

PROCESO ELECTORAL - Acción electoral es la adecuada para controvertir legalidad de nombramiento / INEPTA DEMANDA - indebida escogencia de la acción / NULIDAD NOMBRAMIENTO DE SERVIDOR PUBLICO - Acción procedente para controvertir su legalidad / ACTO DE NOMBRAMIENTO - Acción electoral es la adecuada para controvertir su legalidad / ACCION ELECTORAL - Procedencia para controvertir legalidad de nombramiento de servidor público

La parte demandada propuso la excepción enunciada, pues considera que las discrepancias del actor frente al proceso de selección externo que adelantó el contratista de Colpensiones “debían ser dilucidadas en el marco de otro tipo de acción contenciosa, en donde el juez de conocimiento tuviese plena competencia sobre la litis, lo que no permite la presente acción electoral...”. De lo anterior habrá de destacar la Sala que el demandado omitió sugerir la acción judicial que, a su juicio, debió ejercer el actor para formular su pretensión, lo que, de entrada, resta validez a la proposición y pone al juez en el trabajo de identificar cuál sería ese otro medio judicial que le haría inhibirse. En todo caso, la excepción no prospera porque el acto demandado es uno de nombramiento en un cargo público y para obtener su nulidad la acción judicial diseñada por el legislador es, precisamente, la electoral que ejerció el actor en el caso concreto. Ello se observa en varios artículos del Código Contencioso Administrativo: el 136, numeral 12, que establece en 20 días el término de caducidad de la acción electoral para demandar la elección o “el nombramiento”; el 236A, que al regular la acumulación de pretensiones en el proceso electoral se refiere al elegido o “nombrado”; y el 237, que también habla de elección o “nombramiento” en el contexto de la acumulación de procesos electorales. Además, es abundante la jurisprudencia que señala a la acción electoral como el medio idóneo para impugnar nombramientos en cargos públicos. Conviene recordar que lo que define la acción procedente es el objeto de la demanda y deberá el interesado buscar en la ley cuál se ajusta a lo que pretende. Así que resultan indiferentes, para efectos de la definición de la acción, los reproches que el actor hace en la demanda a los contratos celebrados por Colpensiones con PSA Consultores para llevar a cabo el comentado proceso de selección, lo mismo que al desarrollo del objeto contractual. Siendo la acción electoral la procedente para pretender la nulidad del acto de nombramiento censurado por el actor, emprende la Sala el estudio de fondo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 NUMERAL 12 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 236A / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 237

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - Empresa industrial y comercial del estado organizada como entidad financiera de carácter especial / COLPENSIONES - Naturaleza jurídica / COLPENSIONES - Objeto. Administración estatal del régimen de prima media con prestación definida / COLPENSIONES - Estructura / COLPENSIONES - Régimen legal

La Ley 1151 de 2007, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, en el artículo 155 creó la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al entonces Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto sería la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida. Tendría un presidente nombrado por la Junta Directiva que administraría la entidad y la Junta estaría conformada por el ministro de la Protección Social o su viceministro delegado, el ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado y un representante del presidente de la República. La naturaleza jurídica y el objeto

de Colpensiones fueron reiterados por el Decreto 4488 de 2009, que también estableció la estructura y funciones de la entidad. Entre las dependencias contempladas estaba la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal que involucra este asunto. Más adelante, como consecuencia del Decreto Ley 4121 de 2011 -que cambió la naturaleza jurídica de Colpensiones a empresa industrial y comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo- se aprobó una nueva estructura interna de la entidad en que la referida Vicepresidencia pasó a denominarse Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General. Pero, en todo caso, al demandado se lo nombró en vigencia del Decreto 4488 de 2009; de ahí que su cargo tuviera la denominación anterior. Dice igualmente el Decreto Ley 4121 de 2011 que el régimen legal de Colpensiones lo integran el mismo Decreto, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y los estatutos, éstos últimos contenidos en el Acuerdo 002 de 2009, modificado por el Acuerdo 009 de 2011.

FUENTE FORMAL: LEY 11 DE 2007 - ARTICULO 155 / DECRETO 4488 DE 2009 ARTICULO 6 / DECRETO 4488 DE 2009 ARTICULO 15 / DECRETO LEY 4121 DE 2011 ARTICULO 6 / DECRETO LEY 4121 DE 2011 ARTICULO 20

NULIDAD NOMBRAMIENTO DE VICEPRESIDENTE JURIDICO Y DOCTRINAL DE COLPENSIONES - Improcedencia. Acto de nombramiento se ajustó a los estatutos / NULIDAD NOMBRAMIENTO DE SERVIDOR PUBLICO - Improcedencia. Se cumplieron las reglas del proceso de selección señaladas en el respectivo contrato / PROVISION DEL CARGO DE VICEPRESIDENTE JURIDICO Y DOCTRINAL DE COLPENSIONES - Supone la realización de un proceso de selección y requiere la concurrencia de dos voluntades: la de la Junta Directiva y la del presidente / CONCURSO DE MERITOS - La realización de un proceso de selección no convierte un cargo de libre nombramiento y remoción en uno de carrera administrativa

