



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B**

CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicado : 11001-03-25-000-2016-00474-00

Número interno : 2160-2016

Demandante : Ronald Picón Sarmiento

Demandado : Nación – Instituto Nacional de Vías - INVIAS -

Tema : Convocatoria INV/16-004 de 11 de abril de 2016, *“Por medio de la cual el Instituto Nacional de Vías, invita a concurso público - abierto para conformar la terna, para proveer el cargo de libre nombramiento y remoción de Director Territorial Código 0042, Grado 16 de Santander, a través de criterio de mérito, capacidad, experiencia y entrevista”*, expedida por el Director General del Instituto Nacional de Vías.

Medio de control : Simple nulidad – Ley 1437 de 2011

La Sala decide mediante sentencia la demanda de nulidad presentada, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contra la Convocatoria INV/16-004

de 11 de abril de 2016¹, expedida por el Director General del Instituto Nacional de Vías - INVIAS -.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 23 de mayo de 2016², el señor Ronald Picón Sarmiento, actuando en causa propia, presentó demanda de nulidad contra la Convocatoria INV/16-004 de 11 de abril de 2016, *“Por medio de la cual el Instituto Nacional de Vías, invita a concurso público - abierto para conformar la terna, para proveer el cargo de libre nombramiento y remoción de Director Territorial Código 0042, Grado 16 de Santander, a través de criterio de mérito, capacidad, experiencia y entrevista”*, expedida por el Director General del Instituto Nacional de Vías.

Indicó que la convocatoria pública reguló la prueba de conocimientos como eliminatoria y le asignó el *“40%, con un puntaje mínimo aprobatorio del 70% sobre el 100%”*; a la entrevista como clasificatoria *“puntaje del 25%”*; y al estudio de antecedentes el 10%.

Iteró que respecto a la educación formal, el INVIAS estableció una *“puntuación del 90% (...) para el título, cuando (...) se acredite la terminación y aprobación de materias de formación académica, también, “otorgó el 50% (...) a quien demuestre la mitad o más de (...) estudios académicos que corresponda al título”*.

El acto acusado

El ciudadano mencionado pretende que se declare la nulidad de la Convocatoria INV/16-004 de 11 de abril de 2016, por medio de la cual el Director General del Instituto Nacional de Vías – INVIAS - convoca a concurso de méritos para proveer el cargo de Director Territorial Código 0042, Grado 16 de Santander. Adicionalmente, establece el procedimiento para participar en el proceso de selección, en lo concerniente al cargo en concurso, verificación de requisitos mínimos, inscripción, recepción de la documentación, análisis de antecedentes, etapas del concurso, citación a pruebas, resultados, reclamaciones, lista de elegibles y nombramiento.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

¹ Folio 6

² Folios 7 a 24

La parte actora considera que el acto administrativo demandado infringe los artículos 6, 29 y 121 de la Constitución Política; el artículo 10 del Decreto 1785 de 2014; y por “*analogía juris*” el artículo 2, literal c) numeral 4 del Decreto 2485 de 2014.

El concepto de violación es desarrollado por el libelista ***en un cargo, que busca acreditar que el acto administrativo cuestionado se erige en contraventor de la normatividad legal, dado que su expedición fue irregular por infracción de las normas en que debía fundarse***, toda vez que estableció que “*la entrevista tendrá un puntaje del 25%*” y puntuar “*la educación formal sin terminar las especializaciones, maestrías o doctorados*”. (Sombreado del despacho).

Así mismo, indicó que en el *sub lite* ante la ausencia de norma expresa para los Directores Territoriales del INVÍAS, y por “*analogía traída del artículo 2 de Decreto 2485 de 2014 y el concepto del 10 de noviembre de 2015 del Consejo de Estado, Radicado número:11001-03-06-000-2015-00182-00 (2274)*”, la entrevista no podía superar el porcentaje del 10%, ya que al haberla fijado en 25% amplió el aspecto subjetivo sobre el objetivo, y superó el porcentaje respecto del asignado a las pruebas de aptitudes y antecedentes. Razón por la cual no se podía otorgar puntaje a la educación formal sin haberse obtenido el respectivo título.

2. TRÁMITE PROCESAL

Este despacho admitió la demanda mediante auto de 22 de mayo de 2018³. Igualmente, por medio de la citada providencia, se ordenó informar a la comunidad sobre la existencia del proceso y notificar al Agente del Ministerio Público, al Director General Instituto Nacional de Vías - INVIAS -, y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

Por medio de auto de 29 de abril de 2019⁴, el magistrado sustanciador convocó a la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, para el 27 de mayo hogaño.

3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada⁵, por intermedio de apoderado propuso las excepciones de (i) “***ineptitud sustancial de la demanda***”; (ii) “***legalidad de la convocatoria***”

³ Folio 32

⁴ Folios 65 y 66

⁵ Folios 59 a 61

pública No. INV/16-004; e (iii) ***“inexistencia de vicio alguno en la confección de los actos acusados”***.

Frente a la primera excepción *“ineptitud sustancial de la demanda”*, itero que, si bien, el actor identificó las normas que consideró trasgredidas, lo cierto es, que se limitó a establecer que se debía aplicar por analogía lo dispuesto en la Ley 1551 de 2012 con sustento en un concepto emitido por esta Corporación que a la letra dice *...“la norma se debe emplear para elección de contralores territoriales, por parte de concejos municipales y asambleas”*; aspecto este, que no guarda relación con el acto administrativo proferido, dado que la convocatoria debía cumplir los requisitos establecidos por el Decreto 1972 de 2002; motivo por el cual no es posible identificar las causales de nulidad que utilizará el actor para desvirtuar la legalidad del acto demandado, de conformidad con lo reglado en el artículo 137 del CPACA.

Respecto del segundo medio exceptivo, adujo que la convocatoria está revestida de la presunción de legalidad, y para ser desvirtuada, *“el demandante debió sustentar con fundamentos de derecho los motivos por los cuales considera que la administración al expedir el acto administrativo, incurrió en una violación de las normas en la cuales debía fundarse cada una de ellas”*, es decir, falta de competencia, falsa motivación o cualquier otra irregularidad que conduzca a su ilegalidad.

Con relación a la tercera excepción, reseñó que no puede abrirse camino a la prosperidad de las pretensiones, pues no existe ningún cargo concreto que pueda derivar en violación del debido proceso administrativo, ni de otros de raigambre constitucional o legal, pues *“los argumentos no son verosímiles, ni concuerdan con lo manifestado por la parte demandante en el acápite de hechos de la presente demanda”*. Es decir, nunca pudo haberse iniciado un proceso bajo los parámetros requeridos por el demandante.

