



543

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “E”
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN
Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020)

Expediente: 11001-33-31-013-2010-00251-02
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Alberto Enrique Bermúdez Parrado
Demandado: Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural,
Departamento de Cundinamarca e Instituto Colombiano
Tema: Agropecuario ICA
Concurso de méritos - nombramiento

1. ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por las entidades demandadas contra la sentencia proferida el veinte (20) de octubre de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., que accedió a las súplicas de la demanda.

2. PRETENSIONES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral y por conducto de apoderado, el señor Alberto Enrique Bermúdez Parrado instauró demanda contra Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en adelante MADR, Departamento de Cundinamarca y el Instituto Colombiano Agropecuario¹, en adelante ICA, con el objeto de obtener la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 000678 del 15 de febrero de 2010, por medio del cual el Gerente del ICA nombró al señor Manuel Enrique Sanabria Bernal para desempeñar el cargo de Gerente Seccional Cundinamarca del ICA, Código 0042 grado 15 y, el Oficio No. 013 del 11 de febrero de 2010, mediante el cual el gobernador de Cundinamarca designó y seleccionó al señor Manuel Enrique Sanabria Bernal para desempeñar el cargo de Gerente Seccional del ICA.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, el demandante reclama las siguientes pretensiones:

- Ordenar al departamento de Cundinamarca y al ICA designar, seleccionar, nombrar y posesionar al demandante en el empleo de Gerente Seccional Cundinamarca código 042 grado 15, o a otro igual o de superior jerarquía.
- Se condene a las entidades demandadas a pagar al demandante todos los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones y cesantías dejadas de percibir, correspondientes al cargo de Gerente Seccional Cundinamarca código 042 grado 15, desde el 15 de febrero de 2010, fecha de designación y posesión del señor Manuel Enrique Sanabria Bernal, hasta cuando sea efectivamente posesionado en ese cargo el accionante.

¹ Ver fls. 61-81 del exp.

- Que para todos los efectos se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, desde el 15 de febrero de 2010, hasta la fecha real en que el actor se posesione en el cargo de Gerente Seccional Cundinamarca – ICA.

3. HECHOS

Los relatos por el demandante, sintetizados por la Sala y, que tienen relevancia jurídica son los siguientes²:

- El ICA realizó una convocatoria pública y abierta a concurso de méritos para conformar una lista de candidatos a la terna para la designación de los gerentes seccionales del ICA, de acuerdo con la Ley 909 de 2004. La convocatoria pública se realizó en la página web de la ESAP y del ICA.
- Dentro de los plazos previstos en la convocatoria el demandante presentó los documentos exigidos y fue admitido para participar en el concurso. Luego presentó la prueba escrita de conocimientos, cuyos resultados fueron publicados por la ESAP y el ICA en el listado denominado “Consolidado resultados prueba escrita de conocimientos”, en cuyo numeral 3 aparece el número de inscripción 152306 que corresponde al demandante, quien obtuvo un puntaje de 35, al que le correspondió una calificación porcentual de 71.43.
- Continuando el respectivo proceso, el actor presentó la prueba de entrevista cuyos resultados fueron publicados tanto en la ESAP como en el ICA en sus respectivas páginas web, en el listado denominado “Resultados pruebas de entrevistas y antecedentes”, allí en el numeral 1.º, aparece el número de inscripción 152306 del actor, quien obtuvo el puntaje de 72, con peso porcentual de 10.80 y, en la validación de antecedentes, un puntaje de 100, con peso porcentual de 20.
- El 3 de diciembre de 2009 se publicaron los resultados finales en las páginas de la ESAP y del ICA, en un listado denominado “Resultados definitivos prueba escrita de conocimientos, entrevista y valoración de antecedentes”, en el cual el demandante ocupó el puesto No. 1, con los siguientes puntajes: i) prueba de conocimientos: 46.43, ii) entrevista: 10.80 y iii) valoración de antecedentes: 20, para un total de 77.23.
- Según el listado publicado el 4 de diciembre de 2009, se conformó “La lista de candidatos a la terna designación Gerente Seccional ICA – Departamento de Cundinamarca”, dentro de la cual aparece el demandante con el número de inscripción 152306, por haber ocupado el primer lugar en la convocatoria.
- Como el demandante no recibió ninguna comunicación de su nombramiento, a través de la página del ICA solicitó información al respecto, la cual le fue dada mediante el Oficio No. 20102100617 del 27 de enero de 2010 suscrito por el Gerente General del ICA, en el cual le indicó que el día 14 de enero de 2010 se había enviado la terna a la gobernación de Cundinamarca y que en su oportunidad se conocerían los resultados a través de la página web del ICA.
- El 8 de febrero de 2010 el actor se comunicó telefónicamente con el Asesor del Despacho de la gobernación de Cundinamarca, quien lo citó para una reunión el día 9 de febrero de 2010 a las 10:00 am, en las instalaciones de esa entidad. En dicha reunión se le realizó al demandante una entrevista, la cual no estaba señalada en los términos de la convocatoria

² Ver fls. 62-64 del exp.

544

correspondiente, y luego de terminada se le informó que en su oportunidad el gobernador tomaría la decisión del caso.