El actor pretende la nulidad del nombramiento de Diego Fernando Manrique Nieto como vicepresidente Jurídico y Doctrinal de Colpensiones, efectuado por el presidente de la entidad mediante Resolución 104 de 5 de septiembre de 2011. Los cargos que formula contra el acto demandado son dos. El primero es la violación al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Dicho cargo está sustentado en (i) la ausencia de reglas claras previas al proceso de selección, (ii) la omisión de publicar los resultados de cada etapa e impedir, de paso, la impugnación a los participantes, (iii) la suscripción del contrato 007 de 28 de julio de 2011 en pleno desarrollo del proceso de selección, cuando el mismo había iniciado con el contrato 003 de 2011 y (iv) la negativa del presidente de Colpensiones de suministrar voluntariamente la información sobre los resultados del proceso de selección, que tuvo que ordenarle un juez de tutela. El segundo cargo es violación de los artículos 209 de la Constitución Política y 2, numerales 1 y 2 de la Ley 909 de 2004. El actor considera que la decisión de proveer el cargo de vicepresidente Jurídico y Doctrinal de Colpensiones por un proceso de selección imponía a la entidad respetar los principios de publicidad y transparencia que gobiernan la función pública y, además, que dicho proceso no podía adelantarse exclusivamente según lo estipulado en un contrato privado celebrado con una firma cazatalentos. En primer lugar, no hubo violación al debido proceso, pues las reglas del proceso de selección estuvieron señaladas en el contrato 007 de 2011 y las mismas se cumplieron, en la medida en que, como se anotó en el ordinal anterior, se surtieron todas las etapas y se realizaron la totalidad de las pruebas señaladas en el contrato 007 de 2011. Además, el nombramiento hecho por el presidente a favor del demandado fue previamente avalado por la Junta Directiva, en la forma en que ordenan los estatutos. El

proceso de selección que adelantó Colpensiones para proveer el cargo que ocupa el demandado debía sujetarse exclusivamente a las reglas establecidas en el referido contrato y el posterior nombramiento sólo requería la intervención de dos voluntades, que en efecto concurrieron. Así las cosas, en ningún caso los procesos de selección que se adelanten para proveer cargos de libre nombramiento y remoción tendrán las mismas exigencias ni las mismas características que un concurso de méritos en el contexto de la carrera administrativa. Y mucho menos el nombrado adquirirá los derechos que concede el acceso a un cargo por carrera administrativa. Por lo mismo, los principios de transparencia y publicidad de la función pública, que para el actor obligaban a Colpensiones y al contratista del proceso de selección del contrato 007 de 2011 a proceder cual si se tratara de un concurso de méritos, no resultaban aplicables en la forma en que aquél lo reclama, es decir, con la publicación de resultados y oportunidades para presentar recursos administrativos. Considera la Sala que las actuaciones aparentemente irregulares que pudieron haberse presentado en ejecución de los contratos suscritos con aquella firma no tienen la capacidad de viciar de nulidad al acto de nombramiento demandado, porque Colpensiones se ajustó a sus estatutos para expedirlo, como se probó. En todo caso, la terna de candidatos sí es posterior a la suscripción del contrato, como lo demuestran las certificaciones de la representante legal de PSA Consultores. Por último, la Sala no vislumbra en el expediente y ni siquiera el actor sugiere que se hubiera desconocido el derecho a la igualdad de los participantes, ni mucho menos se discute que el demandado no reuniera los requisitos para ocupar el cargo en el que resultó nombrado. Por todo lo anterior, la pretensión de nulidad y, de suyo, la de ordenar a Colpensiones la realización de un nuevo proceso de selección, se negarán.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-28-000-2011-00060-00

Actor: JUAN PABLO SUAREZ OROZCO

Demandado: VICEPRESIDENTE JURIDICO Y DOCTRINAL DE COLPENSIONES

Decide la Sala en única instancia la demanda electoral instaurada por el actor contra la Resolución 104 de 5 de septiembre de 2011, por la cual el presidente de Colpensiones nombró al demandado en el cargo de vicepresidente grado 05, de la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal de la entidad.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Como se anunció, está dirigida contra la Resolución 104 de 5 de septiembre de 2011, por la cual presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, nombró a Diego Fernando Manrique Nieto en el cargo de vicepresidente grado 05, de la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal de la entidad.

Además de la nulidad del aludido acto administrativo, el actor pretende que se ordene a aquella entidad que realice un nuevo proceso de selección para proveer ese cargo (fls. 24-43).

1.1. Hechos

a) El actor participó en el proceso de selección para el mencionado cargo. Se inscribió por internet en mayo de 2011.

b) El proceso de selección estuvo a cargo de la Unión Temporal PSA Consultores y Cía. Ltda. y de Serviespeciales, en virtud del contrato 003 de 18 de agosto de 2010.

c) El actor presentó 7 pruebas de conocimiento y fue llamado a 2 entrevistas, una con Serviespeciales y otra con el presidente de Colpensiones.

d) El 18 de agosto de 2011 formuló una petición para conocer los resultados del proceso, porque nada había sido informado.

e) El 19 de agosto de 2011 fue publicada la hoja de vida del demandado, por haber sido seleccionado para ocupar el cargo objeto del proceso.

f) El 22 de agosto de 2011 instauró una tutela contra Colpensiones por violación de los derechos al debido proceso, la contradicción y el de petición y por desconocimiento del principio de publicidad, porque en el proceso de selección

nunca se informó a los participantes la evolución de las etapas ni los puntajes, lo que le impidió controvertir las decisiones.

g) El 30 de agosto de 2011 Colpensiones respondió a su petición negándole los documentos que solicitó, alegando confidencialidad con el contratista, derecho a la intimidad de los demás participantes y el carácter reservado de la información requerida. Agregó que el proceso de selección no debía adelantarse según las normas de la carrera administrativa porque se trataba de proveer un cargo de libre nombramiento y remoción.