El Agente del Ministerio Público y el representante de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardaron silencio.

4. AUDIENCIA INICIAL

Mediante audiencia realizada el 27 de mayo de 2019⁶, se agotó el trámite previsto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La entidad demandada propuso la excepción previa de “**ineptitud sustantiva de la demanda**”, tras considerar que la demanda no cumplió el requisito final del numeral 4 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, esto es, la exigencia de “*indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de violación*”; no es suficiente señalar normas consideradas “*violadas*”, y solicitar que se aplique la figura de la analogía, sino que debe indicar la causal de nulidad de las previstas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

Así mismo, invocó las excepciones que denominó “**legalidad de la convocatoria INV16-004**” e “**inexistencia de vicio alguno**”, pues el acto acusado goza de presunción de legalidad.

El despacho sustanciador resolvió la excepción previa de inepta demanda de manera negativa, al considerar que en el libelo demandatorio se invocaron las normas transgredidas (artículo 29 de la Constitución Política, artículo 2 literal c, numeral 4 Decreto 2485 de 2014, artículo 10 del Decreto 1785 de 2014), y el concepto de violación, aduciendo como causal de expedición irregular por infracción de las normas en que debía fundarse y “*violación*” al debido proceso. Amen, que cumplió con la exigencia del numeral 4 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, y por tal motivo declaró no probada la excepción.

Al momento de la fijación del litigio se planteó que el problema jurídico radica fundamentalmente en que la parte demandante considera “*que pese a que el concurso por el sistema de meritocracia para proveer empleos que no son de carrera, es constitucionalmente admisible: pero que la convocatoria demandada fue expedida de forma irregular con infracción en las normas en que debía fundarse y vulnerando el artículo 10 del Decreto 1785 de 2014, el debido proceso y por analogía juris el artículo 2 del Decreto 2485 de 2014 (por medio del cual se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para la elección de personeros municipales), al establecer que “la entrevista tendrá un puntaje del 25%” y puntuar “la educación formal sin terminar las especializaciones, maestrías o doctorados*”.

⁶ Folios 78 a 87

Igualmente, porque afirmó que ante la ausencia de norma expresa para los Directores Territoriales del INVIAS, y por analogía traída del artículo 2 del Decreto 2485 de 2014 y el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 10 de noviembre de 2015, la entrevista no podía superar el porcentaje del 10%, ya que al haberla fijado en 25% amplía el aspecto subjetivo sobre el objetivo, y supera el porcentaje respecto del asignado a las pruebas de aptitudes y antecedentes; luego no se podía otorgar puntaje a la educación formal sin haberse obtenido el respectivo título.

De la misma manera, el Magistrado ponente negó la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional, al considerar que en primer lugar, el porcentaje de la prueba de entrevista no supera el de aptitudes en un 25%. En segundo lugar, es necesario un análisis más exhaustivo e integral de otros aspectos y normas tales como: (i) la institución de la analogía y si procede su aplicación en este caso, (ii) el carácter directivo y de naturaleza gerencial del empleo de Director Territorial, requisitos del empleo, (iii) la forma de provisión del empleo, prevista en el artículo 47 y ss de la Ley 909 de 2004, Decreto 1972 de 2002, 1277 de 2005, 1083 de 2015, Acuerdo 010 de 2000 (estatuto interno INVIAS), la guía para la Gestión de Empleos de Naturaleza Gerencial expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, resolución 0000452 de 28 de febrero de 2017 del Ministerio de Transporte, resoluciones 3104 de 2008 y 01588 de 2015 de INVIAS, entre otros aspectos.

Adicionalmente, se determinó que se tendrían como pruebas las allegadas con la demanda y su contestación. No obstante, se ordenó la práctica de pruebas documentales y de oficio con fundamento en el artículo 213 de la Ley 1437 de 2011 y 169 del Código General del Proceso, ordenándose su incorporación al expediente.

Finalmente, se otorgó un término de diez (10) días a las partes, para que presentaran los alegatos de conclusión y al Ministerio Público, para que conceptuara sobre el asunto, si lo estimaba pertinente.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. La parte demandante

La parte actora guardó silencio.

5.2. La parte demandada

El apoderado de la parte demandada, al momento de alegar de conclusión reiteró los argumentos que expuso al contestar el libelo demandatorio, y refirió que es de precisar que mediante Decreto 1083 de 2016, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, se derogó el artículo 10 del Decreto 1785 de 2014, de conformidad con lo señalado en el canon 3.3.1, que reza (...) ***“Derogatoria integral. Este Decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad con el art. 3 de la Ley 153 de 1887, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al sector de Función Pública que versan sobre las mismas materias, (...)”***, razón por la cual, los argumentos soportados con dicha normativa por parte del demandante carecen de fundamento legal, dado que, no es aplicable por analogía el artículo 10 del Decreto 1785 de 2014, que a la letra indicaba:

“(...)

“ARTÍCULO 10. CERTIFICACIÓN EDUCACIÓN FORMAL. Los estudios se acreditarán mediante la presentación de certificados, diplomas, grados o títulos otorgados por las instituciones correspondientes. Para su validez requerirán de los registros y autenticaciones que determinen las normas vigentes sobre la materia. La tarjeta profesional o matrícula correspondiente, según el caso, excluye la presentación de los documentos enunciados anteriormente.

En los casos en que para el ejercicio de la respectiva profesión se requiera acreditar la tarjeta o matrícula profesional, podrá sustituirse por la certificación expedida por el organismo competente de otorgarla en la cual conste que dicho documento se encuentra en trámite, siempre y cuando se acredite el respectivo título o grado. Dentro del año siguiente a la fecha de posesión, el empleado deberá presentar la correspondiente tarjeta o matrícula profesional.

De no acreditarse en ese tiempo, se aplicará lo previsto en el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que la modifiquen o sustituyan.

(...)”