- El 18 de febrero de 2010 en la página web del ICA se publicó la designación del señor Manuel Enrique Sanabria Bernal como el nuevo Gerente Seccional del ICA-Cundinamarca.
- Mediante el Oficio No. 013 del 11 de febrero de 2010, el gobernador de Cundinamarca le informó al Gerente General del ICA, que una vez revisadas las hojas de vida y realizada la entrevista correspondiente, se había designado al señor Manuel Enrique Sanabria Bernal.
- Por Resolución No. 000678 del 15 de febrero de 2010, el Gerente General del ICA, nombró en el empleo de Gerente Seccional 0042-15 al señor Manuel Enrique Sanabria Bernal, del cual se posesionó mediante el Acta No. 240 del 15 de febrero de 2010.

4. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

4.1 Instituto Colombiano Agropecuario - ICA

Mediante apoderado, el ICA³ contestó la demanda pronunciándose sobre cada uno de los hechos, oponiéndose a las pretensiones de la demanda mediante los siguientes argumentos:

- La actuación del gerente general del ICA consistió en enviar al gobernador, mediante el Oficio No. 20102100184 del 13 de enero de 2010, la terna con las personas que ocuparon los 3 primeros puestos en el concurso de méritos, según lista suministrada por la ESAP, entidad encargada de adelantar dicho proceso.
- Según lo dispuesto en el artículo 304 de la Constitución Política, son parte de las funciones del gobernador escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen dentro del departamento, de acuerdo con la ley, esta disposición constitucional fue reproducida por el artículo 78 de la Ley 489 y el artículo 1.º del Decreto 1792 de 2002.
- Es así como, el gerente general del ICA, no tiene la facultad para nombrar al gerente seccional de Cundinamarca, pues esta se encuentra en cabeza del gobernador.
- Además, debe tenerse en cuenta que el objeto del concurso de méritos no era otro diferente al de la elaboración de una lista de candidatos para conformar la terna de la designación del gerente seccional del ICA.
- Por lo tanto, no existe vulneración alguna de los derechos del actor, puesto que la actuación se dio de acuerdo con la ley, ya que al tratarse de un cargo de periodo fijo no es aplicable el artículo 125 de la Constitución, pues tal disposición opera respecto a cargos de carrera administrativa.
- La figura del concurso de méritos para la conformación de ternas se realiza para seleccionar los mejores tres candidatos, de los cuales el nominador, en ejercicio de la discrecionalidad, puede escoger a cualquiera de los integrantes de esta.

³ Ver fls. 98-108 Y 370-378 del exp.

- Por las razones expuestas deben ser negadas las pretensiones de la demanda y, en caso de accederse a la nulidad de los actos administrativos demandados, no se condene al ICA a pago alguno de salarios y prestaciones, toda vez que esta entidad solamente dio cumplimiento a la designación realizada por el gobernador de Cundinamarca.

4.2 Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

Mediante apoderada⁴ contestó la demanda pronunciándose sobre cada uno de los hechos, oponiéndose a las pretensiones de la misma mediante los siguientes argumentos:

- Tanto la Ley 489 de 1998 como el Decreto 1972 de 2002, disponen que el nombramiento de los directores o gerentes regionales o seccionales serán escogidos por el gobernador, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo.
- La figura del concurso de méritos para la conformación de ternas se realiza para seleccionar los mejores tres candidatos, de los cuales el nominador, en ejercicio de la discrecionalidad, puede escoger a cualquiera de los integrantes de esta.
- Ese ministerio no tiene legitimidad en la causa por pasiva, toda vez que los actos administrativos demandados fueron proferidos por el gerente del ICA y por el gobernador de Cundinamarca, los cuales nada tienen que ver con las funciones de la entidad.

4.3 Departamento de Cundinamarca

Mediante apoderada, el departamento de Cundinamarca⁵ contestó la demanda, pronunciándose sobre cada uno de los hechos, oponiéndose a las pretensiones de la demanda mediante los siguientes argumentos:

- Los derechos fundamentales del actor al debido proceso o al acceso a desempeñar cargos públicos no han sido vulnerados en ningún momento por la gobernación de Cundinamarca, toda vez que, el demandante pese a ocupar el primer puesto del concurso realizado por el ICA, lo hizo para estar incluido en la terna y el gobernador actuó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º del Decreto 1972 de 2002, el cual expresamente señala que el director o gerente regional o seccional será escogido por el gobernador de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo.
- El proceso de selección público para la integración de la terna no implica el cambio de naturaleza jurídica de los empleos a proveer y tampoco limita la facultad discrecional del nominador, como lo señala expresamente el artículo 3.º del Decreto 1972 de 2002.
- El gobernador en ningún momento se apartó de la facultad que le otorga la ley de escoger el candidato más idóneo dentro de los ternados, razón por la cual, no existió vulneración de ningún derecho del demandante.

5. SENTENCIA APELADA

El juez de primera instancia accedió a las súplicas de la demanda⁶, bajo las siguientes consideraciones:

⁴ Ver fls. 147-151 del exp.

⁵ Ver fls. 157-163 del exp.

⁶ Ver fls. 433-448 del exp.