h) Manifiesta el actor que en dicha respuesta la entidad hizo referencia al contrato 007 de 2011, del que no tuvo conocimiento anteriormente y con el que fueron modificadas las reglas del proceso de selección, en detrimento de los derechos de los participantes.

i) El 5 de septiembre de 2011 se produjo el nombramiento demandado, sin esperar al fallo de tutela ni dar la oportunidad de controvertir los resultados de las distintas etapas del proceso de selección.

j) Mediante sentencia de 6 de septiembre de 2011 el Juzgado 16 Administrativo de Bogotá amparó los derechos al debido proceso y el acceso a la información al actor y ordenó en consecuencia a Colpensiones entregar la información solicitada en la petición de 18 de agosto de 2011.

k) En cumplimiento de tal orden, el presidente de Colpensiones envió una serie de documentos al actor con oficio recibido el 14 de septiembre de 2011, pero como estaban incompletos, promovió un incidente de desacato.

l) Estando en trámite el incidente, Colpensiones completó la documentación, con la que el actor da por demostrado que en vigencia del contrato 007 de 2011 no presentó pruebas ni entrevistas.

1.2. Cargos

a) Violación al debido proceso administrativo

Invocando el artículo 29 de la Constitución Política, el actor sostiene que Colpensiones violó el debido proceso administrativo dentro del proceso de selección del cargo de vicepresidente jurídico y doctrinal, de una parte, porque no contó con reglas claras, ni antes de la convocatoria ni durante su desarrollo y, de otra, porque no publicó los resultados de las pruebas ni los puntajes a cada factor de evaluación, lo que de paso le impidió ejercer los derechos de contradicción y defensa.

Aseguró el actor, además, que Colpensiones cambió arbitrariamente las reglas del proceso de selección, porque inició con el contrato 003 de 2011 que celebró con las empresas seleccionadoras para todos los cargos de la entidad, pero el 28 de julio de 2011 suscribió otro contrato -el 007 de 2011- exclusivamente para el cargo al que él aspiraba.

También reprochó que la entidad le entregara la información sobre los resultados del concurso únicamente con intervención del juez de tutela y cita apartes del fallo correspondiente para destacar que todo lo referente a procesos de selección de personal debe ser público.

b) Violación de los artículos 209 de la Constitución Política y 2, numerales 1 y 2 de la Ley 909 de 2004

Apoyado en jurisprudencia constitucional, el actor considera que, si Colpensiones decidió convocar a concurso para proveer el cargo de vicepresidente jurídico y doctrinal, debió seguir los principios de la función pública, principalmente los de publicidad y transparencia, independiente de que la naturaleza del cargo fuera de libre nombramiento y remoción.

Así mismo, refutó la afirmación del presidente de Colpensiones al responder su petición, en el sentido de que el proceso de selección no tenía el carácter de actuación administrativa o acto administrativo y que, por lo mismo, no podía haber violación del debido proceso administrativo. En contraste, dijo que la convocatoria y la selección no se enmarcaban exclusivamente en un contrato privado celebrado con una firma cazatalentos.

2. Contestación de la demanda

El demandado, a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, inició proponiendo la excepción de *“inepta demanda por indebida escogencia de la acción”*, porque las discrepancias del actor frente al desarrollo del proceso de selección ejecutado en virtud de contratos, ameritaban un escenario distinto, que en todo caso no precisó.

Seguidamente concentra la defensa del acto de nombramiento demandado en dos desaciertos del actor. De una parte, asegura que el actor confunde, siendo distintos, el proceso de selección externo contractual, el proceso administrativo general y el concurso que regula la Ley 909 de 2004.

Explica que los cargos de libre nombramiento y remoción escapan al régimen de carrera administrativa y que sólo requieren el cumplimiento de los requisitos del nombrado, la confianza del nominador y el ejercicio de su facultad discrecional. Informa que la naturaleza de libre nombramiento y remoción del cargo de vicepresidente jurídico y doctrinal está señalada en el artículo 20 del Acuerdo 002 de 2009, que contiene los estatutos de Colpensiones.

Agrega que, no obstante lo anterior, la entidad dispuso en el artículo 10, numeral 22 de los mismos estatutos que los empleos directivos fueran provistos por proceso de selección externo, junto con la aprobación de la Junta Directiva. Destaca que la ley no lo exige así para los cargos de dirección y confianza.

Informa que el proceso de selección del caso concreto se adelantó en virtud del contrato de prestación de servicios 007 de 28 de julio de 2011, suscrito con la sociedad Psicólogos Asesores y Cía. Ltda. (PSA Consultores). A partir de ahí, argumenta que dicho proceso no fue una típica actuación administrativa ni mucho menos el concurso público previsto en la Ley 909 de 2004 para proveer empleos de carrera administrativa.

Con relación a lo anterior, aunque reconoce que la jurisprudencia admite la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción siguiendo esa norma cuando la ley lo dice o la administración lo considera, la sentencia C-181 de 2010 que cita el demandante no se ocupa del caso -como este- en que se adelanta un proceso de selección externo y de origen contractual, implementado y ejecutado

por Colpensiones. Al respecto, también resalta que el actor supo desde el principio que el proceso de selección era externo y producto de una contratación de servicios con un tercero.

Finaliza esta parte de la defensa manifestando que el demandado cumplió los requisitos para ocupar el cargo en el que fue nombrado y fue el mejor candidato; que la Junta Directiva aprobó su nombramiento y que se informó al respecto en la página web de la entidad.