Adujo que la parte actora soporta sus argumentos *“como normas infringidas por parte de la entidad demandada, con fundamento en el inciso sexto, numeral 4 del artículo 2 del Decreto 2485 de 2014”*, norma que a todas luces es inaplicable, ya que se emplea para los concursos públicos de elección de Personeros Municipales, la cual fue expedida por el Presidente de la República en uso de las facultades a él conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 1551 de 2012; motivo por el cual solicitó no se acceda a las pretensiones de la demanda.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁷

⁷ Folios 99 a 104

Luego de hacer un resumen completo de las actuaciones surtidas en el proceso de la referencia, el Procurador Tercero delegado ante el Consejo de Estado, solicitó que se nieguen las suplicas de la demanda al considerar que *“el artículo 125 de la Constitución Política dejó por fuera de aquél sistema de administración de personal, únicamente, los empleos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales, y aquellos que determine la ley”*. Preciso que es la Ley 909 de 2004, en el numeral 2) del artículo 5, la que establece cuales son los cargos de libre nombramiento y remoción en la administración pública; y en virtud de ello, se tiene que **“el Cargo de Director Territorial Código 0042, Grado 16 de Santander, corresponde a los de libre nombramiento y remoción”**, y así quedó establecido en el proceso de selección convocado por el Instituto Nacional de Vías, y en razón de ello, no se puede desconocer que cumple funciones de confianza y manejo.

Indicó que resulta razonable afirmar que quienes desempeñen este tipo de empleos, no tienen que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos, dado que el factor determinante en la provisión de estos cargos, es la confianza que se predica del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Resaltó que *“el argumento esbozado por el actor en el sentido de señalar que la convocatoria INV/16 004 para ocupar el cargo de Director Territorial de Santander fue expedida de manera irregular con infracción de las normas en las que debía fundarse, invocando para ello la aplicación por analogía de los Decretos 1785 y 2485 de 2014, **no tiene vocación de prosperidad** pues la designación de un personero municipal no tiene equiparación con el cargo ofertado de Director Territorial”*, comoquiera que este es un cargo de libre nombramiento y remoción, y aquel un empleo público de período fijo.

Como fundamento de su concepto destacó *“que no se evidencia argumento alguno que permita afirmar que deben aplicarse por analogía, o por cualquier otra razón los Decretos 1785 y 2485 de 2014”*; teniendo en cuenta que el Director General de INVIAS en uso de sus facultades legales y constitucionales, convocó a concurso público para ocupar el cargo de Director Territorial de Santander, a través de la convocatoria INV-16 004, acudiendo a procedimientos vigentes para la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales de los establecimientos públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1972 de 2002; razón por la cual no es cierto que dicha convocatoria se

haya realizado con violación de las normas en que debía fundarse, motivo por el cual se deben negar las pretensiones invocadas por el demandante.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Como la convocatoria INV/16-004 del 11 de abril de 2016 es un acto administrativo expedido por una autoridad del orden nacional, esta Subsección es competente para conocer del presente proceso privativamente y en única instancia, conforme con el numeral 1º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae en establecer: (i) sí el artículo 2 literal c numeral 4 del Decreto 2485 de 2014, "*Por medio del cual se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para elección de personeros municipales*", es aplicable por analogía al proceso de selección de Directores Territoriales del Instituto Nacional de Vías (INVIAS), y (ii) si la convocatoria INV/16-004 de 2016 adolece de expedición irregular por infracción de las normas en que debía fundarse⁸.

Con el propósito de dar respuesta al problema jurídico, metodológicamente se emprenderá del análisis de los siguientes aspectos: (i) clasificación de los empleos, (ii) aplicación por analogía del artículo 2 del Decreto 2485 de 2014 en el proceso de selección de Directores Territoriales, y (iii) caso concreto.

3. SOLUCION PROBLEMA JURÍDICO

3.1. Clasificación de los empleos

Como punto de partida la Sala recuerda que el artículo 125 de la Constitución Política establece, como regla general, que el régimen de los empleos públicos es el de carrera administrativa, buscando con ello privilegiar el mérito como criterio de selección y permanencia del personal en el sector público. La excepción de la aplicación de la carrera son los empleos de libre nombramiento y remoción, los de elección popular, y los demás que determine la ley. La norma constitucional en

⁸ Folio 82 audiencia inicial

comento, faculta al legislador para establecer tanto los requisitos y condiciones necesarias para ingresar y ascender a la carrera.

Al respecto el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, clasifica los empleos de carrera administrativa, de la siguiente manera:

“(…)

Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley 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 con su legislación.

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:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

<Ver Notas del Editor> Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto.

En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, además, los siguientes: Agregado para Asuntos Aéreos; Administrador de Aeropuerto; Gerente Aeroportuario; Director Aeronáutico Regional; Director Aeronáutico de Área y Jefe de Oficina Aeronáutica.

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

*Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; **Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local**; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de*

Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia. (Subrayado del despacho).

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro y Viceministro; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector de la Policía Nacional; Superintendente; y Director de Unidad Administrativa Especial.

En las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza y Jefe del Estado Mayor Conjunto.

En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la Colombiana y el personal de apoyo en el exterior.

En el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5a. de 1992.

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial.

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

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

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

e) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

f) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

(...)". (Sombreado del despacho)

Por su parte el canon 47 de la misma norma, frente a los empleos de naturaleza gerencial, señaló que:

"(...)

1. Los cargos que conlleven ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial tendrán, a efectos de la presente ley, el carácter de empleos de gerencia pública.

2. Los cargos de gerencia pública son 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 a las previsiones establecidas en el presente título.

3. La gerencia pública comprende todos los empleos del nivel directivo de las entidades y organismos a los cuales se les aplica la presente ley, diferentes de:

a) En el nivel nacional a aquellos cuya nominación dependa del Presidente de la República;

b) En el nivel territorial, a los empleos de secretarios de despacho, de director, gerente; rector de Institución de Educación Superior distinta a los entes universitarios autónomos.

Estos empleos comportan responsabilidad por la gestión y por un conjunto de funciones cuyo ejercicio y resultados son posibles de ser medidos y evaluados.

(...)”

Frente a este tema ha manifestado la Corte Constitucional que:

“(...

La existencia de este tipo de empleos públicos encuentran fundamento constitucional esencialmente en el artículo 125 superior, en el que se incorporan como excepcionales respecto de la regla general de la vinculación laboral con el Estado, según la cual ésta será a través del concurso de méritos y la consecuente asignación de puestos de trabajo de carrera.

De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico incorpora, en primer lugar, un grupo de cargos expresamente reconocidos en la Carta Política como de libre nombramiento y remoción, tal como ocurre con: (i) los mencionados en los numerales 1, 2 y 13 del artículo 189 constitucional, según el cual corresponde al presidente de la República nombrar y remover libremente a los ministros, directores de departamento administrativo, agentes diplomáticos y consulares, también a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos; (ii) los empleos de responsabilidad administrativa o electoral de la Registraduría Nacional de Estado Civil, de que trata el artículo 266 superior; y (iii) los cargos de gerente o director de establecimientos públicos de empresas industriales de Departamento, cuyo libre nombramiento y remoción está a cargo del respectivo gobernador, de conformidad con lo indicado en el numeral 5 del artículo 305 constitucional. En segundo lugar, existe otro grupo de empleos de libre nombramiento y remoción cuya enunciación e identificación están asignadas al legislador, en atención a lo señalado en los artículos 125 y el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución.

