia de 27 de septiembre de 2018, señaló lo siguiente:

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, CP. Rafael Francisco Suárez Vargas Bogotá, D.C., Nueve (9) de Julio de dos mil veinte (2020). Radicación Número: 66001-23-33-000-2014-00137-01(5272-16)

²⁰ Younes Moreno, D; 2005, pág.410).

“Por tanto, de acuerdo con lo indicado, la liberalidad del nominador en el retiro, implica que puede realizarse de forma discrecional, en tanto se presume que las decisiones que sobre el particular adopta el nominador, se hacen pensando en el buen servicio público.”²¹

El fundamento de esta prerrogativa en cabeza del director nacional de la ESAP, para el caso concreto, encuentra su razón de ser en la libertad que requiere la administración para cumplir con sus proyectos, de allí que deba depositar un nivel de confianza suficiente en los servidores públicos que participan en la ejecución de políticas y directrices institucionales.

En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, al 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 a adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala 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 (...).²²*

Si bien es cierto para el caso en comento no existe libertad del nominador frente a la escogencia de los directores territoriales de la entidad, vemos que el decreto 1083 de 2015, dispone que no limita su facultad discrecional.

En este orden de ideas, no cabe duda que al ser el cargo de director territorial de un establecimiento público como lo es el caso de la ESAP, de libre remoción, quien lo desempeña puede ser retirado del servicio a través de acto administrativo que por ley no requiere motivación, pues trae implícito el fundamento de mejora del servicio como razón de la decisión y dado que por su naturaleza es de los denominados como de “confianza y manejo”, el nominador, amparado en su facultad discrecional, también introducida por disposición legal, está en la libertad de nombrar en caso de vacancia temporal mediante la figura del encargo, entre tanto se realice nuevamente el proceso de selección público abierto para proveer nuevamente el empleo, a quien considere le brindará apoyo para realizar una mejor gestión, siempre que cumpla con los requisitos objetivos para el empleo.

Es así como examinado el acto demandado – Resolución N° SC 1807 de 2019 – por medio del cual se declaró insubsistente del cargo de director territorial 0042-13 con funciones en la Territorial N° 8 Boyacá a José Clodoveo Ramos Pedraos, que conforme con las disposiciones legales de los establecimientos públicos, es de libre remoción, no resultaba necesaria argumentación diferente a la de considerar que se realizó en ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la ley por el tipo de empleo en comento, y que en consecuencia no precisaba motivación adicional, como quiera que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, *“la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a*

²¹ Tribunal Administrativo de Boyacá, rad. 15001333300220150019301, sentencia de 27 de septiembre de 2018 M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 7 de julio de 2011, Expediente: 050012331000200601107 01 (0740-2010).

*la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello*²³.

Ahora bien, también ha dicho la jurisprudencia que el poder discrecional referido en precedencia no es absoluto, sino que debe guiarse por los postulados del interés general hacia la prestación de un buen servicio, por lo cual puede desvirtuarse a través de un adecuado ejercicio probatorio por parte de quien deprecia la nulidad del acto demandado, esto es, del demandante en el caso específico, demostrando que el propósito de la declaratoria de insubsistencia fue uno diferente a la mejora el servicio.

No obstante, dicho predicamento no logró invalidarse, si se tiene en cuenta que las pruebas documentadas aportadas y recaudadas, apenas dan cuenta de la insubsistencia del demandante y de la formación profesional y experiencia laboral de quién sucedió al señor Ramos, que sin lugar a dudas contaba con títulos y experiencia profesional idónea para el ejercicio del cargo, como da cuenta su hoja de vida, vista a folio 346 a 581 del expediente digital, conforme a la cual el señor Jacinto Pineda Jiménez, contaba con el título de sociólogo y amplia experiencia profesional, de hecho ya había sido designado en encargo como Director Territorial de la ESAP²⁴.

En lo que tiene que ver con la ausencia de la constancia del hecho de la insubsistencia y sus causas en la hoja de vida del señor Ramos Pedraos, en efecto pudo verificarse que se adolece de esta anotación, pues en los archivos arrimados al proceso por parte de la ESAP, (folios 146 al 345 archivo 21 del expediente digital) no se encontraron expuestas las razones que ocasionaron la insubsistencia.

Sin embargo, esta omisión no se erige en una circunstancia de tal entidad que afecte la validez del acto administrativo, tampoco se trata de un requisito para su conformación o presupuesto de su eficacia, tal y como lo expresó el Consejo de Estado en los apartes jurisprudenciales ya traídos previamente a esta providencia.