De otra parte, sostiene que el acto administrativo de nombramiento demandado no fue consecuencia obligatoria del proceso de selección externo contractual, pues *“Ni siquiera el ganador del concurso tendría, por esa sola razón y bajo las reglas contractuales que quedaron incorporadas en dicho proceso, el derecho adquirido e inalienable de ser nombrado, pues a lo sumo, ello le representaría una mera expectativa frente a su ingreso como empleado público, ya que la terna final, quedaba sometida a la aprobación de la Junta Directiva como ya vimos.”* (fl. 75).

Luego reconoce lo ocurrido con la petición que presentó el actor, pero destaca que fue subsanado con las respuestas del presidente de Colpensiones y que, de todos modos, ello es ajeno a la legalidad del acto administrativo demandado, expedido por el funcionario competente.

Continúa manifestando que no hubo violación del derecho de contradicción porque el acto demandado era un acto condición, que no tenía recursos.

También llama la atención en que las consideraciones de la resolución de nombramiento no incluyeron los resultados del proceso de selección y que, en cualquier caso, el actor debió demostrar desviación de poder y que otro aspirante obtuvo un mejor puntaje que el nombrado.

Finalmente, aclara que, si bien el proceso de selección inició con el contrato 003 de 2011, la selección del demandado se hizo bajo el contrato 007 de 2011.

3. Intervención de Colpensiones

El representante legal de Colpensiones también contestó la demanda, en defensa del acto administrativo por el cual se nombró al demandado (fls. 82-87).

Informó que el proceso de selección del cargo de vicepresidente grado 5 de la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal se inició en julio de 2011 y para el efecto se suscribió el contrato 007 de 28 de julio de 2011 con la empresa PSA Consultores.

Seguidamente relacionó las 9 pruebas que presentó el actor durante dicho proceso y destacó las 2 entrevistas que se hicieron.

Sobre la petición de información que formuló el actor, dijo que en el contrato antes aludido se pactó una cláusula de confidencialidad *“con la intención de salvaguardar la información de terceros reconocida legal y jurisprudencialmente...”* (fl. 84). Añadió que, sin embargo, en cumplimiento de la tutela también instaurada por el actor le fueron suministrados los documentos que solicitó.

Señaló que la Junta Directiva aprobó por unanimidad el nombramiento del demandado el 2 de agosto de 2011, que el 19 se publicó la hoja de vida en la página de Colpensiones y el 30 en la del DAPRE, hasta que finalmente fue nombrado mediante Resolución 104 de 5 de septiembre de 2011 y ese mismo día se posesionó en el cargo.

Manifestó que el demandado obtuvo el mejor puntaje de la terna presentada por el contratista (68,84%) y que el nombramiento resultó de la aplicación de las reglas establecidas en el contrato.

4. Alegatos de conclusión

a) Del actor

En sus alegatos de conclusión (fls. 410-416), el actor reitera que el acto administrativo de nombramiento cuestionado es violatorio de los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y del 2º, numerales 1 y 2 de la Ley 909 de 2004. En cuanto al debido proceso, insiste en que el proceso de selección para elegir al vicepresidente jurídico y doctrinal de Colpensiones no tuvo reglas claras ni criterios de selección previos. Así mismo, reprochó que para conocer los resultados de las distintas etapas fueran necesarias una petición y una tutela y que la publicación de

la hoja de vida de la persona seleccionada no esperara a que los demás aspirantes pudieran controvertir tales resultados.

Luego reitera lo que ocurrió con las respuestas de las peticiones que formuló ante Colpensiones, es decir, que la información la obtuvo con intervención del juez de tutela, incluido un incidente de desacato.

Sostiene nuevamente que su participación en el proceso de selección fue anterior al contrato 007 y dice que así lo demuestran, especialmente, las fechas en que fue entrevistado y en que se inscribió.

Cuestiona la seriedad del concurso porque el contrato 007 fue suscrito el 28 de julio de 2011 y que la selección del demandado fue aprobada por la Junta Directiva el 2 de agosto siguiente.

De otra parte, con relación a los artículos 209 y 2, numerales 1 y 2 de la Ley 909 de 2004, una vez más alega el desconocimiento de los principios de publicidad y transparencia del proceso de selección y que la convocatoria se enmarcó solamente en las estipulaciones pactadas en un contrato privado celebrado con una firma cazatalentos.

Por último, frente la excepción de inepta demanda, la desecha tan solo invocando los artículos 84 y 28 (sic), numeral 3 del Código Contencioso Administrativo.

b) Del demandado

El apoderado del demandado reitera íntegramente la contestación de la demanda y nada nuevo alega con relación a ese memorial (fls. 417-428).

5. Concepto del Ministerio Público

El procurador Séptimo Delegado ante esta Corporación solicitó negar las pretensiones de la demanda.

Inició descartando la excepción de inepta demanda que propuso el demandado, porque se pretende la nulidad de un acto de nombramiento, contra los que procede justamente la acción electoral que ejerció el actor. Agregó al respecto que el control judicial recae sobre el fundamento jurídico supuestamente inobservado, pero no sobre el soporte fáctico.

También desechó la violación al debido proceso que alega la demanda, porque el actor no cumplió con la carga de indicar las normas procesales atinentes a la selección del demandado que habría desatendido la administración.