En desarrollo de lo anterior, la Ley 909 de 2004, introdujo en el numeral 2 del artículo 5 los criterios para la caracterización de los empleos de libre

nombramiento y remoción, dentro de los que se encuentran los contenidos en los literales a) y b), según los cuales:

“a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así: || (...) En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial: || Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces. || b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así: || (...) En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial || Presidente, Director o Gerente”.

Por su parte, el Decreto Ley 785 de 2005, al referirse a la clasificación de los empleos de las entidades territoriales, dispuso que, de acuerdo a la naturaleza general de las funciones, los empleos se agrupan en cuatro niveles jerárquicos, a saber:

“**Nivel Directivo.** Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos. || **Nivel Asesor.** Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección territorial. || **Nivel Profesional.** Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales. || **Nivel Técnico.** Comprende los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología. || **Nivel Asistencial.** Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores o de labores que se

caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución.”

Asimismo, en el párrafo del precitado artículo, señaló que a la categoría de “alta dirección territorial” se incorporan los “Diputados, Gobernadores, Concejales, Alcaldes Municipales o Distritales, Alcalde Local, Contralor Departamental, Distrital o Municipal, Personero Distrital o Municipal, Veedor Distrital, Secretarios de Despacho, Directores de Departamentos Administrativos, Gerentes de Unidades Administrativas Especiales y Directores, Gerentes o Presidentes de entidades descentralizadas”.

Ahora bien, no puede perderse de vista que, como lo ha aclarado y reiterado esta Corporación, los raceros para determinar el carácter de libre nombramiento y remoción de un cargo público corresponden a la dirección o confianza que exige el nominador respecto del empleado vinculado

(...)”.

De las normas y la jurisprudencia transcrita, la Sala parte de la premisa según la cual el empleo de Director Territorial de Establecimiento Público, se encuentra clasificado y reconocido en la Carta Política como un cargo de libre nombramiento y remoción del nivel directivo de la Rama Ejecutiva del Poder Público; criterio que corresponde a la Administración Descentralizada del Nivel Nacional, que cumple funciones de nivel jerárquico que atañen manejo y confianza, dirección, conducción, formulación de políticas institucionales, adopción de planes, programas y proyectos. Así mismo, para su designación se deben tener en cuenta las competencias laborales, el mérito, la experiencia, las calidades personales y la capacidad en relación con las funciones y responsabilidades del empleo, en atención a lo normado en el artículo 122 de la Constitución Política, la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015.

3.2. Aplicación por analogía del artículo 2 del Decreto 2485 de 2014

Al respecto se precisa que los Decretos 1792 de 2002, 1785 y 2485 de 2014, fueron recopilados en el Decreto 1083 de 2015, (...) *“por medio del cual se compila en un sólo cuerpo normativo los decretos reglamentarios vigentes de competencia del sector de la función pública, incluidos los atinentes a las siguientes materias: (...) estándares mínimos para elección de personeros municipales; 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 (...)."

Elección de Personeros Municipales:

"(...)

ARTÍCULO 2.2.27.1 Concurso público de méritos para la elección personeros. El personero municipal o distrital será elegido de la lista que resulte del proceso de selección público y abierto adelantado por el concejo municipal o distrital.

Los concejos municipales o distritales efectuarán los trámites pertinentes para el concurso, que podrá efectuarse a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal.

El concurso de méritos en todas sus etapas deberá ser adelantado atendiendo criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones.

(Decreto 2485 de 2014, art. [1](#))

ARTÍCULO 2.2.27.2 Etapas del concurso público de méritos para la elección de personeros. El concurso público de méritos para la elección de personeros tendrá como mínimo las siguientes etapas:

a) Convocatoria. La convocatoria, deberá ser suscrita por la Mesa Directiva del Concejo Municipal o Distrital, previa autorización de la Plenaria de la corporación. La convocatoria es norma reguladora de todo el concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para su realización y a los participantes. Contendrá el reglamento del concurso, las etapas que deben surtir y el procedimiento administrativo orientado a garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de elección.

La convocatoria deberá contener, por lo menos, la siguiente información: fecha de fijación; denominación, código y grado; salario; lugar de trabajo; lugar, fecha y hora de inscripciones; fecha de publicación de lista de admitidos y no admitidos; trámite de reclamaciones y recursos procedentes; fecha, hora y lugar de la prueba de conocimientos; pruebas que se aplicarán, indicando el carácter de la prueba, el puntaje mínimo aprobatorio y el valor dentro del concurso; fecha de publicación de los resultados del concurso; los requisitos para el desempeño del cargo, que en ningún caso podrán ser diferentes a los establecidos en la Ley 1551 de 2012; y funciones y condiciones adicionales que se consideren pertinentes para el proceso

b) Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúna los requisitos para el desempeño del empleo objeto del concurso;

c) Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones del empleo.

El proceso público de méritos para la elección del personero deberá comprender la aplicación de las siguientes pruebas:

1. Prueba de conocimientos académicos, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria, que no podrá ser inferior al 60% respecto del total del concurso.

2. Prueba que evalúe las competencias laborales.

3. Valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria.

4. Entrevista, la cual tendrá un valor no superior del 10%, sobre un total de valoración del concurso.

(...)"

Así mismo del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, se extracta:

"(...)

Este hecho promueve la independencia de los órganos en la conducción del procedimiento." Así pues, resulta jurídicamente posible (imperativo en este caso) que los actuales concejos municipales convoquen y adelanten el concurso público de méritos de que trata el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, de modo que los concejos que se posesionan el 1º de enero siguiente lo finalicen y puedan elegir a los personeros dentro del plazo que les concede la ley para ese efecto. (...) Como ocurre con la generalidad de los concursos públicos de méritos, el procedimiento para la elección de personeros aquí

descrito tiene (i) un componente objetivo (de mayor peso dentro del concurso) que incluye la convocatoria y el reclutamiento de la mayor cantidad de personas habilitadas para ejercer el cargo, la evaluación de su preparación académica y experiencia, y la realización de las pruebas de conocimiento y aptitudes; y (ii) un componente subjetivo (de menor peso relativo dentro del concurso) que envuelve mecanismos como la entrevista y permite un grado de valoración personal e intangible de los candidatos.

(...)