De otro lado, frente al argumento de afectación de los derechos de audiencia y defensa, al haberse vulnerado el derecho de contradicción con la decisión de insubsistencia, debe señalar el despacho que, en oposición a lo manifestado por la ESAP en el oficio de 9 de julio de 2019, la resolución N° 1807 de 25 de junio de 2019, no es un acto de ejecución, puesto que a través de este acto administrativo, la ESAP adoptó una decisión que modificó una situación jurídica concreta del señor Ramos Pedraos.

No obstante, aunque el director de la ESAP, no señaló en la resolución cual era el recurso procedente, tampoco cercenó el derecho de contradicción, puesto que no se indicó que contra ese acto no procedían recursos. Empero, más allá de la omisión palmaria del acto administrativo, el señor José Clodoveo Ramos Pedraos, una vez tuvo conocimiento de la decisión de dar por terminada su vinculación con la entidad, acudió ante la administración el 26 de junio, 3 y 16 de

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, diecinueve (19) de Febrero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 25000-23-42-000-2013-01223-02(4578-16).

²⁴ De acuerdo con la Resolución N° 3456 del 30 de octubre de 2019, dentro de los perfiles académicos para ocupar el cargo de Director Territorial de la ESAP, se encuentra el de Sociólogo y exige 36 meses de experiencia profesional relacionada o docente universitaria, requisitos acreditados por el señor Jacinto Pineda Jiménez.

julio de 2019, a través del mecanismo del derecho de petición, en el cual manifestó una serie de inconformidades en torno a la declaratoria de insubsistencia, las cuales fueron resueltas por la entidad.

En ese orden de ideas, si bien es cierto existe una omisión en el acto administrativo, pues de manera expresa no se indicó al interesado el recurso procedente, no existe vulneración material de los derechos de audiencia, contradicción y defensa, puesto que el señor Ramos Pedraos obtuvo de la administración, respuesta ante su desacuerdo con la decisión de insubsistencia.

Finalmente, en relación con la calidad de pre-pensionado, según las reglas de aplicación del retén social establecidas por el Consejo de Estado²⁵, y citadas previamente, la protección especial resulta aplicable siempre que falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener la pensión.

Tal y como quedó demostrado en el plenario, el señor Ramos Pedraos para la fecha de declaratoria de insubsistencia, es decir, el 25 de junio de 2019, había cumplido 62 años de edad, y había logrado cotizar 828.8 semanas en su cuenta de ahorro individual de la administradora de pensiones Porvenir.

Aunque el accionante para la fecha de insubsistencia, contaba con la edad para pensión, no ocurría lo mismo con el requisito de las semanas cotizadas, pues en ese momento no eran suficientes para adquirir el status pensional, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, que exige haber cotizado al menos 1300 semanas.

En ese orden de ideas, no se encontraba en el rango establecido para ser sujeto de protección especial, puesto que, para el 25 de junio de 2019, le faltaban más de tres años de cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensión, razón por la cual el señor Ramos Pedraos no puede considerarse como pre-pensionado y, en tal virtud, no es acreedor de la estabilidad laboral reforzada que reclama en la demanda.

Por los argumentos expuestos en precedencia, se declararán probadas las excepciones de mérito formuladas por la entidad demandada, que denominó “inexistencia de causales de nulidad por falsa motivación y desviación de poder”, dado que efectivamente, no se adujeron al plenario elementos de convicción que desvirtúen la presunción de legalidad de la cual se encuentran investidos los actos administrativos demandados.

Conclusión

Conforme con lo expuesto, la resolución No. 1807 de 25 de junio de 2019 por la cual se declaró la insubsistencia del señor José Clodoveo Ramos Pedraos, suscrita por el Director Nacional de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, así como los oficios 100.1480.10 de fecha 9 de julio de 2019 y 110-360-20-279 de 31 de julio de 2019 por los cuales se reafirmó la declaratoria de insubsistencia, mantienen indemnes su presunción de legalidad, por no encontrar el Despacho acreditados los cargos de desviación de poder, falsa motivación, y tampoco se

²⁵ 25 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013. Autoridades Departamentales. Actor: Edgar Augusto Arias Bedoya.

configuró la condición de pre-pensionado, motivo por el cual se negarán las pretensiones de la demanda.

4.- COSTAS

El Despacho acoge el criterio jurisprudencial expuesto por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2020, exp. 76001-23-33-000-2016-01621-01, exp. Sandra Lisset Ibarra Vélez:

“La jurisprudencia de la Sala en materia de costas procesales, ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, la cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas”.

Atendiendo los criterios señalados, no encuentra el Despacho alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho de acción, razón por la cual el Juzgado se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por José Clodoveo Ramos Pedraos, en contra de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas por lo expuesto.

TERCERO: Ejecutoriado este fallo, **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias que sean necesarias. Si existen remanentes devuélvanse a la parte que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente por SAMAI)
JAVIER LEONARDO LÓPEZ HIGUERA
JUEZ