Indicó que las normas aplicables al nombramiento del vicepresidente jurídico y doctrinal de Colpensiones estaban en sus estatutos (artículos 20, inciso 2 y 16, numeral 9), en los que solamente decía que dicho cargo era de libre nombramiento y remoción, que el nombramiento correspondía al presidente de la entidad, que debía ser aprobado previamente por la Junta Directiva y que se adelantaría un proceso de selección externo.

Con relación a este punto, añadió que la supuesta inobservancia de las condiciones del contrato suscrito con PSA Consultores no podía general la nulidad del acto de designación, porque este último tenía un régimen legal propio, además de que el actor no señaló el referente normativo al que debía someterse la designación del cargo.

Finalizó esta parte manifestando que las actuaciones de particulares no podían configurar la violación al debido proceso.

Al ocuparse del otro cargo -el de violación de los artículos 209 y la ley 909 de 2004- explicó que el cumplimiento de los principios de la función pública han de predicarse de los contratos que celebró Colpensiones para llevar a cabo del proceso de selección, mas no frente al procedimiento adelantado para cumplir el objeto contractual.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El numeral 3 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el numeral 3º del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 de la Sala Plena del Consejo de Estado, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003, otorgan a esta Sala la competencia para decidir en única instancia la demanda electoral contra la Resolución 104 de 5 de septiembre de 2011, por la cual el presidente de Colpensiones nombró a Diego Fernando Manrique Nieto en el cargo de vicepresidente jurídico y doctrinal de la entidad.

2. Excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción

La parte demandada propuso la excepción enunciada, pues considera que las discrepancias del actor frente al proceso de selección externo que adelantó el contratista de Colpensiones *“debían ser dilucidadas en el marco de otro tipo de acción contenciosa, en donde el juez de conocimiento tuviese plena competencia sobre la litis, lo que no permite la presente acción electoral...”* (fl. 67).

De lo anterior habrá de destacar la Sala que el demandado omitió sugerir la acción judicial que, a su juicio, debió ejercer el actor para formular su pretensión, lo que, de entrada, resta validez a la proposición y pone al juez en el trabajo de identificar cuál sería ese otro medio judicial que le haría inhibirse.

En todo caso, la excepción no prospera porque el acto demandado es uno de nombramiento en un cargo público y para obtener su nulidad la acción judicial diseñada por el legislador es, precisamente, la electoral que ejerció el actor en el caso concreto.

Ello se observa en varios artículos del Código Contencioso Administrativo: el 136, numeral 12, que establece en 20 días el término de caducidad de la acción electoral para demandar la elección o *“el nombramiento”*; el 236A, que al regular la acumulación de pretensiones en el proceso electoral se refiere al elegido o *“nombrado”*; y el 237, que también habla de elección o *“nombramiento”* en el contexto de la acumulación de procesos electorales.

Además, es abundante la jurisprudencia que señala a la acción electoral como el medio idóneo para impugnar nombramientos en cargos públicos.¹

Conviene recordar que lo que define la acción procedente es el objeto de la demanda y deberá el interesado buscar en la ley cuál se ajusta a lo que pretende.

Así que resultan indiferentes, para efectos de la definición de la acción, los reproches que el actor hace en la demanda a los contratos celebrados por Colpensiones con PSA Consultores para llevar a cabo el comentado proceso de selección, lo mismo que al desarrollo del objeto contractual.

Siendo la acción electoral la procedente para pretender la nulidad del acto de nombramiento censurado por el actor, emprende la Sala el estudio de fondo.

3. El caso concreto

El actor pretende la nulidad del nombramiento de Diego Fernando Manrique Nieto como vicepresidente Jurídico y Doctrinal de Colpensiones, efectuado por el presidente de la entidad mediante Resolución 104 de 5 de septiembre de 2011 (fl. 1).

Los cargos que formula contra el acto demandado son dos. El primero es la violación al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política en los siguientes términos:

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...)”

Dicho cargo está sustentado en (i) la ausencia de reglas claras previas al proceso de selección, (ii) la omisión de publicar los resultados de cada etapa e impedir, de paso, la impugnación a los participantes, (iii) la suscripción del contrato 007 de 28 de julio de 2011 en pleno desarrollo del proceso de selección, cuando el mismo había iniciado con el contrato 003 de 2011 y (iv) la negativa del presidente de

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 23 de febrero de 2006, Rad. 2828-03; Subsección B, sentencia de 4 de octubre de 2007, Rad. 5645-05 y auto de 26 de junio de 2008, Rad. 2281-07. Sección Quinta, auto de 1º de marzo de 2001, Rad. 2504, sentencia de 25 de mayo de 2001, Rad. 2467, sentencia de 29 de junio de 2001, Rad. 2552, sentencia de 24 de octubre de 2002, Rad. 2833, auto de 24 de abril de 2003, Rad. 3105, auto de 6 de agosto de 2003, Rad. 3137, sentencia de 26 de febrero de 2004, Rad. 3132, sentencia de 1º de junio de 2006, Rad. 3805 y sentencia de 10 de mayo de 2007, Rad. 0419.

Colpensiones de suministrar voluntariamente la información sobre los resultados del proceso de selección, que tuvo que ordenarle un juez de tutela.

El segundo cargo es violación de los artículos 209 de la Constitución Política y 2, numerales 1 y 2 de la Ley 909 de 2004, cuyo texto conviene transcribir:

CONSTITUCION POLITICA

“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

LEY 909 DE 2004: *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”*

“ARTICULO 2o. PRINCIPIOS DE LA FUNCION PUBLICA.