Visto lo anterior, la Sala considera que los actuales concejos municipales podrían llevar a cabo las fases de convocatoria y de reclutamiento, así como las pruebas de conocimientos, competencias laborales y de valoración de estudios y de experiencia, que son objetivas y no se ven afectadas porque las realice la corporación saliente o la entrante; por su parte, los concejos municipales que inician periodo el 1 de enero del próximo año deberán tener reservados para ellos el componente subjetivo (entrevista) y la elección como tal, de manera que se respete la competencia que les asigna la ley⁹.

(...)"

Sobre el tema el Tribunal Constitucional enseña:

"(...)

De acuerdo con esto, la Corte pasa a examinar el caso particular, en la medida en que, por un lado, el Artículo 313.8 del texto constitucional expresamente dispone que a los concejos les corresponde "elegir personero para el período que fije la ley (...)"

Teniendo en cuenta las pautas anteriores, la Corte encuentra que se desconocen las atribuciones constitucionales de los órganos encargados de la elección de un servidor público que no es de carrera, cuando por vía legal se dispone que la decisión debe estar precedida de un concurso público gestionado por un tercer órgano que pertenece a otro nivel territorial. Por este motivo, la función de la Procuraduría de realizar los concursos de méritos entre los candidatos a personero, vacía de contenido la atribución de los concejos municipales y distritales de hacer la elección.

En primer lugar, aunque la elección de servidores públicos supone la realización de un procedimiento complejo que comprende distintas instancias de diversa índole, el concurso público de méritos constituye la fase medular de todo el proceso. Esto se explica por su carácter vinculante, en la medida en que por regla general, quien obtiene la mejor calificación y ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, tiene derecho a acceder al respectivo cargo, de modo que el ente nominador debe atenerse al orden de prelación allí previsto. En otras palabras, se trata de la etapa vertebral de la selección, en cuanto el contenido de las decisiones en torno a la designación, están en función de sus resultados.

Por tal motivo, cuando la etapa fundamental de un proceso electivo que constitucionalmente se atribuye a una entidad territorial, se transfiere a otra

⁹ Radicado 2261. MP William Zambrano Cetina

del orden nacional por vía legal, se vacía de contenido la competencia constitucional. Esto significa que la disposición acusada limita la intervención de los concejos a la formalización y oficialización de una decisión predeterminada por una tercera entidad del orden nacional, como la Procuraduría General de la Nación.

En segundo lugar, este traslado funcional afecta el objeto institucional de los concejos. En efecto, estos órganos tienen tres tipos de roles: de un lado, cumplen funciones de tipo normativo, cuando regulan materias para el funcionamiento de los municipios y distritos, como el uso del suelo, la defensa del patrimonio ecológico y cultural, la prestación de los servicios o la estructura de la administración, entre otras; por otro lado, desempeñan funciones de índole política, relacionadas con el control de la administración municipal o distrital; y finalmente, funciones relacionadas con la designación de servidores municipales o distritales, en el entendido de que uno de los componentes fundamentales de la autonomía de las entidades territoriales radica, justamente, en el derecho a gobernarse por autoridades propias, y a que el control de la conducta oficial y la promoción de los derechos humanos, sea ejercido por órganos del mismo nivel territorial.

De acuerdo con esto, la disposición demandada quedará así:

ARTÍCULO 35. El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

Artículo 170. Elección. Los concejos municipales según el caso, elegirán personeros para períodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero en que inicia su período constitucional, previo concurso público de méritos, de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su período el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.

Para ser elegido personero municipal se requiere: En los municipios de categorías especial, primera y segunda títulos de abogado y de postgrado. En los municipios de tercera, cuarta y quinta categorías, título de abogado. En las demás categorías podrán participar en el concurso egresados de facultades de derecho, sin embargo, en la calificación del concurso se dará prelación al título de abogado¹⁰.

(...)"

De las disposiciones y precedentes transcritos, se establece que el Decreto 1083 de 2015, reglamenta el concurso público y abierto de méritos para elección de Personeros Municipales, y faculta a los concejos municipales para adelantar el concurso directamente en su totalidad o para contratar con entidades especializadas, públicas o privadas que les brinden asesoría y acompañamiento en la mayoría de las etapas; salvo la entrevista, que debe ser realizada por la respectiva corporación; de manera que los concursos se adelanten siguiendo principios de eficiencia, igualdad y economía.

¹⁰ Sentencia C-105-2013. M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez

Designación de Directores Territoriales:

Sobre su designación, el Decreto 1083 de 2015 explica:

“(…)

ARTÍCULO 2.2.28.1 Designación. *El Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de conformidad con el proceso de selección público abierto que se establece en el presente decreto.*

Cuando el área de influencia de una Regional o Seccional abarque dos o más departamentos, el Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces deberá ser escogido de la terna correspondiente, por votación unánime en el primer caso y por la mitad más uno de los respectivos gobernadores, en el segundo caso.

(Decreto 1972 de 2002, art. [1](#))

(Ver Ley 489 de 1998, art. [77](#))

ARTÍCULO 2.2.28.2 Conformación de ternas. *La conformación de las ternas de que trata el artículo anterior, se efectuará con las personas que sean escogidas mediante un proceso de selección público abierto.*

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

Dicho proceso de selección tendrá en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo y por lo menos deberá comprender la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

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

(Decreto 1972 de 2002, art. [2](#))

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

(Decreto 1972 de 2002, art. [3](#))

(...)

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

(...)"

La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, al ocuparse de asuntos que guardan simetría con el aquí abordado, sostuvo que¹¹:

"(...)

B. El mandato constitucional referente a la designación de Gerentes o Directores Regionales de Establecimientos Públicos del orden nacional

La Constitución Política de 1991, dentro de su tendencia de descentralización territorial y con miras a fortalecer la gestión de los Departamentos, estableció en el artículo 305 que el Gobernador debía seleccionar de una terna de candidatos que le presentara el Director General de un Establecimiento Público del orden nacional que funcionara en el Departamento, a la persona que debía ser designada Gerente o Director Regional de ese establecimiento. El numeral 13 de dicha norma superior dispone lo siguiente:

"Artículo 305. *Son atribuciones del gobernador:*

(...)

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.

(...)

En el mismo sentido, la Ley 489 de 1998, el Estatuto de organización y funcionamiento de la Administración Pública, dentro de las normas relacionadas con los establecimientos públicos, incluye el artículo 78, cuyo párrafo ratifica la anterior disposición constitucional. Dice así esta norma:

¹¹ Radicación: 11001-03-06-000-2017-00163-00 (2354). MP.CP. Édgar González López

“Artículo 78. Calidad y funciones del director, gerente o presidente.

(...)

Parágrafo. *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”.* (Se subraya).