525

- Esta probado dentro del expediente que el ICA realizó una convocatoria pública dentro del concurso de méritos que tuvo como objeto la conformación de la lista de candidatos a la terna para la designación del gerente seccional del ICA, en el cual participó el actor quien ocupó el primer lugar.
- El cargo de gerente seccional del ICA es de libre nombramiento y remoción, sin embargo, en el presente caso hay que dar aplicación a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional expuesta en la sentencia C-181 de 2010, que al estudiar la constitucionalidad del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, que contiene la regulación para el nombramiento de los gerentes de las empresas sociales del estado mediante concurso de méritos, señaló que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, los criterios de selección objetiva pueden aplicarse en los procesos de selección de funcionarios a ocupar cargos de libre nombramiento y remoción.
- Si bien la sentencia en cita no hace referencia al proceso de selección del Decreto 1972 de 2002, si lo hace respecto a la línea jurisprudencial sobre el mérito para acceder a los cargos públicos aplicable plenamente, independientemente de que estos sean de carrera o de libre nombramiento y remoción.
- Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional se puede concluir que los cargos de libre nombramiento y remoción pueden estar sometidos eventualmente a concurso de méritos y, para tal efecto, el legislador puede establecer el procedimiento para efectuarlo, frente a los cuales las entidades deben aplicar la línea jurisprudencial de la Corte, privilegiando al mejor, esto es, al que ocupe el mejor puesto.
- En el caso concreto al haberse decidido someter la provisión del cargo de gerente seccional del ICA a concurso de méritos, era necesario que las entidades demandadas se ajustaran, no solo a cumplir con las etapas establecidas en este proceso, sino a respetar el mérito como principio fundamental que rige estos procedimientos, lo cual lleva a la declaración de nulidad de los actos administrativos demandados y, en consecuencia, ordenó al ICA a realizar el nombramiento del actor en el cargo para el cual ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, esto es, de gerente seccional del ICA y de no ser posible, en uno de igual o superior jerarquía con el pago de todos los salarios y prestaciones debidamente indexados, sin solución de continuidad.
- Igualmente, declaró probada la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva del MADR y no condenó en costas.

6. RECURSO DE APELACIÓN

6.1 Apelación del ICA

Inconforme con la decisión reseñada, el ICA interpuso recurso de apelación⁷ con el objeto de que sea revocada y se nieguen las pretensiones de la demanda, considerando que:

- La designación del señor Manuel Enrique Sanabria Parrado, integrante de la terna, como gerente seccional de Cundinamarca en el ICA se realizó en cumplimiento de los postulados constitucionales y legales que reglamentan la materia objeto de censura, sin que exista ninguna razón para condenar a la entidad.

⁷ Ver folios 453-456 del exp.

- El ICA no tiene la facultad constitucional de designar a los gerentes seccionales de la entidad, prerrogativa que por la Constitución y la ley esta dada en cabeza del legislador.
- El artículo 305 de la Constitución Nacional establece como función del gobernador, la escogencia de los gerentes de los establecimientos públicos del orden nacional.
- En la sentencia C-295 de 1995, al resolver una acción pública de constitucionalidad contra los artículos 20 y 21 de la Ley 119 de 1994, en los cuales se estableció que los directores regionales del SENA son cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte Constitucional señaló que la persona escogida por el gobernador deberá ser designada por el nominador, esto es, por el director, gerente o jefe del respectivo establecimiento público para llenar la vacante.
- Es así como, la escogencia del segundo ternado, pese a no obtener el primer puntaje en el proceso de selección efectuado, no obedece a capricho o arbitrariedad, sino a una facultad constitucional conferida a los gobernadores, que les permite sopesar las calidades de cada uno de los aspirantes y discrecionalmente escoger al que considere idóneo para el cargo.

6.2 Apelación de la Gobernación de Cundinamarca

El departamento de Cundinamarca mediante apoderado, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia⁸, solicitando que esta decisión sea revocada, teniendo en cuenta que el gobernador de Cundinamarca ejerció la facultad constitucional que le fue conferida para realizar el nombramiento del cargo de gerente seccional Cundinamarca del ICA, por lo tanto, no se configuraron los vicios de nulidad alegados en la demanda.

7. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La presente acción fue radicada en esta corporación el 30 de julio de 2018⁹. Por medio de auto del 21 de agosto de 2018 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las entidades accionadas¹⁰, mientras que en proveído del 11 de septiembre de 2018¹¹ se corrió traslado a los extremos procesales por el término de diez días para que presentaran sus alegatos de conclusión.

7.1 Alegatos de conclusión

7.1.1 Demandante

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado del actor alegó de conclusión¹² señalando que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, toda vez que esta plenamente demostrado que el actor ocupó el primer lugar en el concurso realizado por el ICA para ocupar el cargo de gerente seccional de Cundinamarca de esa entidad, por lo que, atendiendo a los lineamientos de la Corte Constitucional se debe respetar el principio del mérito cuando se somete a las entidades a esta clase de procedimientos de escogencia.

⁸ Ver fls. 457-462 del exp.

⁹ Ver fl. 511 del exp.

¹⁰ Ver fol. 513 del exp.

¹¹ Ver fol. 515 del exp.

¹² Ver fls. 521-524 del exp.

546

7.1.2 Departamento de Cundinamarca

Oportunamente el departamento de Cundinamarca presentó alegatos de conclusión¹³, reiterando los argumentos expuestos tanto en la contestación como en el recurso de apelación, señalando que los actos administrativos demandados se expidieron con base en una facultad constitucional, por lo cual están exentos de los vicios señalados por el actor.

7.1.3 ICA

Esta entidad presentó alegatos por fuera de la oportunidad legal¹⁴, razón por la cual, no pueden ser tenidos en cuenta por esta Sala.

El Ministerio Público no emitió concepto.

8. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

8.1 COMPETENCIA

Es competente esta corporación para resolver el recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, tal como lo establece el numeral 1.º del artículo 133 del CCA, en concordancia con el inciso 328 del artículo 328 del CGP.

8.2 Análisis previo

Es procedente señalar, previamente a abordar el estudio del caso concreto, que mediante providencia del 12 de diciembre de 2014¹⁵ la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección E, confirmó el auto del 9 de mayo de 2012, por el cual el Juzgado 4º. Administrativo de Descongestión declaró la nulidad de lo actuado desde el vencimiento para presentar alegatos de conclusión y dispuso vincular a los litisconsortes necesarios, esto es, al señor Manuel Enrique Sanabria Bernal y los demás integrantes de la lista de elegibles a la terna.

La Secretaría del Juzgado 55 Administrativo de Bogotá, dio cumplimiento a la orden del Tribunal, notificando a los señores i) Guillermo León Gómez Moreno, ii) Carlos Fernando Ortiz Gómez, iii) Luis Alfonso Sánchez Cardona, y iv) Manuel Enrique Sanabria Bernal¹⁶. Igualmente, se efectuó la fijación en lista por el término de 10 días¹⁷. Término dentro del cual no se pronunciaron ninguno de los vinculados como Litis consortes necesarios, razón por la cual, el juez de primera instancia decidió correr traslado a las partes para alegar de conclusión, en providencia del 30 de junio de 2017¹⁸.

El señor Manuel Enrique Sanabria Bernal (el cual fue nombrado en el cargo sobre el cual reclama derechos el actor) se hizo presente dentro del proceso, presentando alegatos de conclusión, solicitando que se negaran las pretensiones de la demanda¹⁹.

¹³ Ver fls. 516-520 del exp.

¹⁴ Ver fls. 525-527 del exp.

¹⁵ Ver fls. 312-328 del exp.

¹⁶ Ver fls. 264-368 del exp.

¹⁷ Ver fl. 369 del exp.

¹⁸ Ver fl. 412 del exp.

¹⁹ Ver fls. 425-431 del exp.

8.3 PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de fondo a resolver se contrae a establecer si, ¿tiene derecho el demandante a ser nombrado en el cargo de gerente seccional Cundinamarca del ICA, por haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos efectuado para integrar la lista de candidatos a la terna, o si, por el contrario, la facultad constitucional en cabeza del gobernador de Cundinamarca le permitía escoger a cualquiera de los ternados, como en efecto sucedió?

8.4 TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO

8.4.1 TESIS DE LA PARTE ACTORA

El demandante sostiene que, debe ser nombrado y posesionado en el cargo de gerente seccional Cundinamarca del ICA, por haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos convocado por el ICA para conformar la terna para tal efecto, dando primacía al principio del mérito y a sus derechos al debido proceso y a ocupar cargos públicos.

8.4.2 TESIS DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS

Tanto el ICA como la gobernación de Cundinamarca sostienen que, el fallo de primera instancia debe ser revocado, toda vez que, los actos administrativos demandados fueron expedidos con base en la facultad constitucional y legal otorgada al gobernador de Cundinamarca para escoger de la terna integrada por el ICA, mediante del concurso de méritos, a cualquiera de los ternados.

8.4.3 TESIS DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

Consideró que le asiste derecho al demandante, toda vez que al estar demostrado que ocupó el primer puesto en el concurso de méritos realizado por el ICA para la conformación de la terna a presentar al gobernador de Cundinamarca, atendiendo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las entidades debieron dar prelación al mérito, por tanto, nombrar en el cargo de gerente seccional Cundinamarca del ICA al actor.

8.4.4 TESIS DE LA SALA

La Sala REVOCARÁ la decisión de primera instancia y, en su lugar se denegarán las súplicas de la demanda, toda vez que, si bien el demandante ocupó el primer puesto en el concurso público de méritos convocado por el ICA para acceder al cargo de gerente seccional Cundinamarca del ICA, lo cierto es que tal mérito le otorgó el derecho a ser incluido en la terna, pues este procedimiento se efectuó para la conformación de la terna y no para el acceso inmediato al empleo, modalidad para escoger que incluye aspectos del mérito, pero que no tiene la vocación de limitar la facultad constitucional de escogencia otorgada en el presente caso, al gobernador de Cundinamarca.

9. HECHOS RELEVANTES JURÍDICAMENTE PROBADOS

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
------------------------	-----------------------------

<p>9.1 El ICA realizó la convocatoria pública el 18 de mayo de 2009, con el fin de conformar 32 listas de candidatos a las ternas para designar a los gerentes seccionales de esa entidad en los 32 departamentos del país.</p>	<p>Documental: - Copia de la convocatoria referida²⁰.</p>
<p>9.2 El proceso de selección le fue encomendado a la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, quien se encargó de realizar todas las etapas de este, como fueron la prueba de conocimientos, el análisis de antecedentes y la entrevista. hasta la elaboración del listado de candidatos a la terna en orden de puntaje obtenido.</p>	<p>Documental: - Copia de los siguientes documentos: - Instrucciones para la inscripción y presentación de la documentación²¹. - Cronograma general del concurso de méritos. Gerentes Seccionales ICA grados 10, 12 y 15²². - Listado de admitidos y no admitidos²³. - Consolidación del resultado de pruebas escritas de conocimientos²⁴. - Resultados de prueba de entrevistas y valoración de antecedentes²⁵. - Resultados definitivos de prueba escrita de conocimientos, entrevista y valoración de antecedentes²⁶. - Listado de candidatos a la terna²⁷.</p>

²⁰ Ver fls. 222-232 del exp.