1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.”

El actor considera que la decisión de proveer el cargo de vicepresidente Jurídico y Doctrinal de Colpensiones por un proceso de selección imponía a la entidad respetar los principios de publicidad y transparencia que gobiernan la función pública y, además, que dicho proceso no podía adelantarse exclusivamente según lo estipulado en un contrato privado celebrado con una firma cazatalentos.

Para analizar los cargos, la Sala estima conveniente aproximarse al nacimiento de Colpensiones, su naturaleza jurídica, su estructura y funciones, destacando las disposiciones que regulan el nombramiento del aludido cargo.

A partir de allí y de las pruebas arrimadas al expediente, se determinará si le asiste razón o no al actor en sus argumentos.

3.1. Sobre Colpensiones

La Ley 1151 de 2007, “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*”, en el artículo 155 creó la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al entonces Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto sería la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida. Tendría un presidente nombrado por la Junta Directiva que administraría la entidad y la Junta estaría conformada por el ministro de la Protección Social o su viceministro delegado, el ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado y un representante del presidente de la República.

La naturaleza jurídica y el objeto de Colpensiones fueron reiterados por el Decreto 4488 de 2009, que también estableció la estructura y funciones de la entidad. Entre las dependencias contempladas estaba la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal que involucra este asunto.²

Más adelante, como consecuencia del Decreto Ley 4121 de 2011 -que cambió la naturaleza jurídica de Colpensiones a empresa industrial y comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo- se aprobó una nueva estructura interna de la entidad en que la referida Vicepresidencia pasó a denominarse Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General.³ Pero, en todo caso, al demandado se lo nombró en vigencia del Decreto 4488 de 2009; de ahí que su cargo tuviera la denominación anterior.

Dice igualmente el Decreto Ley 4121 de 2011 que el régimen legal de Colpensiones lo integran el mismo Decreto, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y los estatutos⁴, éstos últimos contenidos en el Acuerdo 002 de 2009, modificado por el Acuerdo 009 de 2011.

3.2. Reglas para la provisión de cargos del nivel directivo en Colpensiones

Como se observa del recuento anterior, Colpensiones fue creada en el 2007 y a partir de 2009 inició la expedición del marco normativo y estatutario que permitiría su establecimiento y funcionamiento efectivo.

² Artículos 6º y 15.

³ Artículos 6º y 20.

En cuanto al personal, el artículo 20 de los estatutos (Acuerdo 002 de 2009, modificado por el 009 de 2011), advierte que serán dos clases servidores públicos: empleados públicos de libre nombramiento y remoción, los que desempeñen cargos de los niveles directivo (presidente, vicepresidentes, jefes de oficina y gerentes) y asesor; los demás serán trabajadores oficiales.

Dicen también los estatutos que corresponde al presidente de la entidad *“Nombrar, posesionar y remover a los empleados públicos de COLPENSIONES”* (Artículo 16, numeral 14) y *“Dirigir los procesos de selección de personal para el ingreso de servidores públicos a la Empresa de conformidad con las políticas institucionales establecidas.”* (numeral 15).

Ahora, cuando se trata de empleos del nivel directivo -como el que está involucrado en el *sub* *judice*- interviene la Junta Directiva, pues de acuerdo con los estatutos aquélla debe *“Aprobar u objetar los candidatos a ocupar empleos del nivel Directivo de la Empresa que le sean presentados por el presidente previo proceso de selección externo”* (numeral 22) y *“Aprobar u objetar los candidatos a ocupar empleos del Nivel Directivo de COLPENSIONES presentados por el Presidente, que sean servidores de la Empresa o seleccionados a través de procesos de selección externa.”* (Numeral 25).

Es claro, entonces, la provisión del cargo de Vicepresidente Jurídico y Doctrinal de Colpensiones supone la realización de un proceso de selección y después requiere la concurrencia de dos voluntades: la de la Junta Directiva, que aprueba u objeta a los candidatos que le presenta el presidente y, la de éste, que lo nombra.

3.3. Del proceso de selección que precedió a la Resolución 104 de 5 de septiembre de 2011

En cumplimiento de las disposiciones estatutarias reseñadas en el ordinal anterior, el 18 de agosto de 2010 Colpensiones celebró con la Unión Temporal PSA Consultores y Cía. Ltda. y Serviespeciales S.A. el contrato 003 (fls. 91-126), que entre las consideraciones explica:

⁴ Artículo 3º.

“Que, para poner en marcha la entidad, se requiere contratar los servicios de una empresa especializada que realice el proceso de selección de los empleados públicos del nivel directivo y asesor, y de los trabajadores oficiales de COLPENSIONES, y apoye las actividades operativas tendientes a la provisión de dichos empleos de conformidad con el Decreto 4488 del 18 de noviembre de 2009.” (fl. 91).

En ese sentido, el contrato tuvo por objeto *“realizar el proceso de selección de los empleados públicos del nivel directivo y asesor, y de los trabajadores oficiales de COLPENSIONES...”* (fl. 92). El contrato fijó un plazo de 2 meses desde la aprobación de la garantía única (cláusula segunda) y específicamente serían provistos los siguientes cargos (cláusula tercera)⁵:

- Del nivel directivo, 6 vicepresidentes grado 5: tecnología, de servicio al cliente, comercial, de gestión de recursos, de gestión de historia laboral y pensional y de beneficios y prestaciones.
- Del nivel asesor, 64 asesores: 3 grado 2 para la presidencia, 29 grado 2 para la planta global y 32 grado 1 para la planta global.
- 12 trabajadores oficiales: 2 asistentes de presidencia, 6 asistentes de la planta global y 4 profesionales de la planta global.