Se observa la tendencia descentralista de la norma y se mantiene la disposición de que el Gobernador escoge al Director Regional del Establecimiento Público del orden nacional, pero el nombramiento lo efectúa el Director del establecimiento, conforme se señala claramente en el procedimiento que se verá más adelante.

La consulta se refiere de manera general a los Establecimientos Públicos del orden nacional y alude de manera específica, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, el cual tiene ciertamente la naturaleza jurídica de Establecimiento Público nacional, conforme lo dispone en la actualidad, el Decreto 1084 del 26 de mayo de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación”, cuyo artículo 1.2.1.1 establece lo siguiente:

(...)

C. El procedimiento de escogencia y nombramiento de los Gerentes o Directores Regionales de Establecimientos Públicos del orden nacional

El Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, trae en los artículos 2.2.28.1 a 2.2.28.6, que integran el Título 28, denominado “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”, el procedimiento para efectuar dicha designación.

Inicialmente el artículo 2.2.28.1 reafirma las disposiciones constitucional y legal citadas en precedencia, y prevé que las personas que hayan de

conformar la terna, deben cumplir con los requisitos exigidos por la entidad y ser escogidas conforme al proceso de selección público y abierto establecido por el decreto. Dice así:

“Artículo 2.2.28.1. Designación. El Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de conformidad con el proceso de selección público abierto (sic, debiera decir público y abierto) que se establece en el presente decreto.

(...)

El artículo siguiente, el 2.2.28.2, indica la forma como se debe realizar el proceso de selección público y abierto y los principios aplicables al mismo. Enuncia también los criterios de valoración y las pruebas que deben cumplir los candidatos. Esta importante disposición preceptúa:

Artículo 2.2.28.2. Conformación de ternas. La conformación de las ternas de que trata el artículo anterior, se efectuará con las personas que sean escogidas mediante un proceso de selección público abierto (sic).

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

Dicho proceso de selección tendrá en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo y por lo menos deberá comprender la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

Parágrafo. El proceso de selección público abierto que se realice en cumplimiento de lo dispuesto en el presente Título, se efectuará bajo los criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones. (Decreto 1972 de 2002, art. 2)”.

El artículo 2.2.28.3 prescribe que el proceso de selección público y abierto para la conformación de las ternas, no modifica la naturaleza de los cargos de Gerente o Director Regional de Establecimiento Público nacional, los cuales son de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5º-2-a) de la Ley 909 de 2004, y no significa una limitación de la facultad discrecional del nominador. Esta norma señala lo siguiente:

Artículo 2.2.28.3. Naturaleza del cargo. El proceso de selección público abierto (sic) 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.

(Decreto 1972 de 2002, art. 3)”.

El artículo 2.2.28.4 del referido Decreto 1083 concede un término perentorio de ocho (8) días después de recibida la terna, al Gobernador del respectivo Departamento, para seleccionar a la persona que habrá de ser nombrada Gerente o Director Regional por el Director General del Establecimiento Público. Si se vence dicho plazo, este último, dentro de los ocho (8) días siguientes, podrá seleccionar a la persona y hacer el nombramiento. Dice así:

(...)

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

(...)

(Decreto 1972 de 2002, art. 6).

(...).”

De la exposición normativa y jurisprudencial hecha en precedencia, queda claro que, el Director o Gerente Regional o Seccional de las entidades u organismos públicos del nivel nacional, son de libre nombramiento y remoción, y será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada la Regional o Seccional de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo; conformada con las personas que sean escogidas mediante un proceso de selección público abierto. Aunado, a que será facultativo del nominador su permanencia en el cargo, toda vez que dichos empleos, por su naturaleza, no ostentan estabilidad en el empleo.

3. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso en concreto, se tiene en síntesis, que el accionante, solicita se declare la nulidad de la Convocatoria INV/16-004 de 2016, “*Por medio de la cual el Instituto Nacional de Vías, invita a concurso público - abierto para conformar la terna, para proveer el cargo de libre nombramiento y remoción de Director Territorial Código 0042, Grado 16 de Santander, a través de criterio de mérito, capacidad, experiencia y entrevista*”, expedida por el Director General del Instituto Nacional de Vías.

Igualmente, considera “*que pese a que el concurso por el sistema de meritocracia para proveer empleos que no son de carrera, es constitucionalmente admisible: pero que la convocatoria demandada fue expedida de forma irregular con infracción en*

las normas en que debía fundarse y vulnerando el artículo 10 del Decreto 1785 de 2014, el debido proceso y por analogía juris el artículo 2 del Decreto 2485 de 2014, al establecer que “la entrevista tendrá un puntaje del 25%” y puntuar “la educación formal sin terminar las especializaciones, maestrías o doctorados”.

Afirmó que ante la ausencia de norma expresa para los Directores Territoriales del INVIAS, y por analogía “*juris*” traída del artículo 2 del Decreto 2485 de 2014 y el concepto del 10 de noviembre de 2015 del Consejo de Estado, la entrevista no podía superar el porcentaje del 10%, ya que al haberla fijado en 25% amplía el aspecto subjetivo sobre el objetivo, y supera el porcentaje respecto del asignado a las pruebas de aptitudes y antecedentes; luego no se podía otorgar puntaje a la educación formal sin haberse obtenido el respectivo título.

Exaltó, que el acto administrativo de convocatoria expedido por la entidad demandada, reguló la prueba de conocimientos como eliminatoria y le asignó el “*40%, con un puntaje mínimo aprobatorio del 70% sobre el 100%*”; a la entrevista como clasificatoria “*puntaje del 25%*”; y el 10% al estudio de antecedentes.

Por su parte, la entidad demandada precisó que mediante Decreto 1083 de 2016, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, se derogó el artículo 10 del Decreto 1785 de 2014, de conformidad con lo señalado en el canon 3.3.1, que reza (...) “***Derogatoria integral.*** *Este Decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad con el art. 3 de la Ley 153 de 1887, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al sector de Función Pública que versan sobre las mismas materias, (...)*”, razón por la cual, los argumentos soportados con dicha normatividad por parte del demandante carecen de fundamento legal, dado que, no es aplicable por analogía el artículo 10 del Decreto 1785 de 2014.

Iteró que la parte actora soporta sus argumentos “*como normas infringidas por parte de la entidad demandada, con fundamento en el inciso sexto, numeral 4 del artículo 2 del Decreto 2485 de 2014*”, norma que a todas luces es inaplicable, ya que se emplea para los concursos públicos de elección de Personeros Municipales, la cual fue expedida por el Presidente de la República en uso de las facultades a él conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 1551 de 2012; motivo por el cual solicitó no se acceda a las pretensiones de la demanda.

