REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 24 JUL. 2018

DEMANDANTE:	NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA
DEMANDADO:	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA
REFERENCIA:	150012333000-**2015-00105**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	INSUBSISTENTE DE UN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN
ASUNTO:	**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Agotados los ritos propios del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, profiere la Sala sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, a través de apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción con el fin de instaurar demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, con el objeto de que se hagan las siguientes:

1.1. DECLARACIONES Y CONDENAS (fls. 2-3)

Solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la **Resolución No 01261 de 20 de junio de 2014**, expedida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Director Regional Grado 07 de la Regional Boyacá, desde el 21 de junio hasta el 7 de septiembre de 2014.

Como consecuencia de lo anterior, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante solicitó que se **i)** Se condene a la entidad accionada al pago de $35.134.235,oo, derivados de todas las prestaciones periódicas (salario, Subsidio de Alimentación, Prima Técnica Factor Salarial, Bonificación por Servicios Prestados, cesantías, intereses a las cesantías, prima semestral de servicios, prima de navidad, sueldo por vacaciones, prima de vacaciones, reintegro prima de servicios y viáticos) dejadas de percibir desde el 21 de junio hasta el 7 de septiembre de 2014, **ii)** se condene al pago de los intereses comerciales por los valores dejados de percibir oportunamente y **iii)** se condene a la indexación de las mencionadas sumas de dinero, conforme al IPC, desde el momento de la insubsistencia y hasta su reintegro.

En la modalidad de daño emergente solicitó que **i)** se condene a la entidad accionada al pago de $20.000.000,oo, derivados de los honorarios del profesional del derecho que adelantó el trámite de tutela en primera y segunda instancia, mediante el cual se ordenó el reintegro del actor **ii)** se condene al pago de $90.435.045.oo, correspondientes a los créditos de mejoramiento de vivienda familiar, **iii)** se condene al pago de $21.115.846,oo, derivadas del crédito de vehículo automotor y, **iv)** se condene a la indexación de dichas sumas de dinero desde las fechas en que se causaron y hasta cuando se concrete y materialice. Además de solicitar le fuera reconocido por concepto de perjuicios morales, el equivalente a 3000 SMLMV.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS (fls. 3-11)

El apoderado del demandante, indicó que el señor Néstor Alfredo Barrera Mora, mediante un proceso meritocrático y abierto, realizado por la Universidad Nacional, fue designado como Director Regional Grado 07 de la Regional Boyacá del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

Señaló que mediante Resolución No 1077 de 3 de junio de 2014, expedida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, le fueron concedidos al actor 25 días hábiles de vacaciones, comprendidos entre el 13 de junio y el 21 de julio de 2014, por los periodos causados entre el 15 de julio de 2009 al 14 de julio de 2010 y el 15 de julio de 2010 al 14 de julio de 2011.

Relató que a través de la Resolución No 1117 de 6 de junio de 2014, en ejercicio de sus atribuciones legales y reglamentarias, el Director General (E) delegó en el actor la realización de los procesos de selección y contratación; la celebración, ejecución y ordenación del gasto y liquidación de los contratos y las funciones en materia de Talento Humano contenidas en la Resolución 02529 de 2004, para el normal desarrollo de las funciones administrativas y misionales de la Dirección Regional San Andrés.

Adujó que en cumplimiento de la delegación especial en comento, viajó por la aerolínea AVIANCA AV 9776 desde la ciudad de Bogotá hasta San Andrés Islas en dos oportunidades, esto es, desde el viernes 6 hasta el viernes 13 de junio de 2014 y desde el lunes 16 hasta el viernes 20 de junio del mismo año.

Manifestó que extrañamente el Director General encargado ordenó adelantar el vuelo de regreso del señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, que inicialmente estaba programado para las 16:50 del día 20 de junio de 2014, a las 12:35 del mismo día, con llegada a las 14:35 a la ciudad de Bogotá.

Refirió que el Director General ordenó comunicar al actor que debía comparecer a la Oficina de la Secretaría General de la entidad en la tarde el día viernes 20 de junio de 2014, requerimiento que en efecto fue atendido por el actor, quien al asistir a la mencionada reunión, fue notificado de la comunicación de la Resolución No 1261 de 20 de junio de 2014, mediante la cual se declara la insubsistencia del actor.

Indicó además que el Gerente obstruyó la entrega de la delegación del cargo impuesto al actor, a la nueva Directora Regional de San Andrés, pues no existe acta de entrega y empalme dispuesto por la ley.

Precisó que mediante Oficio No 2-2014-007974 de 18 de junio de 2014, el Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales de la Dirección General del SENA, le informó que mediante Resolución No 1242 de 18 de junio de 2014, había sido encargada la señora Judith Castañeda García como Directora Regional San Andrés, razón por la cual su encargo como Director de dicha regional había terminado

Expresó además que mediante Resolución No 01257 de 19 de junio de 2014, la entidad accionada derogó la Resolución 1117 de 2014, mediante la cual se había efectuado la delegación especial del actor.

Aseveró que mediante Resolución No 1198 de 13 de junio de 2014, se ordenó aplazar las vacaciones concedidas al actor, a partir del 13 de junio, para disfrutarlas del 24 de junio al 29 de julio de 2014, por los periodos causados entre el 15 de julio de 2009 al 14 de julio de 2010 y el 15 de julio de 2010 al 14 de julio de 2011.

Manifestó que mediante Resolución No 1261 de 20 de junio de 2014, expedida por el Director General del SENA, se **declaró la insubsistencia del nombramiento ordinario** del actor, ordenándole que debía realizar la entrega del puesto de trabajo dentro de los 3 días hábiles siguientes, al servidor público que lo reemplazara, decisión ante la cual no procedía recurso alguno en sede administrativa.

Refirió que con la expedición de dicho acto administrativo, el Director General encargado **confundió la facultad discrecional concedida por el legislador con la arbitrariedad y desviación de poder**, toda vez que por orden y disposición del funcionario en comento, el actor se encontraría desde el 24 de junio hasta el 29 de julio de 2014 en periodo de vacaciones, por lo que la pretendida entrega del cargo resultaba improcedente dentro de los tres días hábiles, ordenados en la comunicación No 2-2014-008048 de 20 de junio de 2014 a la hora 14:54:04 suscrita por el señor Miguel Alejandro Jurado Erazo, quien de forma irregular le ordenó concurrir a las instalaciones de la entidad en la tarde del viernes 20 de junio de 2014, instigándolo así a notificarse del aludido acto de insubsistencia.

En virtud de ello, sostuvo que el acto de insubsistencia además de resultar injusto e inconveniente, al generar el perjuicio de los derechos subjetivos del servidor público en proporciones calculables, es violatorio del Ordenamiento Jurídico.

Precisó, que la expedición del mencionado acto de insubsistencia contraviene lo preceptuado en la ley 734 de 2002, por cuanto el señor GERMAN ANTONIO ORJUELA MEDINA; quien fue designado en su cargo, además de no cumplir con

los requisitos de capacidad personal y profesional, se encontraba en periodo de vacaciones que finalizaba el día 7 de julio de 2014.

Manifestó además que la Directora General del SENA evaluó y calificó los Indicadores de Gestión-Centro de Formación Compromisos Funcionales para el periodo 2013 del señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORENO, quien obtuvo un puntaje de **91,37** sobre el 100%, razón de demás que impedía la declaratoria de insubsistencia del actor, por falta absoluta de causal frente a su desempeño Gerencial Público.

Para finalizar, expresó que mediante sentencia de 26 de agosto de 2014, proferida por la Sala de Decisión No 5 de esta Corporación, le fueron amparados los derechos constitucionales fundamentales al trabajo, al acceso a la administración de Justicia y al debido proceso del actor, razón por la cual en calidad de Restablecimiento del Derecho se ordenó a la entidad accionada, el reintegro del señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, al cargo de Director Regional Grado 07 de la Regional Boyacá.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: Artículo 125 de la Carta Política.

Legales: Ley 119 de 1994, ley 489 de 1998, ley 909 de 2004, ley 1437 de 2011 y Decretos 1972 de 2002, 249 de 2004, 1227 de 2005 y 3696 de 2006.