Nótese que entre el personal directivo no figura el de vicepresidente jurídico y doctrinal que interesa a este asunto. Este cargo tuvo un contrato independiente - como lo indicaron tanto el demandado como Colpensiones- y fue el tantas veces mencionado contrato 007 de 28 de julio de 2011 (fls. 127- 145 y 254-271)⁶, celebrado nuevamente con PSA Consultores.

En efecto, el objeto del referido contrato consistió en *“realizar el proceso de selección externo para proveer el cargo de Vicepresidente Grado 5 (Vicepresidente Jurídico y Doctrinal) de COLPENSIONES...”* (fl. 255) y debía ejecutarse dentro de los 15 días siguientes a su legalización. Entre las obligaciones especiales del contratista (cláusula cuarta) se incluyó la *“4) Conformación de Terna... con los tres mejores puntajes obtenidos al finalizar la totalidad de las pruebas”* (fl. 135).

⁵ Folio 98.

⁶ El documento fue aportado al expediente en dos oportunidades por Colpensiones. El segundo ejemplar (fls. 254-271) está incompleto.

De acuerdo con la constancia de la vicepresidenta de Talento Humano de Colpensiones (fls. 364-372), que coincide con lo previsto en el propio contrato 007, en dicho proceso de selección se surtieron las siguientes etapas y pruebas:

- a) Reclutamiento de aspirantes
- b) Verificación de cumplimiento de requisitos
- c) Aplicación de pruebas:
 - Prueba de conocimientos (clasificatoria)
 - Prueba psicotécnica (clasificatoria)
 - Prueba de competencias comportamentales (clasificatoria)
 - Valoración de logros académicos y laborales (análisis de antecedentes) (clasificatoria)
 - Entrevista
- d) Conformación de terna

Según certificaciones de la representante legal del contratista (fls. 272-274), para 1º de agosto de 2011 la terna fue conformada por Diego Fernando Manrique Nieto, Haydee Cañizares Madariaga y Juan Pablo Suárez Orozco. También obran al expediente los resultados de las evaluaciones de los ternados (fls. 275-352).

Interesa, además, la constancia del Secretario Técnico de la Junta Directiva de Colpensiones, sobre la aprobación por unanimidad del candidato Diego Fernando Manrique Nieto para ocupar el cargo de Vicepresidente Jurídico y Doctrinal, en sesión de 2 de agosto de 2011. Consta igualmente el acta correspondiente a dicha sesión (fls. 246-253).

Así mismo, se observa la publicación de la hoja de vida del mencionado candidato en la página de Presidencia de la República, el 30 de agosto de 2011, entre otras personas aspirantes a *“altos cargos en el Gobierno para que la ciudadanía los conozca y pueda presentar observaciones.”* (fl. 355).

Finalmente, el demandado fue nombrado en el cargo de Vicepresidente Jurídico y Doctrinal de Colpensiones mediante la Resolución 104 de 5 de septiembre de 2011 (fl. 1).

3.4. La legalidad del nombramiento del demandado

El recuento anterior indica que, contrario a lo que afirma el actor, no hubo violación de las normas constitucionales y legales que invoca.

En primer lugar, no hubo violación al debido proceso, pues las reglas del proceso de selección estuvieron señaladas en el contrato 007 de 2011 y las mismas se cumplieron, en la medida en que, como se anotó en el ordinal anterior, se surtieron todas las etapas y se realizaron la totalidad de las pruebas señaladas en el contrato 007 de 2011. Además, el nombramiento hecho por el presidente a favor del demandado fue previamente avalado por la Junta Directiva, en la forma en que ordenan los estatutos.

El proceso de selección que adelantó Colpensiones para proveer el cargo que ocupa el demandado debía sujetarse exclusivamente a las reglas establecidas en el referido contrato y el posterior nombramiento sólo requería la intervención de dos voluntades, que en efecto concurrieron.

Además, el objeto del contrato 007 de 2011 era adelantar el proceso de selección y conformar una terna, pero ello ni siquiera implicaba la selección del candidato con el primer puntaje, el cual, por demás, el demandado no afirmó ni mucho menos demostró haber obtenido.

Aunado a lo anterior, es preciso destacar que el hecho de que Colpensiones decida adelantar un proceso de selección, previo a la provisión del cargo de Vicepresidente Jurídico y Doctrinal por parte del presidente y con la anuencia de la Junta Directiva, no le quita su naturaleza de cargo de libre nombramiento y remoción que los mismos estatutos le otorgan⁷ y, de suyo, no lo convierte en un cargo de carrera administrativa que deba seguir las reglas de un concurso de méritos propiamente dicho.

Conviene recordar a esta altura el concepto de concurso de méritos que ha delineado la jurisprudencia de esta Corporación:

⁷ Artículo 20.

“(...) los concursos tienen fundamento en el artículo 125 de la Constitución Política y se ha entendido que son el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos a quien mejor pueda desempeñarlo. El concurso por su propia naturaleza de competitividad se aparta de todo tipo de influencias por asegurar imparcialidad e igualdad.

Así las cosas, la finalidad de los concursos es que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje, parámetro que evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado.

La entidad estatal que convoca a un concurso (abierto o cerrado), debe respetar las reglas que ella ha diseñado y a las cuales deben someterse, tanto los participantes en la convocatoria como ella misma.”⁸

“(...) el concurso de méritos es el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el desempeño eventual, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda cumplirlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.”⁹

Los empleos de libre nombramiento y remoción, expresamente exceptuados de la carrera¹⁰, se proveen en atención a la confianza en el servidor público, sin necesidad de someterlo a evaluaciones ni clasificaciones propias de un concurso de méritos.

No obstante, como el mérito no es incompatible con la naturaleza de libre nombramiento y remoción de un cargo¹¹, ocurre cada vez con más frecuencia - como de hecho sucedió para el nombramiento del demandado- que las entidades públicas optan por realizar procesos de selección que les permitan conocer las calidades, aptitudes y experiencias de un grupo de participantes, para considerar la escogencia de la persona que obtenga el mejor puntaje; pero, se repite, estos procesos no equivalen a un concurso de méritos.

⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 3 de abril de 2008, Rad. AC-2008-00011.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 5 de octubre de 2006, Rad. 3342-04.

¹⁰ Constitución Política, artículo 125.

En ese sentido ha dicho la jurisprudencia:

“La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, advierte la Sala ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Así las cosas, resulta 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, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

No obstante lo anterior, nada impide que se realice para proveer los cargos que son de libre nombramiento un concurso por el sistema de méritos, porque este se constituye en un mecanismo de control y transparencia y son desarrollo de los principios constitucionales referentes a la forma de proveer los empleos públicos.

De igual forma se resalta, como lo expuso esta Sección en el fallo de 27 de noviembre de 2009, que si se hace una convocatoria por meritocracia, el concurso debe dejar en claro que los cargos son de libre nombramiento y remoción, vale decir, que no adquieren los privilegios de la carrera para no incurrir en alguna hipótesis de nulidad de los actos administrativos.”¹²

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 2 de septiembre de 2003, Rad. S-531 y Sección Segunda, sentencia de 22 de marzo de 2007, Rad. 3648-04.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de febrero de 2012, Rad. 1579-09.

Así las cosas, en ningún caso los procesos de selección que se adelanten para proveer cargos de libre nombramiento y remoción tendrán las mismas exigencias ni las mismas características que un concurso de méritos en el contexto de la carrera administrativa. Y mucho menos el nombrado adquirirá los derechos que concede el acceso a un cargo por carrera administrativa.

Por lo mismo, los principios de transparencia y publicidad de la función pública, que para el actor obligaban a Colpensiones y al contratista del proceso de selección del contrato 007 de 2011 a proceder cual si se tratara de un concurso de méritos, no resultaban aplicables en la forma en que aquél lo reclama, es decir, con la publicación de resultados y oportunidades para presentar recursos administrativos.

De otra parte, en el ordinal anterior quedó claro que, contrario a lo que afirma el actor, el proceso de selección del cargo de vicepresidente Jurídico y Doctrinal de Colpensiones nunca estuvo involucrado en el contrato 003 de 2011, sino que tuvo un contrato exclusivo, esto es, el 007 de 2011. De modo que el supuesto cambio de reglas no ocurrió, de considerarse que en realidad lo que contenían esos contratos eran reglas de un concurso, en los términos que propone el actor, que ya se han desvirtuado.

Al respecto, la Sala sí advierte que el contrato 007 fue suscrito el 28 de julio de 2011 y que el actor, ciertamente, presentó pruebas antes de esa fecha, pues así lo corrobora la certificación que sobre el particular expidió la representante legal de PSA Consultores (fl. 185).

Pero considera la Sala que las actuaciones aparentemente irregulares que pudieron haberse presentado en ejecución de los contratos suscritos con aquella firma no tienen la capacidad de viciar de nulidad al acto de nombramiento demandado, porque Colpensiones se ajustó a sus estatutos para expedirlo, como se probó. En todo caso, la terna de candidatos sí es posterior a la suscripción del contrato, como lo demuestran las certificaciones de la representante legal de PSA Consultores (fls. 272-274).

Ahora, respecto al reproche del actor a que el presidente de Colpensiones no le suministrara información sobre los resultados del proceso de selección y a que tuviera que intervenir un juez de tutela que amparara el derecho de petición, lo que

a su juicio también desconoció el principio de transparencia de la función pública, nuevamente advierte la Sala que esta situación, aparte de que fue superada con los oficios 001-000472 de 13 de septiembre de 2011 (fls. 360-362), 001-000481 de 16 de septiembre de 2011 (fl. 375) y 001-000496 de 23 de septiembre de 2011 (fls. 388-391), no incide en la legalidad del acto de nombramiento del demandado por las razones que ya se han expuesto, es decir, que ése acto individualmente considerado cumplió las reglas estatutarias diseñadas para su expedición.

Por último, la Sala no vislumbra en el expediente y ni siquiera el actor sugiere que se hubiera desconocido el derecho a la igualdad de los participantes, ni mucho menos se discute que el demandado no reuniera los requisitos para ocupar el cargo en el que resultó nombrado.

Por todo lo anterior, la pretensión de nulidad y, de suyo, la de ordenar a Colpensiones la realización de un nuevo proceso de selección, se negarán.

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

FALLA:

- 1) Declárase infundada la excepción de inepta demanda propuesta por el demandado.
- 2) Niéganse las pretensiones de la demanda.
- 3) Comuníquese esta decisión al presidente de Colpensiones.

Notifíquese y cúmplase.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidente

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERTO YEPES BARREIRO