Concluyó, que el Director General del INVIAS, dentro de sus facultades legales inició el proceso público abierto de selección para conformar la terna para proveer el cargo de Director Territorial Santander – cargo del nivel directivo y de libre nombramiento y remoción. Aunado que al haber fijado el 25% a la entrevista, no es violatorio del ordenamiento constitucional y legal; toda vez que no existe norma que así lo prohíba; dado que en el presente caso, el Decreto 2485 de 2014 no aplica al “*no tratarse de una Ley marco*”.

En el “*sub judice*”, corresponde a la Sala decidir si el Instituto Nacional de Vías - INVIAS -, desconoció las normas en que debió fundarse para proferir el acto administrativo demandado.

Desde ese contexto, el análisis de la censura es el siguiente:

Expedición irregular: el libelista resaltó que la Convocatoria INV16-004 de 2016, contraviene las normas legales en que debió fundarse y el derecho fundamental al “*debido proceso*”, toda vez que vulneró lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1785 de 2014 y el canon 2 del Decreto 2485 del mismo año; normas “*por medio de las cuales se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para la elección de personeros municipales*”, que a su criterio, deben aplicarse por analogía “*juris*” en el proceso de selección del Director Territorial de Santander. Igualmente, porque estableció en la convocatoria que “*la entrevista (...) tendría un puntaje del 25%*” y puntuó la educación formal “*sin terminar las especializaciones, maestrías o doctorados*”; configurándose la causal de nulidad establecida en el inciso 2 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

Frente a este reparo, la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad, en atención a que la parte accionada al momento de expedir la convocatoria, “*Por medio de la cual (...) invita a concurso público - abierto para conformar la terna, para proveer el cargo de libre nombramiento y remoción de Director Territorial Código 0042, Grado 16 de Santander, a través de criterio de mérito, capacidad, experiencia y entrevista*”; lo hizo en cumplimiento a lo normado en el artículo 125 de la Constitución Política, y el Decreto 1083 de 2015, como pasa a explicarse:

El artículo 125 de la Carta Magna, establece:

“(...)

ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

(...)"

En virtud de dicha consagración, se dejó por fuera del sistema de administración de personal, los empleos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y aquellos que determine la Ley. Premisa que sirvió para que la Ley 909 de 2004, en el numeral 2) del artículo 5, clasificará los cargos de libre nombramiento y remoción en la administración pública.

También, aprovechó para indicar que el concurso público de méritos es un procedimiento de selección de servidores públicos basado en la libre concurrencia, la publicidad, la transparencia, la objetividad, la eficiencia, la eficacia, la confiabilidad y el mérito: comoquiera que su objetivo es la búsqueda de las personas más capacitadas e idóneas para el ejercicio del cargo ofrecido, lo cual se relaciona directamente con los derechos fundamentales a la igualdad y a la participación en el ejercicio y conformación del poder público, es el procedimiento aplicable en todos aquellos casos en que la ley, excepcionalmente, no haya previsto una forma diferente de vinculación al empleo público.

Conforme con estos parámetros, se tiene que el cargo de Director Territorial es de aquellos cuyo ejercicio implica la adopción de políticas y directrices. Aunado, que por sus características, grado de confianza, asesoría asistencial, institucional o de apoyo, se enmarca como un empleo de libre nombramiento y remoción.

A fin de determinar si por analogía "*juris*" el inciso 6, numeral 4 del artículo 2 del Decreto 2485 de 2014, se debe aplicar para el proceso de selección de los Directores Territoriales, se hará el siguiente análisis:

PERSONEROS MUNICIPALES	DIRECTORES TERRITORIALES
-------------------------------	---------------------------------

<p align="center">Decreto 2485, derogado Decreto 1083 de 2015</p>	<p align="center">Decreto 1083 de 2015</p>
<p>Elegidos por concurso público de méritos de lista que resulte del proceso de selección público y abierto adelantado por el Concejo Municipal o Distrital.</p>	<p>Elegido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de conformidad con el proceso de selección público abierto que se establece en el presente decreto.</p>
<p>Empleo público por período que fije la ley.</p>	<p>Empleo de libre nombramiento y remoción.</p>
<p>El concurso público de méritos para la elección de personeros tendrá como mínimo las siguientes etapas: convocatoria, reclutamiento y pruebas.</p>	<p>El proceso de selección público abierto 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.</p>
<p>Naturaleza del cargo. El concurso público de méritos señalado en la ley para la designación del personero municipal o distrital no implica el cambio de la naturaleza jurídica del empleo.</p>	<p>Naturaleza del cargo. El proceso de selección público abierto para la integración de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica de los empleos a proveer y tampoco limita la facultad discrecional del nominador.</p>

Así mismo, se estudiará la regulación del principio de la analogía, de conformidad con lo dispuesto en el canon 8 de la Ley 153 de 1887, que a la letra dice:

“(…)

"ARTÍCULO 8°. *Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias*

semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

Esta disposición, que forma parte de un conjunto de reglas generales orientadas a solucionar vacíos legislativos, incongruencia en las leyes, oposición entre ley anterior y ley posterior y la forma de hacer el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo (artículo 1 de la Ley 153 de 1887), fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-083 de 1995, en la cual se indicó que la analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, "pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma.

(...)".

Frente al tema, el Consejo de Estado resalta que:

"(...)

En correspondencia con lo anterior, la Sala estima necesario acudir a los principios de interpretación jurídica que plantea la Ley 153 de 1887 y particularmente a la figura de la analogía consagrada en su artículo 8 cuyo alcance explica que, en caso de ausencia de norma aplicable al caso concreto, se aplicarán aquellas disposiciones que regulen casos o materias semejantes.

La analogía, entonces, comporta "la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma"[24]. Por ende, es dable acudir a lo que establece el inciso 3 del artículo 189 del CPACA en cuanto regula los efectos de las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad, norma cuyo tenor literal es el siguiente:

"Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tiene efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes."

La analogía propuesta se soporta en que, al igual que el medio de control de simple nulidad (art. 137 CPACA), la nulidad por inconstitucionalidad (art.

135 CPACA) se reputa objetiva en consideración a que su objeto se circunscribe a la protección del ordenamiento jurídico¹².

(...)"

A su turno, el Tribunal Constitucional ha manifestado:

"(...)

El principio de la analogía, o argumento a simili, consagrado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, supone estas condiciones ineludibles: a) que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma, y c) que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuido respecto de la primera¹³."

(...)"