²¹ Ver fls. 233-236 del exp.

²² Ver fl. 237 del exp.

²³ Ver fls. 238-241 del exp.

²⁴ Ver fls. 242-243 del exp.

²⁵ Ver fl. 247 del exp.

²⁶ Ver fl. 248 del exp.

²⁷ Ver fl. 249 del exp.

<p>9.3 La convocatoria publicada por el ICA, estableció:</p> <p>“De acuerdo a los parámetros establecidos en la Constitución Política de Colombia, la Ley 909 de 2004, los Decretos 1972 de 2002, 307 de 2005, 4765 y 4766 de 2008, la invitación pública efectuada en el diario de prensa, el manual de calidad y el manual de procedimientos del ICA,</p> <p style="text-align: center;">CONVOCA:</p> <p>A concurso de méritos público para la conformación de 32 listas de candidatos a las ternas que permitan la designación de los Gerentes Seccionales del Instituto Colombiano Agropecuario ICA en los 32 departamentos del país. (...)”</p>	<p>Documental: - Copia de la convocatoria²⁸.</p>																								
<p>9.4 El listado definitivo del concurso en los tres primeros lugares, dio el siguiente resultado:</p> <table border="1" data-bbox="212 917 1148 1385"> <thead> <tr> <th>Apellidos y nombres</th> <th>No. Inscripción</th> <th>Prueba de conocimiento</th> <th>Prueba de entrevista</th> <th>Valoración de antecedentes</th> <th>Puntaje final</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Bermúdez Parrado Alberto Enrique</td> <td>152306</td> <td>46.43</td> <td>10.80</td> <td>20.00</td> <td>77.23</td> </tr> <tr> <td>Sanabria Bernal Manuel Enrique</td> <td>152336</td> <td>47.76</td> <td>10.20</td> <td>19.00</td> <td>76.96</td> </tr> <tr> <td>Gómez Moreno Guillermo León</td> <td>152315</td> <td>49.08</td> <td>10.80</td> <td>16.00</td> <td>75.88</td> </tr> </tbody> </table>	Apellidos y nombres	No. Inscripción	Prueba de conocimiento	Prueba de entrevista	Valoración de antecedentes	Puntaje final	Bermúdez Parrado Alberto Enrique	152306	46.43	10.80	20.00	77.23	Sanabria Bernal Manuel Enrique	152336	47.76	10.20	19.00	76.96	Gómez Moreno Guillermo León	152315	49.08	10.80	16.00	75.88	<p>Documental: - Copia del listado de resultados definitivos prueba escrita de conocimientos, entrevista y valoración de antecedentes²⁹</p>
Apellidos y nombres	No. Inscripción	Prueba de conocimiento	Prueba de entrevista	Valoración de antecedentes	Puntaje final																				
Bermúdez Parrado Alberto Enrique	152306	46.43	10.80	20.00	77.23																				
Sanabria Bernal Manuel Enrique	152336	47.76	10.20	19.00	76.96																				
Gómez Moreno Guillermo León	152315	49.08	10.80	16.00	75.88																				
<p>9.5 Mediante los oficios del 1 y 2 de febrero de 2010, el gerente general del ICA envió al gobernador de Cundinamarca la terna integrada por las personas que ocuparon los tres primeros puestos en el concurso de méritos realizado para tal efecto, y las hojas de vida de los ternados para la elección de gerente seccional del ICA Cundinamarca.</p>	<p>Documental: - Copia de los oficios relacionados³⁰.</p>																								
<p>9.6 Por Oficio No. 013 del 11 de febrero de 2010, el gobernador de Cundinamarca comunicó al gerente general del ICA la designación del señor Manuel Enrique Sanabria Bernal como gerente seccional del ICA Cundinamarca.</p>	<p>Documental: - Copia del oficio mencionado³¹.</p>																								
<p>9.7 A través de la Resolución No. 000678 del 15 de febrero de 2010, el gerente general del ICA efectúa el nombramiento del señor Manuel Enrique Sanabria Bernal como gerente seccional del ICA Cundinamarca.</p>	<p>Documental: - Copia de la resolución³².</p>																								
<p>9.8 El 15 de febrero de 2010, el señor Manuel Enrique Sanabria Bernal tomó posesión ante el gerente general del ICA, del cargo de gerente seccional del ICA Cundinamarca.</p>	<p>Documental: - Copia del Acta No. 240 del 15 de febrero de 2010.</p>																								

²⁸ Ver fls. 222-223 del exp.

²⁹ Ver fl. 248 del exp.

³⁰ Ver fls. 263 y 264 del exp.

³¹ Ver fl. 31 del exp.

³² Ver fl. 32 del exp.

548

10. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE

10.1 Naturaleza jurídica del Instituto Colombiano Agropecuario -ICA

El ICA fue creado y organizado conforme al Decreto 1562 de 1962, como un Establecimiento Público del Orden Nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, perteneciente al Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, adscrito al MADR.

Según el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, que regula el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, los establecimientos públicos hacen parte del sector descentralizado por servicios, por lo tanto, el ICA integra este sector.

10.2 Naturaleza y potestad de nombramiento de los cargos de gerentes seccionales dentro del ICA

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004³³, hacen parte de la función pública los empleos públicos de: i) carrera; ii) libre nombramiento y remoción, iii) período fijo y iv) temporales.

Esta normatividad estatuye que, los empleos públicos son de carrera administrativa, con excepción de:

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

2. Los de libre nombramiento y remoción que en la administración descentralizada del nivel nacional ejerzan los cargos de gerente territorial, regional, seccional o local, entre otros.

Es así como, por disposición legal, los gerentes seccionales del ICA, al ser este un establecimiento público del orden nacional descentralizado por servicios, son de libre nombramiento y remoción. Según el artículo 23 de la Ley 909 de 2004, los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esa ley.

Respecto a los empleos de carrera administrativa, señala que estos se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esa normativa. Además, estableció que la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado de forma pacífica y reiterada que pese a la regla general en el ejercicio de la función administrativa por la cual el ingreso a los cargos públicos debe ser mediante carrera, como lo estipula el artículo 125 de la Constitución Política, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para

³³ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

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 ello³⁴.

En tal razón, la constitución y la ley han previsto una excepción al sistema de la carrera administrativa para el ingreso al servicio público en el desempeño de funciones que requieren del más alto grado de confianza, siendo entonces razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos, toda vez que 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 institucional³⁵.

Ahora bien, establecido que el cargo de gerente seccional del ICA es de libre nombramiento y remoción, procede la Sala a definir en cabeza de quién se encuentra la facultad para su nombramiento y si existe algún procedimiento legal para el mismo.

10.3 La Constitución Nacional en el artículo 305, estatuye las atribuciones del gobernador, entre estas, en el numeral 13, le otorga la de: “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.”

Por su parte, la Ley 489 de 1998³⁶, en el artículo 78, parágrafo, dispuso 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.”

Acorde, con las normas citadas, el Decreto 1972 de 2002³⁷, “Por el cual se reglamenta la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional”, dispuso en el artículo primero que el director o gerente regional o seccional o quien haga sus veces, será escogido por el gobernador del departamento donde esté ubicada físicamente la regional o seccional. de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan 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 mismo decreto.

El artículo 2.º de la norma citada, dispone que la conformación de las ternas debe efectuarse con las personas que sean escogidas mediante un proceso de selección público abierto.

Dicho concurso público para la conformación de las ternas será efectuado por los representantes legales de las entidades, quienes podrán realizarlo 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.

La norma establece que tal proceso de selección debe atender a los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo, y por lo menos deberá comprender

³⁴ C.E., Secc. Segunda, Sent. 2010-00192-01 (2743-16), Marz. 08/2018, M.P. William Hernández Gómez.

³⁵ C.E., Secc. Segunda, Sent. 2010-00192-01 (2743-16), Marz. 08/2018, M.P. William Hernández Gómez

³⁶ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

³⁷ Vigente para la fecha de la ocurrencia de los hechos, el cual fue derogado posteriormente por el Decreto 1083 de 2015 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

544

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.

Por su parte, el artículo 3.º, señaló: “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.”

Así las cosas, esta claro que los cargos de directores seccionales de los establecimientos públicos descentralizados del nivel nacional, como es el caso del ICA, son cargos de libre nombramiento y remoción, cuya designación se encuentra en cabeza del gobernador del departamento donde este ubicada la seccional.

Sin embargo, previamente a la designación, la ley ha establecido un mecanismo para la conformación de la terna que deberá ser enviada al gobernador respectivo, quien tiene la facultad de la designación. Tal procedimiento de selección público se basa en el mérito, con el objeto de terner a las personas más calificadas para ejercer el empleo, sin que este procedimiento permita el cambio de la naturaleza jurídica del cargo, esto es, que no puede ser considerado como de carrera administrativa y, tampoco puede limitar la facultad discrecional del nominador que se encuentra en cabeza del gobernador respectivo por mandato constitucional y legal, quien conserva la potestad de escoger de los ternados a la persona que considere más apta para desempeñar el empleo, debido a la trascendencia de las funciones a realizar y al grado de confianza que se exige para ello.

11. CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, el demandante participó en el proceso de selección que fue realizado por el ICA, que a su vez encomendó el trámite a la ESAP, para la composición de la terna al cargo de gerente seccional Cundinamarca del ICA, obteniendo el puntaje más alto de los participantes, luego de superar las etapas de prueba de conocimientos, valoración de antecedentes y entrevista, lo cual, le otorgó el derecho a ser incluido en la terna a ser presentada al gobernador de Cundinamarca.

La terna se conformó con los participantes al concurso público de méritos que obtuvieron los tres primeros puntajes, así:

Apellidos y nombres	No. Inscripción	Prueba de conocimiento	Prueba de entrevista	Valoración de antecedentes	Puntaje final
Bermúdez. Parrado Alberto Enrique	152306	46.43	10.80	20.00	77.23
Sanabria Bernal Manuel Enrique	152336	47.76	10.20	19.00	76.96
Gómez Moreno Guillermo León	152315	49.08	10.80	16.00	75.88

Una vez integrada la terna, el gerente general del ICA la puso a disposición del gobernador de Cundinamarca, quien mediante Oficio No. 013 del 11 de febrero de 2010, le comunicó al gerente general del ICA que seleccionó al Sr. Manuel Enrique Sanabria Bernal como gerente seccional Cundinamarca del ICA. En atención a la designación realizada por el gobernador, el director general del ICA procedió a realizar su nombramiento, mediante la Resolución No. 000678 del 15 de febrero de 2010.

El demandante considera que las actuaciones desplegadas tanto por el gobernador, como por el ICA, están viciadas de nulidad porque no atendieron al mérito que revistió la composición de la terna, procedimiento que le otorgaba el derecho a ser nombrado como gerente seccional Cundinamarca del ICA, al haber ocupado el primer lugar.

El juez de primera instancia acogió la postura del actor, basado en la sentencia C- 181 de 2010, por la cual, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, argumentando que en esa jurisprudencia el tribunal constitucional señaló que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, los criterios de selección objetiva pueden aplicarse en los procesos de selección de funcionarios a ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, por tanto, se debe respetar el principio del mérito cuando esto ocurra.

Sin embargo, la aplicación jurisprudencial realizada por el juez de primera instancia no es de recibo, toda vez que los supuestos normativos a los que alude la citada sentencia de constitucionalidad son diferentes a los que se debaten en el presente caso, como se procede a analizar.

En efecto, la sentencia C-181 de 2010³⁸ estudió si el ingreso a los empleos de gerentes de las empresas sociales del estado debe depender exclusivamente del mérito de los aspirantes. Estos cargos no están regulados constitucionalmente, como si ocurre con los gerentes seccionales de los establecimientos públicos, como se estudió previamente, razón por la cual, el estudio se fundamentó en la disposición legal contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007³⁹.

En tal oportunidad, la Corte señaló que aún siendo el cargo legalmente de libre nombramiento y remoción, si la ley previó el concurso de méritos para su designación, todo aspirante a ocuparlo debía superarlo y que, por su parte, la administración esta obligada a respetar el mérito hasta el nombramiento de quien ocupe el primer lugar del mismo.

Ahora, si bien la decisión de primera instancia asumió tal argumentación para acceder a las pretensiones del demandante, la que, sin un análisis adecuado, parecería a primera vista aplicable al caso, lo cierto es que, no se tuvo en cuenta que frente a los gerentes seccionales de los establecimientos públicos, la Constitución Política estableció la facultad discrecional de su nombramiento en cabeza del gobernador, aspecto que genera la diferencia normativa entre uno y otro caso, que aunado a la naturaleza del empleo, la que no es otra que de libre nombramiento y remoción, no permite tal fundamento.

³⁸ C. Const. Sent. C-181, marz. 17/2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁹ "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones". Artículo 28°. De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

Así lo sostuvo la propia Corte Constitucional⁴⁰, al estudiar una acción de tutela contra el gobernador del César y el gerente general del ICA por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al derecho a acceder a cargos públicos, debido a que tales entidades no nombraron como gerente seccional del ICA César al accionante, aún cuando, ocupó el primer puesto dentro del concurso de mérito organizado para proveer dicho cargo.

En tal oportunidad, pese a que el demandante citó como fundamento de sus pretensiones la sentencia C-181 de 2010, entre otras⁴¹, la Corte sostuvo la imposibilidad de su aplicación, por las siguientes razones:

"4.4. En esta ocasión, la Sala no está ante un cargo cuya forma de ingreso haya sido indiferente para la Constitución. La Constitución establece de manera expresa un aspecto de la forma de provisión de los cargos de gerente o jefe seccional de los establecimientos públicos de orden nacional que operen en el departamento. Dice que es competencia del gobernador, "[e]scoger de las ternas" enviadas para esos efectos, a la persona que estime apta para ocupar el cargo (art. 305, numeral 13, C.P.). En cambio, en la Constitución, no hay ningún precepto que diga algo semejante respecto de la provisión de cargos de gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Podría pensarse que esa diferencia no es decisiva para tomar, en este caso, una decisión distinta de la que se adoptó en la jurisprudencia antes referida. Pero la verdad es que sí lo es, al menos por las siguientes razones. (...)

"[l]a inflexión verbal "escoger" que utiliza la norma, se empleó por el Constituyente en su acepción obvia, cual es la de seleccionar entre varios -los integrantes de las ternas- a quien deba ser propuesto y nombrado para el cargo".

(...) Pero además, porque mientras el concurso de méritos que se realiza para designar a quien habrá de ocupar el cargo de gerente de una Empresa Social del Estado, se rige por lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, distinto es el asunto sometido al examen de la Sala, porque no se discute aquí la aplicación de una norma de rango legal, sino la atribución constitucional conferida a los gobernadores de escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento y, tratándose de una norma de rango constitucional, no puede la Sala desconocerla.

En el marco de un concurso de méritos, no para elegir a quienes habrán de ocupar los cargos de gerentes o jefes seccionales respectivos, sino para "conformar una lista de elegibles", de la cual se escoge a quien será designado, debe prevalecer el mérito para su conformación con quienes obtengan el más alto puntaje, ello no obsta para que la atribución de los gobernadores de escoger a una persona de la terna enviada por el jefe nacional respectivo, se ejerza, debido a que, tal como lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-295 de 1995, dicha atribución fue conferida por la Constitución Nacional para desarrollar los principios de descentralización y autonomía de los departamentos, y para garantizar la "participación de la región en el desarrollo de las actividades de los

⁴⁰ C. Const. Sent. T-09, Dic. 07/2010, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁴¹ Se citaron también las decisiones T-329 y T-715 de 2009 de la Corte Constitucional.

organismos nacionales y de coordinación de los servicios que prestan los establecimientos de los departamentos”.

Esta decisión de tutela fue sometida a análisis ante la solicitud de nulidad, pues el demandante consideró que, al negar las pretensiones, la Corte desconoció su propia jurisprudencia, relacionada con el concurso de méritos y con los derechos fundamentales que se violan cuando no es respetado el orden de clasificación establecido con arreglo al mérito, que conllevaría a designar para el cargo a quien haya ocupado el primer lugar.

Así, por auto del 6 de septiembre de 2011⁴², el tribunal constitucional negó la solicitud de nulidad alegada por el actor, al considerar que la decisión cuestionada no incurrió en vulneración alguna de sus derechos, puesto que el concurso de méritos establecido legalmente para la escogencia de gerentes seccionales de entidades descentralizadas del orden nacional esta dispuesta no para la designación efectiva del cargo, sino para la conformación de la terna de la cual se selecciona a quien será designado, conformación que se hace de acuerdo al mérito, pero ello no obsta para que la atribución constitucional de los gobernadores de escoger a una persona de la terna, pueda ejercerse.

Por las razones expuestas, es claro que en el caso en estudio, el gobernador de Cundinamarca ejerció la potestad discrecional constitucional que le fue otorgada para escoger de los candidatos ternados por el ICA, al empleo de gerente seccional Cundinamarca del ICA, toda vez que el procedimiento de mérito realizado previamente por el ICA para integrar la terna, no le otorgó al actor, por haber ocupado el primer lugar en el mismo, el derecho al nombramiento automático en tal cargo, sino a la integración de la terna, puesto que, la Constitución revistió al gobernador de la facultad para la escogencia de tal empleo, como en efecto sucedió.

12. CONCLUSIÓN

Se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia y, en su lugar, se denegarán las súplicas de la demanda, en atención a que, si bien el demandante ocupó el primer puesto en el concurso público de méritos convocado por el ICA para acceder al cargo de gerente seccional Cundinamarca, lo cierto es que tal mérito le otorgó el derecho a ser incluido en la terna, pues este procedimiento se efectuó para la conformación de la terna y no para el acceso inmediato al empleo, modalidad para escoger que incluye aspectos del mérito, pero que no tiene la vocación de limitar la facultad constitucional de escogencia otorgada, en este caso, al gobernador de Cundinamarca.

13. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia, para en su lugar denegar las súplicas de la demanda.

14. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA – AGENCIAS EN DERECHO

El Código Contencioso Administrativo en su artículo 171, dispone que “En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”.

⁴² C. Const. Auto T-1009, Dic. 6/2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

A su turno, el Consejo de Estado sobre esta cuestión ha precisado, que solo cuando el juez, después de analizar la conducta asumida por las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales, es del caso condenar en costas⁴³.

En ese orden, de conformidad con lo establecido en la norma citada, en el presente caso no hay lugar a condenar a la parte actora al pago de las costas procesales, toda vez que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en el trámite del proceso.

15. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el veinte (20) de octubre de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda promovida por el señor Alberto Enrique Bermúdez Parrado contra la gobernación de Cundinamarca y el ICA, de conformidad con las consideraciones precedentes. En su lugar, se dispone:

1. **NEGAR** las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Alberto Enrique Bermúdez Parrado, identificado con la C.C. No. 19.265.844, contra la gobernación de Cundinamarca y el ICA, de acuerdo con los considerandos de la presente decisión.

2. Sin condena en costas, por las razones señaladas en la parte motiva de este proveído.

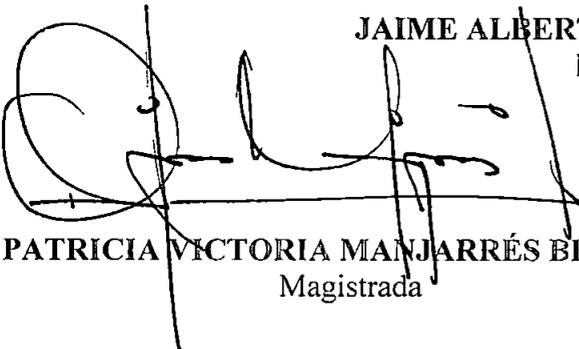
SEGUNDO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes y en el sistema de gestión judicial siglo XXI.

Esta providencia, fue estudiada y aprobada en Sala de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN

Magistrado


PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO
Magistrada


RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON
Magistrado

⁴³ C.E. Secc. Tercera, Sent. 10775. Feb. 18/1999. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Postura ratificada en la siguiente providencia: C.E. Secc. Segunda, sent. 20149003501. Ene. 18/2018, M.P. William Hernández Gómez.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA (2)

CONSTANCIA DE FIJACIÓN
EDICTO #009

Bogotá, D.C.

28 JUL 2020

HAGO CONSTAR que para notificar a las partes
la anterior SENTENCIA se fijó el EDICTO en un
lugar público de la secretaria, por un término legal.

Oficial mayor