Indicó que en virtud del artículo 125 superior, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Señaló que en razón a que la naturaleza jurídica del Servicio Nacional de Aprendizaje es la de un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por disposición de la ley 489 de 1998 solamente puede organizar seccionales o regionales, siempre que las funciones correspondientes no estén asignadas a las entidades del orden territorial.

Sostuvo que de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1972 de 2002, la designación de los Directores territoriales o Regionales de los Establecimientos Públicos, se realiza en virtud de un proceso de selección público, abierto y meritocrático, bajo los criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad.

Adujó que si bien es cierto, la ley 909 de 2004 preceptúa que los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción, para la provisión de dichos cargos, los nominadores están sujetos a previsiones como la competencia

profesional y los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo.

Indicó que el artículo 48 de la normativa en comento, señala que los gerentes públicos están sujetos a la responsabilidad de la gestión, por lo que su desempeño debe ser valorado de acuerdo con los principios de eficiencia y eficacia, desempeño que en efecto fue acreditado, por cuanto obtuvo 91,37 sobre el 100%, en la evaluación y calificación realizada por la Directora General de la entidad.

Precisó que dicho cuerpo normativo fue reglamentado mediante el Decreto 1227 de 2015, el cual estableció que los empleos de libre nombramiento y remoción que por virtud de la ley 909 de 2004 hayan sido calificados como de Gerencia Pública, sin perjuicio de la discrecionalidad que los caracteriza, deben proveerse por criterios de mérito, capacidad y experiencia, mediante cualquiera de los procedimiento previstos por el legislador.

En consecuencia, sostuvo que en relación con los cargos que sean provistos mediante concurso de méritos, resulta imperiosa la motivación del acto de retiro, desvinculación o insubsistencia, pues al tratarse de cargos de Gerencia Pública, la administración dejó de lado la consideración subjetiva del nominador, como factor determinante para la escogencia de la persona que habrá de desempeñar el cargo, como si se tratara de proveer un cargo de Carrera Administrativa.

Al respecto, indicó que en decantada jurisprudencia el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha señalado que aun cuando los cargos sean de libre nombramiento y remoción, no tiene cabida la facultad discrecional total frente al retiro o declaratoria de insubsistencia de sus empleados, pues si bien no se requiere la motivación del acto, la norma exige que la autoridad haga constar en la hoja de vida del servidor público los hechos y las razones que motivaron dicha decisión, controlando así la arbitrariedad por parte de la administración.

En tal sentido, precisó que mientras que en los cargos de libre nombramiento y remoción no sujetos a ser suplidos mediante el mérito, prima la relación personal subjetiva entre el funcionario y el nominador; para los cargos de la administración pública que son proveídos por concurso, prima el criterio objetivo.

Por lo anterior, sostuvo que con la expedición del acto acusado el ente accionado vulneró los derecho fundamentales al debido proceso, al trabajo, al buen nombre, a la honra, al mínimo vital y móvil y al libre desarrollo de la personalidad del actor, pues si bien el nominador goza de un margen discrecional razonable en la escogencia frente a los empleados de libre nombramiento y remoción, dicha facultad no es óbice para que pueda removerlos de manera caprichosa, desconociendo además los procedimientos previstos en la constitución y en la ley para proveerlos.

2. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 16 de enero de 2015 (fl. 109) correspondiéndole por reparto a este Despacho y mediante auto de 9 de abril de 2015, la Corporación resolvió admitir la demanda. (fl. 136), decisión debidamente notificada, por lo que la demandada contestó dentro del término legal (fls. 202-227), se fijó fecha para la realización de la Audiencia Inicial, la cual tuvo lugar el 10 de febrero de 2017 (fls. 264-273- CD -274), donde se dispuso en el acápite de otras decisiones que las pruebas documentales decretadas, una vez allegadas las mismas se corriera el traslado a efectuar por la secretaría de la Corporación, vencido el término concedido se procedió al traslado de alegatos de conclusión (fl. 406).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 202-227)

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, el apoderado judicial de la entidad demandada SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Adujó que por mandato expreso de las leyes 443 de 1998 y 909 de 2004, el cargo de Director Regional en las entidades descentralizadas del nivel nacional, no es un empleo de carrera administrativa, sino de libre nombramiento y remoción, de lo que se colige que el hecho de que la escogencia por parte del gobernador y el posterior nombramiento por parte del Director de la entidad, de los Directores Regionales se encuentre precedida de un concurso de méritos, no es óbice para que la persona nombrada tenga una estabilidad especial, similar a la de los empleados públicos de carrera administrativa, pues como lo estatuye el Decreto 1972 de 2002, el proceso de selección público abierto para la integración de las ternas, de ninguna manera implica el cambio de la naturaleza jurídica de los empleos a proveer, así como tampoco limita la facultad discrecional del nominador.

Señaló que si bien es cierto, la ley 909 de 2004 estableció el ingreso a los cargos de libre nombramiento y remoción a través del proceso de selección, reiteró la facultad discrecional del nominador para remover libremente a los gerentes públicos, aun cuando hayan cumplido los acuerdos de gestión.

Respecto a la evaluación de competencias gerenciales para la provisión de empleos de libre nombramiento y remoción, relató que el Decreto 1601 de 2005 en sus artículos 1° y 4° estableció que la provisión meritocrática de los empleos de gerencia pública, no afecta la facultad discrecional propia de la naturaleza del cargo.

Manifestó que además de lo establecido expresamente por los artículos 20 de la ley 119 de 1994 y 23 del Decreto 249 de 2004, en cuanto a la naturaleza de libre remoción del cargo de Director Regional del SENA y que el cargo tenga la

connotación de empleo de **gerencia pública, reitera la naturaleza de libre remoción**, conforme al artículo 47 de la mencionada ley 909 de 2004.

Así las cosas, sostuvo que en razón a la naturaleza de los empleos del nivel directivo, la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción de dichos empleos, no se encuentra limitada a los resultados de la evaluación de la gestión, pues es deber de los gerentes públicos cumplir los acuerdos de gestión, sin que ello afecta la discrecionalidad para su retiro.

Ahora, respecto a la irregularidad en el nombramiento por encargo del señor GERMAN ANTONIO ORJUELA MEDINA, precisó que en razón a que para la **provisión definitiva** de cualquier empleo de Director Regional de los establecimientos públicos del orden nacional, debe efectuarse la conformación de una terna enviada al Gobernador; quien es el encargado de escoger al Director o Gerente Regional o Seccional de la entidad; hasta tanto el empleo sea provisto de manera definitiva, por virtud de la ley, resulta procedente y necesario, proveer el empleo vacante, de manera temporal, mediante la figura del encargo.

En consonancia con lo anterior, indicó que el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, además de reiterar la legalidad del encargo de empleados en otros empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, establece que un empleado puede ser encargado de otro empleo sin necesidad de que deba desprenderse de las funciones del cargo que es titular, por lo que resulta legamente viable que un funcionario ocupe dos empleos de manera simultánea en la entidad.

Adujo, que la Directora General del SENA, en su condición de nominadora, tiene la facultad discrecional para remover al actor, por cuanto el artículo 41 de la ley 909 de 2004 establece como causal de retiro del servicio de los empleos de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento; cuya remoción es discrecional y debe efectuarse mediante acto administrativo no motivado.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: i) falta de Jurisdicción y Competencia, ii) no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado, iii) caducidad, iv) inexistencia del derecho reclamado y omisión al deber de asumir la carga probatoria y, v) no se asume la carga de la prueba en la estimación razonada de la cuantía y las pretensiones de la demanda - Indebida estimación razonada de la cuantía.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante (fls. 411-419)

Dentro de la oportunidad procesal concedida para el efecto, el apoderado del demandante indicó que de conformidad con el material probatorio recaudado, se encuentra acreditado que el Director General encargado del SENA, obró con

arbitrariedad, temeridad y mala fé al expedir el acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento en el cargo de libre nombramiento y remoción del actor, al cual accedió mediante concurso público, abierto y meritocrático, en el sentido de que confundió la facultad discrecional con la arbitrariedad y desviación de poder, por cuanto al actor le estaba previamente reconocido el derecho irrenunciable y adquirido de disfrutar de las vacaciones; las cuales por necesidad del servicio le fueron interrumpidas en los periodos comprendidos entre el 15 de julio y el 14 de julio de los años 2010, 2011, 2012 y 2013.

Precisó que el Director General encargado del SENA violó la prohibición contenida en el numeral 18 del artículo 35 de la ley 734 de 2002, pues encargó tanto la Dirección Regional de San Andrés Islas, como la Dirección Regional Grado 07, a personas que no cumplían con los requisitos de estudio y experiencia exigidos para el ejercicio de los mismos.

Sostuvo además que si bien es cierto en el fallo de tutela proferido por esta corporación, le fue ordenado al Director General, el reintegro del actor dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el mismo se efectuó hasta el 8 de septiembre de 2014, substrayéndole sus funciones por un periodo de cuatro meses, tiempo en el cual la Regional Boyacá fue encargada a dos Directores; circunstancia que conllevó a un detrimento patrimonial del Estado, y en consecuencia, un posible prevaricato y abuso de función pública, razón por la cual solicitó la compulsa de copias a los organismos de control y vigilancia.

Por último, solicitó fuera desestimada la resolución No 2732 de 15 de diciembre de 2016, mediante la cual se retira del servicio al actor, por cuanto la misma no fue decretada en Audiencia Inicial.

4.2. Parte demandada (fls. 426-430)

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, la apoderada judicial del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, reiteró los argumentos del escrito de contestación en el sentido de que no obra en el plenario prueba alguna que acredite el actuar de la administración haya sido contrario a derecho, pues el actor no logró demostrar los móviles o fines que según él fueron la causa real de la declaratoria de insubsistencia, así como tampoco logró demostrar que la función gerencial que desempeñaba hubiese sufrido un desmedro con el inmediato encargo que se hizo de su despacho a los demás directivos.

Reiteró que conforme a la Jurisprudencia del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan motivación alguna, por cuanto la selección de dicho personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Contrario a lo expresado por el actor, sostuvo que no es necesario que el funcionario encargado del cargo de Director tenga vínculos con la región o

idénticas condiciones académicas, toda vez que el Director de la entidad tiene la facultad legal para encargar al funcionario que considere idóneo para asumir temporalmente las funciones.

Por lo expresado, indicó que en razón a que la naturaleza del cargo que ocupaba el señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA, es de libre nombramiento y remoción, el representante legal de la entidad puede ejercer la facultad discrecional de remoción del cargo, en aquellos casos en los cuales los indicadores de gestión gerencial resultan insatisfactorios, no configurándose así la desviación de poder y falsa motivación alegada por el actor.

5. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En la Audiencia Inicial se planteó como problema jurídico a resolver el siguiente (fl. 273 vto), así: *"La declaratoria de insubsistencia del demandante se encuentra viciada de nulidad por configurarse las causales de falta de motivación del acto y/o desvío de poder, alegadas en la demanda?".*

2.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala:

En criterio de la Sala, las pretensiones de la demanda serán accedidas parcialmente, debido a que la entidad demandada estaba en la obligación de motivar el acto de insubsistencia del Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, al haber sido éste, elegido a través de un proceso meritocrático y público, tal y como si se hubiese elegido a un funcionario de carrera, aquella entidad actuó vulnerándole al demandante su derecho al debido proceso, así como los demás principios constitucionales expuestos en precedencia.

Adicionalmente, la falta de motivación de los actos administrativos en situaciones como la del presente caso, genera por parte del Estado, la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, así como la transgresión de los principios del Estado de derecho, principio democrático y, publicidad, que en síntesis, y al ser interpretadas armónicamente, propenden por controlar la arbitrariedad de la administración.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para llegar a una decisión respecto del objeto de la Litis trazada en esta sede, la Sala estudiará los planteamientos propuestos en el problema jurídico, al tenor del siguiente orden expositivo así: i) Antecedentes constitucionales y normativos; ii) Del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto de los nombramientos de cargos de libre nombramiento y remoción; iii) De la naturaleza del encargo; iv) De la naturaleza del cargo de Director Regional del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA y v) Del Caso Concreto.

3.1. Antecedentes constitucionales y normativos

La Constitución Política de 1991, ratificó la importancia de la carrera administrativa y el mérito como principal forma de provisión de empleos del Estado, en el artículo 125, pues dispuso que en los órganos y entidades del Estado los empleos son de carrera **con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción**, los de trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el Legislador.

El Decreto Ley 2400 de 1968 -art. 5°-: Estableció para la provisión de los empleos -clasificados como de libre nombramiento y remoción y de carrera- tres clases de nombramientos: **a) Ordinario**: Para los empleos de libre nombramiento y remoción; **b) En período de prueba**: Para los empleos de carrera, y; **c) Provisional:** Para *"proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera*[1]". El período provisional no podía exceder de cuatro meses.

A su vez, el artículo 26 *ibídem*, dispuso que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a una carrera, podía ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, debería dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Dicho artículo, fue declarado exequible, en sentencia que destaca la necesidad de motivar la decisión, aun cuando dicha motivación se produzca de manera posterior a la expedición del acto de declaratoria de insubsistencia, para de esta manera evitar decisiones arbitrarias y caprichosas de la administración: *"No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda."*[2]

Posteriormente, el artículo 107 del **Decreto reglamentario 1950 de 1973**, dispuso que *"en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento*

[1] *Art. 28 Decreto 1950/73: "Cuanda no sea posible proveer un empleo de carrera con personal seleccionado por el sistema de mérito, podrá proveerse mediante nombramiento provisional. (...)"*
[2] *Corte Constitucional. Sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.*

*ordinario **o provisional**, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados*"[3].

A continuación, **La Ley 61 de 1987**, sobre carrera administrativa, en el artículo 4° dispuso las siguientes clases de nombramientos: el **ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción** y, para los empleos de carrera, previo concurso, en período de prueba o por ascenso, y por nombramiento provisional cuando "*se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado por concurso, según lo dispongan los reglamentos y exclusivamente por necesidades del servicio*". Luego, el artículo 10 de la **Ley 27 de 1992**, previó el **nombramiento ordinario** para los empleos de libre nombramiento y remoción, y para los de carrera, nombramiento en período de prueba o por ascenso.

Con posterioridad, la **Ley 909 de 2004** en su artículo 1°[4], contempló como uno de los empleos en los organismos y entidades de la administración pública, son los cargos de libre nombramiento y remoción. A su vez, el artículo 5° ibídem clasificó los empleos como de carrera administrativa, con excepción de los siguientes:

> *"Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, **con excepción de: (...) 2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios: a) Los de dirección,** conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así: (...).*"

Conforme a lo anterior, es claro dilucidar que la legislación previó una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de manejo y dirección institucional, para lo cual, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Resultando razonable que para la provisión de empleos que impliquen tal condición, **no se requiera superar un proceso de selección por méritos** toda vez que, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

3.2. Del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto de la insubsistencia de cargos de libre nombramiento y remoción

La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto

---

[3] *Hasta la adopción del nuevo régimen de carrera administrativa.*
[4] *Artículo 1°. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública. Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad. De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos: a) Empleos públicos de carrera; b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo; d) Empleos temporales.*

el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2°, establece la **facultad discrecional de remover libremente** a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

> *"(...) ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*
> ***a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;***
> *(...)*
> *PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.*
> ***La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.** (...)".*

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe **precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados**. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad[5].

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional[6] ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes:

a) Debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente,

b) Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza,

c) La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

A través de la sentencia **SU 917 de 2010**, la Corte Constitucional recogió los preceptos constitucionales que le imponen a la administración la obligación de motivar sus actos administrativos, siendo estos los siguientes:

i) Cláusula de Estado de Derecho, fija en el artículo 1° de la Constitución Política, que encierra el principio de legalidad de las actuaciones de los entes públicos, eliminando así la arbitrariedad en sus actuaciones; ya que al imponerse la obligación de motivar las manifestaciones de voluntad, se verifica la sujeción de la administración al imperio de la ley.

---

[5] *Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 25000232500020100025 4-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.*
[6] *CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012.*

ii) Debido proceso, en tanto, el artículo 29 Superior plantea como presupuesto para hacer efectivo el derecho de contradicción y de defensa, que los administrados tengan argumentos que puedan ser controvertidos cuando no están de acuerdo con las actuaciones de las autoridades. De esta forma, cuando en el acto no se expresan las razones que han dado sustento a la decisión, el particular se encuentra en un estado de indefinición derivado de la imposibilidad de expresar los motivos por los que disiente de la decisión tomada, vulnerando así su derecho a controvertir la actuación con la que no está de acuerdo[7].

iii) Principio Democrático. En virtud de los artículos 1°, 123 y 209 de la Constitución, el deber de motivar los actos administrativos materializa la obligación que tienen las autoridades de rendir cuentas a los administrados acerca de sus actuaciones.

iv) Principio de Publicidad. El artículo 209 de la Carta establece que la función administrativa se deberá desarrollar con fundamento en el principio de publicidad. Este mandato se encuentra estrechamente relacionado con los conceptos de Estado de Derecho y de democracia, dado que garantiza la posibilidad de que los administrados conozcan las decisiones de las autoridades, y así puedan controvertir aquellas con las que no están de acuerdo[8].

De igual manera, en la sentencia en comento, la Corte Constitucional recordó que en nuestro actual Estado Social de Derecho no tiene cabida la facultad discrecional total frente al retiro o declaratoria de insubsistencia de sus empleados, aun cuando sus cargos sean de libre nombramiento y remoción, recalcando que esa facultad para retirarlos del servicio, debe entenderse como una facultad en todo caso, relativa, en el sentido que debe dejarse constancia en la hoja de vida, sobre el hecho y la causa que motivaron esa decisión. Así lo dejó de presente la mentada Corporación:

> *"...dentro de los actos administrativos que no requieren ser motivados "están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción". El fundamento de esta excepción ha sido el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, por el cual se modificaron las normas relativas a la administración de personal civil. Dijo la norma:*
>
> *"Artículo 26.-El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida."*
>
> *En la Sentencia C-734 de 2000 la Corte declaró la exequibilidad de este precepto, recordando que la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere ser motivada,* ***aclarando que en todo caso se trata de una discrecionalidad relativa****. Dijo entonces:*
>
> *"En conclusión, resulta claro que la Corte ha admitido, en varias ocasiones, que la autorización dada por el legislador para no motivar los actos de desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, no desconoce la Constitución,* ***lo cual, de otro lado, no significa que tal autorización sea una patente de corso para proceder arbitraria o caprichosamente en estos casos.***

---

[7] *Corte Constitucional, sentencia número T- 204 de 2012.*
[8] *Ibídem.*

(...)

Como se observa, la Corte aclaró que incluso en estos eventos opera una discrecionalidad restringida, pues si bien no se requiere la motivación del acto ***la propia norma exige que la autoridad haga constar en la hoja de vida del servidor público los hechos y las razones que causan la declaratoria de insubsistencia sin motivación****, controlado la arbitrariedad en esas decisiones (motivación posterior)..." (Negrillas y Subrayado fuera del texto original).*

Actualmente, la Ley 1437 de 2011, en su artículo 44, tipificó que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

A su turno, la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, ha considerado de forma reiterada, que la discrecionalidad no implica arbitrariedad, pues todas las decisiones de la administración sin excepción alguna, deben atender el bien común en concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política, según la cual, la función administrativa está al servicio de los intereses generales. De manera que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma en el marco del Estado Social de Derecho y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa[9].

Puntualmente, la Subsección Segunda Subsección "B" con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez en sentencia proferida el **26 de enero de 2017** en el proceso radicado bajo el N°73001-23-33-000-2014-00285-01(3313-15) promovido por Fernando Reyes Moscoso contra la Contraloría Municipal Ibagué sostuvo:

"(..) ***Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan 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.***

(...)

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la ***razonabilidad****, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.* ***El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad***[10]***.***

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado[11] *como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.*

---

[9] *Decreto 001 de 1984. Artículo 36. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.*
[10] *Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 25000232500020100025 4-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.*
[11] *CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012.*

> *Por su parte, el artículo 44 del C.P.A.C.A. establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser "adecuada" a los fines de la norma que la autoriza, y "proporcional" a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la "razonabilidad".*
>
> ***Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido[12], sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.*** *" (Resaltado fuera de texto original)*

Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y **remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma**, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido[13], sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

De otra para, la jurisprudencia del Consejo de Estado de manera cuidadosa, ha **hecho énfasis en la dificultad probatoria** que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener las pruebas necesarias "*que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.*[14]"

Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad.

---

[12] *Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968*
[13] *Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968*
[14] *CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda C.P. Dra. Clara Forero de Castro.*

El Consejo de Estado[15], también ha considerado que las manifestaciones de la desviación de poder admiten por lo menos su clasificación en dos grandes grupos: *"i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario- y ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra"*.

De manera que mientras en el proceso no se encuentren probados los hechos que configuren una falsa motivación o una desviación de atribuciones propias de la autoridad que las ejerza, en los términos anteriormente destacados, el acto administrativo demandado conserva su presunción de legalidad y no podrá ser anulado válidamente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

3.3 De la naturaleza del encargo

De manera puntual, el artículo 23 del Decreto Ley 2400 de 1968[16], en relación con esta figura previó:

> ***"Artículo 23**. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular.*
>
> *Cuando se trate de **ausencia temporal el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en casos de vacante definitiva hasta por el plazo máximo de tres (3) meses**. Vencido este término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales".*

A su turno, el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973[17] dispuso:

> ***"ARTICULO 34**. Hay encargo **cuando se designa temporalmente** a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo".*

En igual sentido, el artículo 24 ibidem consagra que el movimiento del personal en servicio se puede **hacer por traslado, encargo y ascenso**. Se resalta que bajo esta figura el empleado tiene derecho a recibir el sueldo que corresponde al empleo para el cual ha sido encargado; no obstante, en el caso de vacancia temporal, la remuneración se hará de la forma mencionada, siempre que no sea percibida por el titular del cargo.

El artículo 24 de la Ley 909 de 2004 señaló:

> *"Artículo 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.*

---

[15] *sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 29 de junio de 2011. Rad. No. 17001-23-31-000-2007-00712-01 (0752-09).*
[16] *«Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones»*
[17] *«Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil»*

(...)

***Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados** de carrera **o de libre nombramiento y remoción**, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva." (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

En virtud de lo anterior, el encargo se define como la designación que hace el titular que tiene dicha función administrativa de manera temporal a un empleado para que asuma total o parcialmente **las funciones propias de un empleo diferente a aquél para el cual fue nombrado**, con la posibilidad de continuar con las propias del cargo titular, ya sea por vacancia temporal o definitiva.

Así entonces, el encargo será pleno cuando se ejercen la totalidad de funciones y parcial cuando se asume sólo una parte de ellas, constituyéndose, en todo caso, como **una figura temporal** que debe quedar establecida desde el momento mismo de la concesión y que no cuenta con el fuero de estabilidad. Es decir, se trata de un nombramiento que no es indefinido. Así lo sostuvo el Consejo de Estado[18], del cual se destacan los siguientes aspectos:

*"La Corte Constitucional ha dicho que el encargo es "una situación administrativa de creación legal que **le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo.** Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que **se cumple en lapsos cortos**"[19].*

*Así las cosas, tal como lo ha dicho esta Corporación[20]el encargo es una modalidad de provisión temporal de empleos que permite el ejercicio total o parcial de las funciones asignadas a un cargo, **durante la ausencia de su titular**. Para que se pueda hablar de encargo, debe concurrir: (i) que haya un empleo vacante, y (ii) **un empleado público que asuma temporalmente las funciones inherentes a dicho cargo.***

Esta Sección en providencia del 21 de febrero del 2013, dictada dentro del expediente N° 2012-00025-01[21] explicó que la figura de encargo comprende dos situaciones específicas: (a) el encargo total de funciones, en cuyo evento se designa a un empleado público para que cumpla todas las tareas de un empleo distinto del que es titular, caso en el cual se hace indispensable separarse completamente de las actividades propias del cargo y, (b) el encargo parcial de funciones, en cuyo evento, como no se presentaba la transferencia de la totalidad de facultades del empleo encargado, no resultaba necesario separarse del cargo del cual se es titular." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

3.4 De la naturaleza del cargo de Director Regional del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

De manera puntual, la Sala destaca que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - **SENA**, tiene establecida como naturaleza jurídica[22], ser un establecimiento público del **orden nacional** con personería jurídica, patrimonio propio e

[18] *Sección Quinta, en sentencia proferida el 25 de agosto de 2016, radicación número 76001-23-33-004-2016-00193-01 con ponencia del Consejero Doctor Carlos Enrique Moreno Rubio*
[19] *Corte Constitucional, sentencia C-428 del 4 de septiembre de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.*
[20] *Ver sentencia de 5 de noviembre de 2015, expediente 44001-23-31-000-2010-00005-01, M. P. Sandra Ibarra*
[21] *Sección Quinta del Consejo de Estado, C.P. Mauricio Torres Cuervo.*
[22] *Artículo 1 de la Ley 119 de 1994.*

independiente, y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Bajo ese orden de ideas y conforme lo establecido en el artículo 305 de la Constitución Política, son funciones del Gobernador, entre otras las de: *"13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los **gerentes o jefes** seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley." (Subrayas y Negrillas Fuera de Texto).*

Conforme a lo anterior, la primera norma en dictarse a fin de fijar el marco regulatorio de los cargos de Director regional del SENA, se encuentra en los artículos 20 y 21 de la **Ley 119 de 1994** *"Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones"*, cuyo contenido literal de la norma demandada fue el siguiente:

> *"**ARTICULO 20.** Directores Regionales. Las regionales estarán administradas por un Director Regional, que será representante del Director General, **de su libre nombramiento y remoción,** y tendrá la responsabilidad de coordinar, administrar y velar por la ejecución de las actividades del SENA dentro de su jurisdicción.*
>
> ***ARTICULO 21.** Selección y requisitos de los Directores Regionales. **Los Directores Regionales serán seleccionados de ternas que le presenten al Director General, los Consejos Regionales respectivos.***
>
> *Para ser nombrado Director regional, se requiere poseer título profesional universitario, acreditar una experiencia mínima de tres (3) años en cargos de nivel directivo, en áreas relacionadas con la gerencia administrativa, educativa, de formación profesional o desarrollo tecnológico y estar vinculado a la región" (El Texto en negrillas corresponde a los apartes demandados).*

Disposiciones en cita que fueron revisados en algunos de sus apartes por la Corte Constitucional mediante la sentencia número **C- 295 de 1995**, considerando jurisprudencialmente que la remoción de los Directores regionales del SENA, es un **acto libre del Director General de la entidad**, pero el nombramiento de aquel funcionario no lo es, por lo que cada vez que se requiera nombrar a un servidor en ese cargo, será imprescindible haber agotado el trámite establecido en el artículo 305 constitucional, numeral 13, que como ya se dijo, atañe a la competencia exclusiva del Gobernador. Así lo dejó expuesto la Corte:

> *"**5.2. Examen de los cargos de la demanda.***
>
> *Luego del análisis que se ha hecho estima la Corte que las disposiciones acusadas infringen los preceptos de la Constitución. En efecto:*
>
> *- El art 20 de la ley 119 de 1994 dispone, que el "Director Regional", a cuyo cargo se encuentra la administración de cada regional del SENA, es de "libre nombramiento y remoción" del Director General.*
>
> *Resulta contrario al precepto del art. 305-13 el texto legal mencionado, pues si la escogencia del director regional se hace, según se ha visto, por el gobernador de ternas que elabora y le presenta el director general del ente descentralizado, **es obvio que el aludido mandato constitucional condicionó expresamente la facultad de nominación de éste último, pues sólo puede nombrar a la persona escogida por el gobernador**, en virtud de que el ejercicio de su función requiere, como complemento ineludible, la participación activa del gobernador en los términos señalados. **En tal virtud, en el evento de que medie algún impedimento que imposibilite el nombramiento, como por ejemplo la presencia de***

> ***una inhabilidad o incompatibilidad del candidato del gobernador, debe repetirse el proceso de escogencia y nombramiento.***
>
> ***De esta manera se puede afirmar que el nombramiento de un director regional de establecimiento público no es libre**, por parte del director, gerente o presidente del establecimiento, aun cuando si le compete su postulación, a través de las ternas que se le presentan al gobernador, y su nombramiento. **Pero se advierte que la remoción de los directores regionales por el Director General si es libre**.*
>
> *(...)*
> *En razón de lo anotado, se declarará inexequible la expresión "libre" del art. 20, con la advertencia que se consignará en la parte resolutiva. Igualmente se declararán inexequibles el aparte demandando del art. 21 así como el numeral 2 del art. 19 de la ley 119 de 1994, dada la unidad normativa que existe entre estas disposiciones."*

Posteriormente, el parágrafo único del artículo 78 de la Ley 489 de 1998, estableció que *"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."*

Mediante el **Decreto 249 de 2004**, *"Por medio del cual se modifica la estructura del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA"*, en su artículo 23, se dispuso:

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

En este punto, debe enfatizarse en que el nombramiento del respetivo Director regional, conforme a la preceptiva jurídica mencionada, no era libre, en razón a que en su elección participaba el Gobernador del Departamento posterior a un proceso de selección meritocrático, no ocurriendo lo **mismo con la remoción**, que sí lo era, siendo además esta última, una potestad exclusiva del Director General del SENA.

De la norma transcrita, no se observa ningún cambio, en tanto se redujo a plasmar el mismo contenido y alcance que el artículo 305-13 de la Constitución Política, que había otorgado para la elección de esos funcionarios.

No obstante lo anterior, se profirió por el Gobierno Nacional el Decreto 1972[23] de 2002, estableciéndose allí, que la conformación de las ternas se efectuará con personas escogidas mediante un proceso de selección público y abierto. 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

[23] *"Por el cual se reglamenta la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Secciónales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional".*

aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

Así las cosas, el proceso de selección público abierto que se realice, 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); resultando fundamental dejar de presente, que a partir de la expedición del Decreto 1972 de 2002, se cambió por completo la forma como se venía adelantando la escogencia de los futuros Directores territoriales o regionales de los establecimientos públicos, como lo es el SENA, en virtud a que en adelante, la misma llevaría inmersa un proceso público, abierto y, meritocrático, en el que priman las calidades profesionales de los candidatos, y ya no, como ocurre con los típicos empleados de libre nombramiento donde lo que prima es una vinculación personal y subjetiva entre aquel y su nominador.

En otras palabras, se impusieron a través del proceso meritocrático, restricciones a los nombramientos de los Directores de los establecimientos públicos, cuya finalidad fue hacer privilegiar la objetividad y las capacidades académicas, profesionales e intelectuales de los candidatos.

Además, debe tenerse en cuenta que conforme a la Ley 909 de 2004, los cargos de **gerencia pública** corresponden a aquellos que conllevan el ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, siendo de libre nombramiento y remoción. No obstante, en la provisión de tales empleos, sin perjuicio de las facultades discrecionales inherentes a su naturaleza, los nominadores deberán sujetarse entre otras, a las siguientes previsiones[24]:

> "(...)
> *1. Sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que caracteriza a estos "empleos, **la competencia profesional** es el criterio que prevalecerá en el nombramiento de los gerentes públicos.*
>
> *2. Para la designación del empleado se tendrán en cuenta **los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo**, **y se podrá** utilizar 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[25] "(Negrillas y Subrayas Fuera de Texto).*

Por lo cual, no puede desconocerse que según el artículo 48 numerales 5 y 6 de la Ley 909 de 2004: ***i)*** los gerentes públicos están sujetos a la responsabilidad de la gestión, lo que significa que su desempeño será valorado de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia. Además que, el otorgamiento de incentivos dependerá de los resultados conseguidos en el ejercicio de sus funciones; ***ii)*** ese cargo está sujeto a un sistema de evaluación de la gestión.

Para cerrar este acápite de análisis normativo, no puede dejarse de citar el contenido del Decreto 1227 de 2005, por medio del cual entre otros, se

[24] *Artículo 47.*
[25] *Artículo 47.*

reglamentó la Ley 909 de 2004; dicho Decreto estipuló en sus artículos 99, 100 y, 101, textualmente frente a los cargos de gerencia pública, lo siguiente:

> ***"Artículo 99.*** *Los empleos de libre nombramiento y remoción que hayan sido calificados por la Ley 909 de 2004 como de Gerencia Pública, sin perjuicio de la discrecionalidad que los caracteriza, se proveerán por criterios de mérito, capacidad y experiencia, mediante cualquiera de los procedimientos previstos en la mencionada ley.*
>
> ***Artículo 100.*** *El proceso meritocrático para la selección de los gerentes públicos se iniciará mediante la identificación por parte del nominador del empleo o empleos gerenciales que se pretendan proveer en su entidad y de la definición del perfil de competencias.*
>
> ***Artículo 101.*** *Las acciones de capacitación y desarrollo de los gerentes públicos deberán establecerse a partir de la evaluación de los resultados de su gestión y orientarse a la identificación, definición y fortalecimiento de las competencias gerenciales".*

Por todo lo anterior, se concluye que en relación con los cargos de Director Territorial del SENA, que **sean provistos mediante el concurso de méritos, es exigible la motivación del acto de retiro**, desvinculación o insubsistencia, toda vez que en estos casos, se repite, la administración ha decidido voluntariamente instituir el mérito y no la consideración subjetiva del nominador como el factor determinante para la escogencia de la persona que habrá de desempeñar el cargo, como si se tratara de proveer un cargo de carrera administrativa, asumiendo de esta manera todas las consecuencias que de esa decisión se derivan, entre ellas, las de explicar las razones que la lleven a prescindir de los servicios de quien ha sido designado mediante ese procedimiento.

4. CASO CONCRETO

A efectos de desatar el problema jurídico planteado, la Sala desarrollará los siguientes puntos: ***i)*** *De los hechos probados dentro del proceso – Vinculación laboral del demandante;* ***ii)*** *De los cargos de nulidad elevados por el actor contra la* **Resolución No 01261 de 20 de junio de 2014**, expedida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Director Regional Grado 07 de la Regional Boyacá desde el 21 de junio hasta el 7 de septiembre de 2014, *(Falsa motivación)*.

4.1. De los hechos probados dentro del proceso – Vinculación laboral del demandante

De acuerdo con el material probatorio allegado al plenario, la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

- Que el Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, surtió un proceso de selección, adelantado por la Universidad Nacional, según inscripción N° 200145 (fls. 16 y s.s anexo 1).

- Que como consecuencia del proceso de **convocatoria N° 001 de 2011**, adelantado por la Universidad Nacional, se **conformó la terna** con los mayores puntajes que se relacionaron en el oficio N° 2-2012-004008 del

13/03/2012 (fl. 48 – anexo 1), suscrito por el Director General del SENA y que dirigió al Gobernador del Departamento de Boyacá, de la siguiente manera:

> *"(...)*
>
> *De conformidad con lo establecido por el numeral 13 del artículo 305 de la Constitución Política, la Ley 489 de 1998 y el Decreto 1972 de 2002 (Modificado por el Decreto 307 de 2005), de manera atenta le remito la terna de aspirantes al cargo de Director Regional Grado 07 del SENA Regional Boyacá, con las correspondientes hojas de vida de las siguientes personas, que relaciono en orden alfabético:*
>
> - *BARRERA MORA NÉSTOR ALFREDO*
> - *MARTINEZ MARTIN JUAN CARLOS*
> - *OCHOA JIMÉNEZ ANA ELVIA*
>
> *(...)"*

- Que el Gobernador de Boyacá de la época, suscribió el oficio fechado del 4 de abril de 2012 N° 1-2012-007445 y dirigido al Director General del SENA, mediante el cual comunicó que eligió al Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, por ser el perfil con el mayor puntaje ponderado en desarrollo del proceso de selección, surtido por la convocatoria N° 001 de 2011, indicando expresamente:

> *"En atención a lo contemplado en el artículo 4 del Decreto 1972 de 2002, modificado por el artículo 1° del Decreto 307 de 2005, donde se faculta al Gobernador del Departamento, para determinar dentro de la terna enviada por el Representante Legal del Establecimiento Público,* ***el nuevo Director Regional Grado 007 del SENA Regional Boyacá.*** *Me permito informar que he escogido el perfil con el mayor puntaje total ponderado, en el proceso de selección adelantado por la Universidad Nacional de Colombia, en el concurso abierto hecho por la convocatoria 001 de 2011, que corresponde al* ***Señor Néstor Alfredo Barrera Mora.***
>
> *Con lo anterior, doy cumplimiento a la comunicación N° 2-2012-004008 expedida por su despacho". (N y SFT)*

- Que la coordinadora del grupo de relaciones laborales del SENA-Dirección general, certificó lo relacionado con la publicidad en la web de la hoja del demandante, indicando que no se presentaron comentarios relacionados para que el Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, desempeñara el cargo de Director Regional Grado 07 de la Regional Boyacá del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA (fl. 53-anexo 1).

- Que en la **Resolución N° 00896 del 09 de mayo de 2012**, se ordenó una novedad de personal, relacionada con la vinculación del Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, al cargo de Director Regional Grado 07 de la Regional Boyacá del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA (fl. 54 – anexo 1).

- Que el Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, recibió comunicación de nombramiento como Director Regional de Boyacá - Grado 07, con oficio N° 2-2012-008342 (fl. 55 – anexo1) y aceptación por parte del interesado (fl. 56-anexo1), tomando posesión el 09 de mayo de 2012 (fl. 57 – anexo 1).

- Que según la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Apoyo administrativo mixto del SENA, el demandante, laboró en la entidad desde el 15 de julio de 2004 hasta el 20 de junio de 2014, desempeñando diferentes cargos descritos así:

CARGO	PERIODO	OBSERVACIONES
Subdirector Grado 02	15/07/2004 a 08/05/2012	
Director Grado 05	02/01/2007 a 23/01/2007	
Director Grado 07	01/07/2008 a 21/07/2008	Encargo (sin desprenderse de las funciones del cargo y sin diferencia salarial).
Director Grado 07	**09/05/2012 hasta el 20/06/2014**	**Ordinario**
Subdirector Grado 02	04/06/2012 a 07/06/2012	Encargo (sin desprenderse de las funciones del cargo y sin diferencia salarial).
Subdirector Grado 02	08/06/2012 a 07/07/2012	Encargo (sin desprenderse de las funciones del cargo y sin diferencia salarial).
Subdirector Grado 02	17/07/2012 a 11/08/2012	Encargo (sin desprenderse de las funciones del cargo y sin diferencia salarial).
Subdirector Grado 02	28/09/2012 a 07/10/2012	Encargo (sin desprenderse de las funciones del cargo y sin diferencia salarial).
Subdirector Grado 02	02/11/2012 a 08/11/2012	Encargo (sin desprenderse de las funciones del cargo y sin diferencia salarial).
Subdirector Grado 02	02/07/2013 a 22/07/2013	Encargo (sin desprenderse de las funciones del cargo y sin diferencia salarial).
Director Regional San Andrés	06/06/2014 a 20/06/2014	Encargo (sin desprenderse de las funciones del cargo y sin diferencia salarial).

- Que con la Resolución N° 1077 de 2014 (fl. 38) del 03 de junio de 2014, el Director General (e), concedió al Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, el disfrute de sus vacaciones desde el 13 de junio al 21 de julio de 2014, ambas fechas inclusive.

- Que a través Resolución No 1117 de 6 de junio de 2014, en ejercicio de sus atribuciones legales y reglamentarias, el Director General (E), delegó al Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, en calidad de Director Regional de Boyacá, para que adelantara las actuaciones administrativas y misionales de la Dirección Regional San Andrés (fl. 39).

- Que la Resolución N° 01257 del 19 de junio de 2014, se derogó la Resolución N° 1117 de 2014 (fls. 52-53).

- Que mediante la Resolución N° 1198 de 2014, del 13 de junio de 2014, se dispuso aplazar las vacaciones concedidas (fl. 41).

- Que la **Resolución N° 1261 del 20 de junio de 2014** (fl. 37), declaró la insubsistencia del nombramiento en el cargo de Director Regional Grado 07 que desempeñaban el Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, bajo las siguientes consideraciones:

> *"Que de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la ley 119 de 1994, en el inciso segundo del parágrafo 2° del artículo 41, en el artículo 47 numerales 1° y 2°, en el parágrafo del artículo 50, en el literal a) del artículo 41 de la ley 909 de 2004, en los cargos de dirección, gerencia pública y libre remoción, el retiro del servicio es discrecional y se efectúa mediante acto administrativo no motivado.*
>
> *Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 3696 de 2006, y en el artículo 3 del Decreto 250 de 2004, el empleo de Director Regional Grado 07 es del Nivel Directivo y se encuentra dentro de la planta de personal del SENA.*
>
> *Que por disposición del artículo 23 del Decreto 249 del 28 de enero de 2004, "Las Direcciones Regionales y la Dirección del Distrito Capital serán ejercidas por un Director de libre remoción, que será representante del Director General (...)*
>
> *Que el Doctor Néstor Alfredo Barrera Mora, se desempeña en calidad de nombramiento ordinario en el cargo de Director Regional Grado 07 de la Regional Boyacá.*
>
> ***RESUELVE***
>
> *ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la insubsistencia del nombramiento ordinario del doctor Néstor Alfredo Barrera Mora, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.346.500, en el empleo de Director Regional Grado 07 de la Regional Boyacá (...)"*

- Que a través de la Resolución N° 01875 del 29 de agosto de 2014, se ordenó el reintegro al cargo que desempeñaba el Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, en cumplimiento de una orden judicial de tutela (fls. 68-69- anexo 1), destacándose los siguientes apartes:

> *"ARTÍCULO SEGUNDO: El Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA deberá dentro del término dispuesto por el numeral 1.3 del artículo primero del fallo de tutela proferido por el Tribunal Contenciosos de Boyacá en Sala de decisión N° 5 del 26 de agosto de 2014, informar al SENA sobre la interposición de la demanda de nulidad de restablecimiento del derecho, si dentro del término dispuesto no se presenta el informe se declara la pérdida de fuerza de ejecutoria de este acto administrativo".*

- Que con la Resolución N° 01265 del 20 de junio de 2014, se reportó una nueva novedad relacionada con que el Señor GERMAN ANTONIO ORJUELA, desempeñaría el cargo de Director Regional de Boyacá, grado 07 (fl. 55).

- Que según certificación 0585 del 10 de julio de 2015, el Coordinador del Grupo de relaciones laborales del SENA- Dirección General, certifica que el Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, estuvo desvinculado de la entidad 81 días (Sic), comprendidos entre el **20 de junio de 2014 y el 08 de septiembre de 2014** (fl.194- anexo1).

- Que con la certificación 0606 del 21 de julio de 2015, el Coordinador del Grupo de relaciones laborales del SENA- Dirección General, certificó que GERMAN ANTONIO ORJUELA MEDINA, mediante Resolución N° 01265 del 20 de junio de 2014, fue encargado como Director Regional Grado 07 en el Despacho regional de Boyacá, hasta el 07 de septiembre de 2014 (fl. 195- anexo1).

- Que mediante Resolución N° 2732 del 15 de diciembre de 2016, se retiró del servicio al demandante, como consecuencia de una inhabilidad sobreviniente, con base en un fallo de responsabilidad fiscal (fls. 403-405).

- Que según el manual específico de funciones, requisitos mínimos y competencias laborales, la denominación del cargo desempeñado por NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, corresponde a nivel directivo, código 1040, jefe inmediato Director General (fls. 49-51), cuyo propósito principal es:

> *"Dirigir, organizar, formular políticas y adoptar los planes, programa y proyectos, para concluir con el desarrollo social, económico, educativo y tecnológico del país, en cumplimiento de las funciones, misión, visión y objetivos institucionales dentro de la jurisdicción regional."*

De acuerdo con el material probatorio allegado e incorporado en debida forma se verifica por la Sala que el Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, fue elegido como Director Regional Grado 007 del SENA Regional Boyacá, sin determinación de periodo, en razón a que obtuvo el **mayor puntaje total ponderado, en el proceso de selección** adelantado por la Universidad Nacional de Colombia, como consecuencia del concurso abierto hecho por la convocatoria 001 de 2011, cargo que desempeñó hasta el 20 de junio de 2014, en virtud a que mediante la Resolución N° 1261 del 20 de junio de 2014, fue declarada la insubsistencia del nombramiento en el cargo que desempeñaba.

De igual manera, está plenamente determinado que el demandante fue **reintegrado** en el cargo de Director Regional Grado 007 del SENA Regional Boyacá, en cumplimiento de una orden de tutela, por lo que estuvo desvinculado de la entidad en el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2014 y el 07 de septiembre de 2014.

Adicionalmente para la Sala, está plenamente demostrado que el demandante NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, fue retirado del cargo Director Regional Grado 007 del SENA Regional Boyacá, esta vez, **como consecuencia de una inhabilidad sobreviniente**, con base en un fallo de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría General de la República ; decisión contenida en la Resolución N° 2732 del 15 de diciembre de 2016 (fls. 403-405) debiéndose hacerse efectiva cinco (5) días hábiles siguientes a la expedición de la Resolución; siendo entonces, por causa, hechos y razones diferentes a los analizados en el presente caso.

4.2 De los cargos de nulidad elevados contra la Resolución No 01261 de 20 de junio de 2014

- ***Falsa motivación***

El Consejo de Estado, en sentencia del 14 de abril de 2016, proferida dentro del proceso con Rad. No. 25000-23-24-000-2008-00265-01, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso, indicó que los motivos de un acto administrativo constituyen uno

de sus **fundamentos de legalidad**, a tal punto, que cuando se demuestra que estas razones que se expresan en el acto, como fuente del mismo, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación.

Por ello, explicó que el vicio de nulidad es el que afecta el elemento causal de la decisión, relacionado con los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición y, por ello, el impugnante tiene la carga de demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.

En virtud de lo anterior, dicha Corporación precisó que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando:

i) Se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública.
ii) Los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas.
iii) Porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y
iv) Porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.

No hay que olvidar que tal y como e expuso en la parte considerativa la falta de motivación de los actos administrativos genera por parte del Estado, la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, así como la transgresión de los principios del Estado de derecho, principio democrático y, publicidad, que en síntesis, y al ser interpretado armónicamente, propenden por controlar la arbitrariedad de la administración.

En esta misma línea, la Ley 1437 de 2011, en su artículo 10°, estableció el deber y la obligatoriedad de las autoridades que *"Al resolver los asuntos de su competencia, (...) las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas"*.

Aunque no fue plasmado como un cargo de violación o enmarcado en causal de nulidad, la Sala no puede pasar por alto que el Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, ejerció como Director Regional de Boyacá, y a la vez, a través de encargos se desempeñó sin remuneración salarial en otras dependencias de la entidad, llamando la atención de la Sala que al demandante le fue concedido el disfrute de sus vacaciones en el periodo comprendido del 24 de junio al 29 de julio de 2014, no obstante por necesidades del servicio fueron suspendidas, y el acto enjuicie de desvinculación lo releva de su cargo el 20 de junio de 2014, es decir a 4 días antes del disfrute del periodo vacacional previamente otorgado, aspectos que dejan entrever el desconocimiento por parte de la entidad de los principios de la función pública.

Ahora bien para el *sub judice,* de acuerdo a lo reseñado a nivel considerativo y probatorio, si bien el cargo ocupado por el demandante en el SENA, es decir, el de Gerente Regional Boyacá, grado 07, es de libre remoción, no deja de ser menos cierto que para proveerlo, se **acudió a un proceso público**, en el que priman siempre las calidades académicas y profesionales de los aspirantes, es decir, el cargo se provee por méritos.

En razón a lo anterior, no puede predicarse que para el cargo ocupado por el Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, la administración podía declararlo insubsistente **sin proceder a la motivación del respetivo** acto administrativo, en la medida que el marco normativo vigente, instituyó el mérito y no la consideración subjetiva del nominador como el factor determinante para la escogencia de la persona que habrá de desempeñar el cargo, como si se tratara de proveer un cargo de carrera administrativa; por lo que, dicha connotación obligaba a la administración asumir todas las consecuencias de esa decisión, entre las que se destacan **la de explicar las razones que la lleven a prescindir de los servicios** de quien ha sido designado mediante ese procedimiento.

Es así como, al revisar las consideraciones expuestas en el Resolución N° 1261 del 20 de junio de 2014 (fl. 37), la entidad demandada a través del Director General se **limitó a la trascripción normativa, sin realizar un análisis, concreto y motivado** respecto al retiro del servicio en el cargo de Director Regional De Boyacá que el Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, venia desempañando desde el 09 de mayo de 2012 y hasta el 20 de junio de 2014.

En consecuencia, para los cargos de libre nombramiento y remoción no sujetos a ser suplidos mediante el mérito, siempre prevalecerá la relación personal subjetiva entre el funcionario y el nominador, entendidos como aquellos cargos de confianza y manejo, en donde por supuesto, no puede atarse su insubsistencia a mayores procedimientos reglados.

No obstante, para los cargos de gerencia pública que son aprovisionados por concurso, tal y como ocurre en el *sub lite*, por disposición expresa del **artículo 23 del Decreto 249 de 2004,** no puede predicarse esa confianza, por la preponderante razón que se busca sean ocupados con personas de las más altas calidades a través de un concurso, motivos anteriores por los que sin lugar a dudas la Sala declarará la nulidad de la Resolución N° 1261 del 20 de junio de 2014, mediante la cual de declaró insubsistente el cargo que el demandante desempeñaba, como consecuencia de haber sido proveído de forma objetiva, **advirtiéndose que la norma en cita no determinó el periodo** respecto del desempeño en el cargo de Director Regional del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, por lo que consolida con mayor fuerza que la desvinculación debía contener motivaciones y razones expresas.

Aunado a lo anterior y teniendo en cuenta que un acto administrativo motivado es aquel que explica de manera clara, precisa y detallada cuáles son las razones específicas de la decisión que se toma, para la Sala está probado que ello no

aconteció cuando se produjo la Resolución N° 1261 del 20 de junio de 2014, por lo que efectivamente el demandante tiene derecho a que la entidad lo reintegrara como evidentemente sucedió en cumplimiento de la sentencia de tutela proferida por la Sala de Decisión N° 05 de esta Corporación el 26 de agosto de 2014 (fls. 56 a 82), **por lo que la orden transitoria dada en dicha oportunidad se convierte en definitiva a través de este medio ordinario de control de legalidad.**

De igual manera reitera la Sala que el presente asunto no se discute la facultad discrecional del Director General del SENA, para hacer uso de las causales de retiro amparadas por el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, cuando el cargo corresponde al de Director Regional, **sino la obligación de motivar** el acto de retiro del servicio cuando el cargo a desempeñar sea de aquellos que fueron sometidos a un proceso de mérito o de otra manera, el Constituyente y el Legislador no hubiesen plasmado de forma tan reglada y estricta el procedimiento que regula su escogencia.

En estas condiciones, concluye la Sala que el actor logró desvirtuar la presunción de legalidad que le asiste al acto administrativo demandado Resolución N° 1261 del 20 de junio de 2014; sin embargo, se aclarará respecto al restablecimiento del derecho, en el sentido de establecer que **no habrá lugar a reintegrar** al señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA al cargo de Director Regional Grado 07 de la Regional Boyacá, habida consideración que el demandante fue **restituido** en cumplimiento de una orden de tutela, por lo que estuvo **desvinculado de la entidad únicamente** ochenta y un (81) días, comprendidos entre el 20 de junio de 2014 y el 08 de septiembre de 2014 y el actual retiro del servicio obedece a una inhabilidad sobreviniente y a causa diferente al objeto en litis, esto es, como consecuencia de un fallo de responsabilidad fiscal, contenida en la Resolución N° 2732 del 15 de diciembre de 2016 (fls. 403-405).

Consecuentemente con lo anterior, únicamente se ordenará reconocer, liquidar y pagar los salarios y demás emolumentos dejados de percibir por el señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, por el lapso que estuvo **desvinculado de la entidad** comprendidos entre el **21 de junio de 2014 y hasta el 7 de septiembre de 2014**, junto con el pago de los aportes por este período a las entidades de Seguridad Social. **Con la salvedad que si la entidad demandada ya efectuó dicho pago, no habrá lugar a un doble reconocimiento.**

Las sumas cuyo reconocimiento ordena esta sentencia, serán ajustadas en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., de conformidad con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice

inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

4.3 De las demás pretensiones

Ahora bien teniendo en cuenta que el demandante, a través de apoderado, solicitó le fuera reconocido por **concepto de perjuicios morales** el equivalente a 3000 SMLMV, tal *petitum* se **negará**, pues no fue probado dentro del plenario la presencia de un daño de esta naturaleza que deba ser indemnizado patrimonialmente. Sobre el particular debe reiterarse que el daño para que pueda ser indemnizado debe ser antijurídico cierto y concreto; por ello, es un imperativo que quien alegue sufrirlo debe probarlo, circunstancia que se repite no se observó en el caso concreto.

En relación a la condena de la entidad al pago de $20.000.000,oo, derivados de los honorarios del profesional del derecho que adelantó el trámite de tutela en primera y segunda instancia, mediante el cual se ordenó el reintegro del actor, la Sala lo determinara al momento de la condena en costas, sujetas a la respectiva acreditación al momento de la liquidación.

Finalmente, respecto de lo solicitado y correspondiente a los créditos de mejoramiento de vivienda familiar y al pago de $21.115.846,oo, derivadas del crédito de vehículo automotor, la Sala en virtud de lo aportado avizora que únicamente reposa una asesoría de los productos de crédito del 22 de agosto de 2014 (fl. 86) por parte de la Dirección Nacional de Cobranzas, sin identificación de número de cuotas y valor en mora; de igual manera del estado de cuenta de FINANCIAL SERVICES (fl.87), no está consignado ningún concepto pendiente por cancelar por parte del Señor NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA, por lo cual esta instancia despachará negativamente lo pretendido por la parte demandante en relación a los perjuicios materiales.

5. CONDENA EN COSTAS

En virtud de lo preceptuado en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, así como el criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, **incluyendo agencias en derecho** que deben ser acreditadas al momento de la liquidación, que a pesar de ser objetivo se le califica de "*valorativo*"[26], la Sala condenará en costas a la **parte accionada** en razón a que aparece probada la causación de gastos y la entidad fue vencida en el proceso. Su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, deberá ser

[26] *CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.*

llevada a cabo una vez quede en firme esta providencia, siguiendo lo dispuesto en el artículo 366 del CGP[27].

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad **Resolución No 01261 de 20 de junio de 2014**, expedida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Director Regional Grado 07 de Boyacá, desde el 21 de junio de 2014 y hasta el 7 de septiembre de 2014, por los motivos antedichos.

SEGUNDO: ORDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - **SENA** reconocer y pagar a favor del señor **NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA**, identificado con C.C. No. 19.436.500, los sueldos y prestaciones dejados de devengar únicamente desde el 21 de junio de 2014 y hasta el 7 de septiembre de 2014, con los ajustes de ley y efectuando las deducciones correspondientes, entendiéndose que no hubo solución de continuidad. **Si la entidad demandada ya efectuó dicho pago, no habrá lugar a un doble reconocimiento.**

TERCERO: ORDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - **SENA** actualizar la condena, como lo ordena el artículo 178 del CCA, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago, por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente para cada pago salarial y prestacional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: De las sumas que resulten a favor de la demandante se descontará el valor de lo que le hubiera sido pagado por concepto de indemnización en virtud de la desvinculación, si fuere el caso.

QUINTO: ORDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - **SENA** dar cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del CCA y observar lo dispuesto en el artículo 177 y 178 *ibídem*.

---

[27] *Sobre la etapa procesal y la forma de liquidar las costas, incluyendo las agencias en derecho, ver: TAB, 22 May. 2018, e150013333013201300095-01, F. Afanador.*

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la **parte demandada**, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA y el numeral 1° del artículo 365 del CGP, incluyendo agencias en derecho. Por Secretaría, procédase a la liquidación correspondiente siguiendo el procedimiento indicado en el artículo 366 *ibídem*.
OCTAVO: La presente sentencia deberá ser cumplida en los términos de los artículos 187 y 192 a 195 del CPACA.

NOVENO: En firme la presente sentencia, libradas las comunicaciones respectivas y liquidadas las costas, **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias de rigor.

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No. 4 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

Ausente Con Permiso

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. Rad. 150012333000-**2015-00105**-00
Accionante: NÉSTOR ALFREDO BARRERA MORA
Accionado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - **SENA**

122 2019