Bajo ese contexto, la Sala precisa que el principio de la analogía se aplica a situaciones no contempladas expresamente en la Ley, es decir, que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido. Reglas generales orientadas a solucionar vacíos legislativos que no se observan en el presente caso, toda vez que el Decreto 1083 de 2015, compiló en un sólo cuerpo normativo los decretos reglamentarios vigentes de competencia del sector de la función pública, incluido la designación de los Directores Territoriales.

Por tanto, la Corporación resalta que no puede aplicarse por analogía la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario 2485 de 2014, sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, dado que no regulan una situación semejante a la que debe resolverse ahora: elección de Director Territorial, cuyo empleo es de libre nombramiento y remoción. En esa normativa se aplica el principio que exige el artículo 125 de la Constitución Política, y en tal sentido no se cumplen a cabalidad los presupuestos necesarios para el uso de la analogía, tales como: (i) ausencia de ley aplicable; (ii) existencia de una ley que regula un asunto semejante; y (iii) identidad de razón jurídica.

¹² Radicado: 11001-03-25-000-2016-00019-00 (0034-2016). MP. Gabriel Valbuena Hernández

¹³ Sentencia SU-975 de 2003

Ahora bien, y a fin de establecer si el acto demandado vulnera el derecho fundamental al debido proceso; la Sala enunciará algunos precedentes jurisprudenciales.

Al respecto la Corte Constitucional, ha señalado que:

“(…)

Según el artículo 29 de la Constitución Política, el derecho al debido proceso comprende “una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito administrativo o judicial, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas, ya que es claro que el debido proceso constituye ‘un límite material al posible abuso de las autoridades estatales (Sentencia T-1095 de 2005).

(…)

En cuanto se refiere al debido proceso administrativo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que es un derecho que tiene rango fundamental, ya que a través de él se busca que toda actuación administrativa se someta a las normas y a la jurisprudencia que regula la aplicación de los principios constitucionales.

(…)

Debe resaltarse que, según el citado artículo 29, el debido proceso se aplicará no solo a los procedimientos en sentido estricto, sino a toda clase de actuación administrativa, poniéndose así de presente el amplio carácter tuitivo de esta disposición.

De lo anterior se deduce que la Administración “debe asegurar la efectividad de las garantías que se derivan de dicho principio constitucional. Por este motivo, la jurisprudencia ha entendido que los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, así como los principios de competencia, publicidad, y legalidad de los actos de la administración, tienen aplicación desde la iniciación de cualquier procedimiento administrativo, hasta la conclusión del proceso,(…). Es decir, destaca la Sala, el debido proceso no existe únicamente en el momento de impugnar el acto administrativo final con el cual concluye una actuación administrativa”.

Así las cosas, el derecho fundamental al debido proceso: (i) comprende no sólo las garantías estrictamente derivadas del artículo 29 de la Carta, sino también todos los principios y valores jurídicos de orden constitucional con los cuales se da pleno respeto a los demás derechos para asegurar un orden justo; y (ii) tiene un ámbito de aplicación que se extiende a toda clase de actuaciones, juicios y procedimientos, que generen consecuencias para los administrados, en virtud del cual se les debe

garantizar a éstos la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental.

“En cuanto al alcance constitucional del derecho al debido proceso administrativo, la Corte ha dicho que este derecho es ante todo un derecho subjetivo, es decir, que corresponde a las personas interesadas en una decisión administrativa, exigir que la adopción de la misma se someta a un proceso dentro del cual se asegure la vigencia de los derechos constitucionales de contradicción, impugnación y publicidad¹⁴.

(...)”

De la jurisprudencia reseñada se puede concluir que el derecho al debido proceso comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito administrativo o judicial, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas. Amen, que en aquellos casos en que se le atribuya una norma transgredir tal derecho, es al interesado a quien le corresponde en una decisión administrativa, exigir que la adopción de la misma se someta a un proceso conforme a la constitución y la ley.

Ciertamente, la Sala encuentra que en el *Sub examine* el cargo alegado por la parte actora no se configura violatorio del derecho fundamental al debido proceso, comoquiera que la accionada al proferir el acto administrativo INV/16-004, por medio del cual convocó a concurso de méritos para la elección del cargo de Director Territorial de Santander; lo hizo en virtud de las competencias legalmente atribuidas, conforme a leyes preexistentes, y con la plenitud de las formas propias del procedimiento; dado que, tras varias pruebas y de acuerdo con los puntajes más altos, se conformó la terna para elegir a la persona más idónea para proveer la vacante, a través del criterio del mérito, capacidad, experiencia y entrevista, de conformidad con el Decreto 1083 de 2015, sin que a lo sumo pudiera aplicarse el Decreto 2485 de 2014, por medio del cual se fijan los estándares mínimos para la elección de Personero Municipal o Distrital.

De acuerdo con lo expuesto, debe pronunciarse la Corporación en el sentido que, no se observó del proceso, que la convocatoria INV/16-004 de 2016, expedida por el Director General del Instituto Nacional de Vías (INVIAS), aquí demandado, haya

¹⁴ Corte Constitucional T-956 de 2011. T-295 de 2018.

transgredido el derecho fundamental al debido proceso, ni que se profirió en forma irregular; pues como se explicó en párrafos precedentes, se convocó al proceso de selección para ocupar el cargo de Director Territorial de Santander, acudiendo a procedimientos vigentes que están enmarcados legalmente por la Ley; sin que sea de recibo que la convocatoria se realizó con violación de las normas en que debió fundarse. En consecuencia, su presunción de legalidad quedará incólume.

Esas las razones para considerar que el referido cargo no prospera.

III.DECISIÓN

En suma, se tiene que la Convocatoria INV/16-004 de 2016, no fue expedida con infracción de las normas en que debería fundarse, ni de manera irregular, toda vez que no riñe con los artículos 6, 29 y 121 de la Constitución Política. Por el contrario, la Sala arribó a la conclusión que se constituye en fiel desarrollo de estas disposiciones normativas; razón por la cual, el cargo endilgado en la demanda no está llamado a prosperar, y por ende, se negaran las suplicas de la demanda.

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

F A L L A

NEGAR las pretensiones de la demanda, relacionadas con la nulidad de la Convocatoria INV/16-004 de 11 de 2016, "*Por medio de la cual el Instituto Nacional de Vías, invita a concurso público - abierto para conformar la terna, para proveer el cargo de libre nombramiento y remoción de Director Territorial Código 0042, Grado 16 de Santander, a través de criterio de mérito, capacidad, experiencia y entrevista*", expedida por el Director General del Instituto Nacional de Vías.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER