

JEFE DE OFICINA DE CONTROL INTERNO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN -CNTV – Cargo de libre nombramiento y remoción / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN – No requiere motivación / JEFE DE OFICINA DE CONTROL INTERNO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN -CNTV – Facultad de nombramiento y remoción recae en la Junta Directiva de la entidad

La naturaleza del cargo Jefe de Control Interno es de libre nombramiento y remoción, tiene un periodo fijo de 4 años y, en el caso además de las entidades estatales de la rama ejecutiva, el Presidente de la República es el encargado de designarlo. Ahora bien, al estudiar las Resolución 185 de agosto 13 de 1996 se puede concluir, que la función nominadora en la Comisión Nacional de Televisión le corresponde a la Junta Directiva y, ocasionalmente por disposición de ella, podrá ser delegada en el Director. Bajo ese contexto, si bien es cierto el Presidente de la República es el encargado de designar al responsable de la Oficina de Control Interno en las entidades estatales de la rama ejecutiva, también lo es que la Comisión Nacional de Televisión, por disposición del entonces artículo 77 de la Constitución Política «*artículo derogado por el artículo 1º del Acto Legislativo 2 de 2011*», contaba con un carácter especial que la excluía de los poderes del Estado, en aras a garantizar el pluralismo informativo y la democratización en el acceso a los medios de comunicación, por lo mismo, no le resultaba aplicable la Ley 1474 de 2011. Así pues, la atribución material de nombrar y remover a los empleados de la entonces Comisión Nacional de Televisión -CNTV- le correspondía a la Junta Directiva y, por su parte, el Director se limitaba a ejecutar las decisiones del órgano colegiado.

FUENTE FORMAL : LEY 87 DE 1993 / LEY 1474 DE 2011- ARTÍCULO 8

LÍMITES DE FACULTAD DISCRECIONAL –Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad

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

FUENTE FORMAL : CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 77 / ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2011 / LEY 182 DE 1995/ RESOLUCIÓN 185 DE 1996 / RESOLUCIÓN 116 DE 2003 / LEY 909 DE 2004- ARTÍCULO 41/ CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 125/

PROHIBICIÓN DE MODIFICACIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL EN ÉPOCA PREELECTORAL POR LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Opera a nivel territorial

Esta ley [Ley 996 de 2005] en el último inciso del párrafo de su artículo 38 impuso como restricción tanto para los entes territoriales como para las entidades, la consistente en que, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, la nómina respectiva no se puede modificar, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, muerte o renuncia irrevocable

debidamente aceptada y en los casos de aplicación de la normativa de carrera administrativa. Esta prohibición ha de entenderse que se extiende a todas las elecciones a cargos de elección popular, inclusive a las presidenciales(...)Se tiene entonces que, por virtud de esta norma, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones presidenciales, de parlamento, asambleas, concejos, gobernadores, alcaldes y demás comicios electorales, los gerentes o directores de las entidades descentralizadas deben respetar la prohibición de modificar la nómina de la entidad que regentan (...) la restricción o limitación establecida en el citado artículo debe entenderse de manera restrictiva, es decir, que no puede hacerse extensiva la misma a los demás órganos del estado, porque de haber sido esa la interpretación que se le debía dar a dicho texto legal -extender la prohibición a los demás entes estatales-, el mismo legislador así lo hubiese delimitado, tal como si sucedió con el artículo 33 de la referida ley, en la cual, de manera expresa y sin equívoco alguno, estableció la limitación de contratación directa en todos los entes del Estado. (...) Bajo ese contexto, en el caso en concreto encuentra la Sala que el cargo alegado por el recurrente no tiene vocación de prosperidad pues, se reitera, el contenido prohibitivo señalado en la Ley 996 de 2005, no resultaba aplicable a la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- como órgano de control autónomo e independiente de las ramas del poder. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la aplicación de la ley de garantías electorales sólo a entidades territoriales y la limitación de contrata en todos los entes del Estado, ver: C de E, Sala de Consulta y Servicio Civil, . Concepto de 4 de febrero de 2010. Rad 11001-03-06-000-2010-00006-00 (1985). C. P. Enrique José Arboleda Perdomo.

FUENTE FORMAL : LEY 996 DE 2005- ARTÍCULO 38 / LEY 996 DE 2005-ARTÍCULO 33 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 152

EMPLEADO DELIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - No gozan de la estabilidad laboral reforzada de pre-pensionado / RETEN SOCIAL / NO ANOTACIÓN EN LA HOJA DE VIDA DEL MOTIVO DE INSUBSISTENCIA – No afecta la validez del acto

Los funcionarios que se encuentran ocupando cargos denominados de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada y, además, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria de la protección especial dada la condición de pre-pensionado. En el presente caso para el 1º de septiembre de 2011, fecha en que fue expedido el acto acusado, el demandante acreditaba 58 años y 1825 semanas cotizadas, para un total aproximado de 35 años de tiempo de servicios; quiere decir que, al ser beneficiario del régimen de transición, adquirió su estatus pensional una vez que cumplió los 55 años de edad, exactamente, el 16 de agosto de 2007; en tal sentido, es evidente que ya había cumplidos los requisitos para adquirir la pensión. Es decir, al dar alcance a la sentencia de unificación de la Corte Constitucional anteriormente citada, es evidente que el [demandante] no es beneficiario de la protección especial de pre-pensionada, pues, además de que se encuentra probado que el cargo que ostentaba era aquellos de los denominados de libre nombramiento y remoción; como acreditó el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización no pierde el acceso a la pensión de vejez, de allí que no hay lugar a considerar que sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada.(...) Se insiste, además de que el demandante contaba con el tiempo de servicios necesarios y la edad para obtener su pensión, resulta que ostentaba un cargo de libre nombramiento y remoción, situación que no enerva la facultad discrecional de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- para retirarla mediante la declaratoria de insubsistencia.(...) si bien el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968

determinó que se debe dejar constancia en la hoja de vida del motivo que dio lugar a un retiro, también lo es que, esa actuación es un acto posterior, no puede dar lugar a vicios en el acto demandado debido a que se trata de situaciones jurídicas distintas que no deben ser confundidas. En efecto, la anotación de las causales de retiro de un empleado en su hoja de vida que realiza normalmente el Jefe de Personal o su equivalente se efectúa con posterioridad a la decisión administrativa, sin que su omisión pueda afectar la existencia y validez de la manifestación de voluntad expresada por el nominador. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación a que los empleados de libre nombramiento y remoción no goza de fuero de estabilidad reforzada, ver : Corte Constitucional , sentencia de unificación de 8 de febrero de 2018

FUENTE FORMAL : LEY 790 DE 2002 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 42 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 43 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 44

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 25000-23-25-000-2012-00232-01(2280-18)

Actor: JAIME HERNÁN DÍAZ DÍAZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN - CNTV

Trámite:	Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia.
Asunto:	Establecer si se incurrió en falta de competencia e infracción de las normas en que debió fundarse.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 25 de enero de 2019¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 25 de enero de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda

¹ Informe visible a folio 317 del expediente.

interpuesta por el señor Jaime Hernán Díaz Díaz contra la Comisión Nacional de Televisión -CNTV-.

I. ANTECEDENTES.

1.1 La demanda y sus fundamentos².

Jaime Hernán Díaz Díaz, por intermedio de apoderado judicial³, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho –*Decreto 01 de 1984*- presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad del Acta 1754 de 1º de septiembre de 2011, por medio del cual la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- determinó que se debía declarar insubsistente su nombramiento del cargo de Jefe de Oficina de Control Interno; y, la Resolución 2011-380-001104-4 del 2 de septiembre de 2011 a través de la cual el Director de la misma entidad ejecutó tal disposición⁴

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó; (i) el reintegro al cargo que venía desempeñando; (ii) el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde su desvinculación y hasta el momento en que se produzca su reintegro; (iii) dar aplicación a la sentencia en los términos de los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica, así:

El señor Jaime Hernán Díaz Díaz prestó sus servicios en la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- como Jefe de la Oficina de Control Interno hasta el 1º de septiembre de 2011, fecha en la cual la Junta Directiva de esta entidad tomó la determinación de retirarlo del cargo y, luego, el Director ejecutó tal disposición a través de la Resolución 2011-380-001104-4 del 2 de septiembre de 2011.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículo 29; Leyes 790 de 2002; 812 de 2003; 996 de 2005; 1474 de 2011, artículo 26; y Decretos 2400 de 1968, artículo 26; y, 190 de 2003

Como concepto de violación de las normas invocadas, manifestó que el acto demandado está afectado por los siguientes cargos:

Falta de competencia. Esto por cuanto la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión –CNTV- carecía de competencia para ordenar la declaratoria de insubsistencia de los Jefes de Control Interno, en razón a que, de acuerdo con los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011⁵, la única autoridad que lo podía retirar era el Presidente de la República.

² Demanda visible a folios 38 a 45.

³ El abogado Jaime Villegas Arbelaez.

⁴ “(...) Declarar insubsistente (...) el nombramiento ordinario del Doctor JAIME HERNÁN DÍAZ DÍAZ (...) en el cargo de Libre Nombramiento y Remoción de Jefe de la Oficina de Control Interno, Grado de Remuneración 17, de la Planta de Personal de la Comisión Nacional de Televisión (...)”.

⁵ “(...) ARTÍCULO 8o. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

Infracción de la norma en que debía fundarse. Ya que no podía ser desvinculado hasta tanto no obtuviera el reconocimiento pensional, dada su condición de pre-pensionado «*pues para el momento del retiro acreditaba más de 20 años de servicios y 55 años de edad*». Adicionalmente, porque se debieron anotar las razones por las cuales se produjo su retiro.

Congelamiento de la planta de personal: Porque de conformidad con la Ley 996 de 2005, la planta de personal debía estar congelada, por lo menos, mientras se realizaban las elecciones de Alcaldes y Gobernadores.

1.3 Contestación de la demanda.

La Autoridad Nacional de Televisión -ANTV- y el Patrimonio Autónomo de Remanentes de la Comisión Nacional de Televisión, a través de sus apoderados, solicitaron negar las súplicas con fundamento en los siguientes argumentos:

Autoridad Nacional de Televisión -ANTV-⁶.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en una vía de hecho al hacer parte dentro del proceso a la Autoridad Nacional de Televisión -ANTV-, en razón a que si bien para la fecha en que fue admitida la demanda la Comisión Nacional de Televisión ya se encontraba en proceso de liquidación, ello no es óbice para que

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo derogado por el artículo 166 del Decreto Ley 403 de 2020> Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.

PARÁGRAFO 2o. El auditor interno, o quien haga sus veces, contará con el personal multidisciplinario que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con la naturaleza de las funciones del mismo. La selección de dicho personal no implicará necesariamente aumento en la planta de cargos existente.

ARTÍCULO 9o. REPORTES DEL RESPONSABLE DE CONTROL INTERNO. <Ver modificaciones a este artículo directamente en la Ley 87 de 1993> Modifíquese el artículo 14 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces en una entidad de la rama ejecutiva del orden nacional será un servidor público de libre nombramiento y remoción, designado por el Presidente de la República.

Este servidor público, sin perjuicio de las demás obligaciones legales, deberá reportar al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, así como a los Organismos de Control, los posibles actos de corrupción e irregularidades que haya encontrado en el ejercicio de sus funciones.

El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno deberá publicar cada cuatro (4) meses en la página web de la entidad, un informe pormenorizado del estado del control interno de dicha entidad, so pena de incurrir en falta disciplinaria grave.

Los informes de los funcionarios del control interno tendrán valor probatorio en los procesos disciplinarios, administrativos, judiciales y fiscales cuando las autoridades pertinentes así lo soliciten.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para ajustar el periodo de que trata el presente artículo, los responsables del Control Interno que estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerán en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde haga la designación del nuevo funcionario, conforme a la fecha prevista en el presente artículo.

(...)

⁶ Visible a folios 100 a 125 del expediente.

sea esta misma entidad la competente para comparecer. De otro lado, la Autoridad Nacional de Televisión -ANTV- no tuvo injerencia en la elaboración o expedición del acto acusado, el cual, entre otras, es una facultad discrecional.

Patrimonio Autónomo de Remanentes de la Comisión Nacional de Televisión⁷.

Los actos acusados fueron expedidos dentro de las competencias establecidas en los literales a) y g) del artículo 12 de la Ley 182 de 1985⁸, los cuales se refieren a la autonomía administrativa e independencia funcional de la Comisión Nacional de Televisión -CNTV-; además, los Estatutos prevén que la designación de todos los empleados es una atribución de la junta directiva, toda vez que no hace parte de la rama ejecutiva.

En efecto, si bien la Ley 1474 de 2011⁹ dispuso que el nombramiento de los directores de Control Interno de las entidades de la rama ejecutiva le correspondía al Presidente de la República, no se puede desconocer que de ninguna manera puede ello situarse por encima de la Constitución Política y obligar a la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- a someterse a las directrices presidenciales en materias administrativas.

1.4 La sentencia apelada¹⁰.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección E, mediante sentencia de 25 de enero de 2018 negó las pretensiones de la demanda. Lo anterior, por las razones que a continuación se pasan a exponer:

⁷ Visible a folios 334 a 345 del expediente.

⁸ “(...) ARTÍCULO 12. FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA. Son funciones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión:

a) Adoptar las medidas necesarias para desarrollar el objeto y las funciones constitucionales y legales de la entidad;

(...)

g) Determinar la planta de personal de la entidad, creando, suprimiendo o fusionando los cargos necesarios para su buena marcha, fijando las correspondientes remuneraciones y el manual de funciones sin más requisitos que los de sujetarse a las normas que el Congreso expida para la estructura de la administración central. Los estatutos expedidos por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión precisarán y desarrollarán la siguiente estructura básica de la Comisión Nacional de Televisión: 1. Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión. 2. La Junta podrá delegar en el Director las funciones que se refieren al manejo administrativo interno de la Comisión. El Director de la Comisión Nacional de Televisión, del cual dependerán las siguientes oficinas: Oficina de Regulación de la Competencia, encargada del ejercicio de las funciones a que se refiere el literal d) del artículo 6o. de la presente Ley; Oficina de Planeación, encargada de coordinar con las diferentes áreas la formulación del plan estratégico de la Comisión, asesorar a la Junta en la aprobación del plan operativo, evaluar los resultados de los planes y coordinar el desarrollo, implantación y optimización del sistema de planeación, y Oficina de Control Interno, que tendrá a su cargo el establecimiento de los mecanismos de control de gestión, de resultado y la auditoría interna en relación con el desempeño de las funciones de la Comisión, así como la de adoptar los mecanismos y medidas necesarios para el debido ejercicio de la función disciplinaria. 3. Secretario General de la Comisión Nacional de Televisión, encargado de ejecutar las políticas administrativas de la entidad, refrendar con su firma los actos de la Junta y del Director, expedir las certificaciones que se soliciten a la Comisión, dirigir la elaboración del proyecto de presupuesto de la Comisión y las demás que le sean asignadas en los estatutos que correspondan a la naturaleza de la dependencia.

(...)”.

⁹ “(...) Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

(...)”.

¹⁰ Visible a folios 270 a 282 del expediente.

El demandante al momento de su desvinculación «2 de septiembre de 2011» ya había alcanzado los requisitos para acceder a una pensión, por lo tanto, no tenía la calidad de pre-pensionado, pues solo le hacía falta el reconocimiento formal; además, al no pertenecer la Comisión Nacional de Televisión a la rama ejecutiva no estaba en la obligación de acatar la limitante impuesta por el legislador en la Ley 996 de 2005 «ley de garantías» y, en todo caso, dicha restricción no operaba para el retiro de empleados nombrados en cargos de libre nombramiento y remoción.

Frente a la obligación de consignar en la hoja de vida las razones o circunstancias que llevaron a su retiro, precisó que, ello no condiciona la legalidad del acto acusado, por cuanto constituye una actuación posterior, de tal manera que si la ley autoriza la remoción del empleado de libre nombramiento y remoción sin consignar los motivos, mal puede causar la anulación de la decisión de retiro; los cuales, entre otras, se debieron al bajo rendimiento de la gestión del área a su cargo y la pérdida de confianza en la capacidad de cumplir sus funciones.

1.5 El recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación con los argumentos que se exponen a continuación¹¹:

A su juicio, debido a que para el 2 de septiembre de 2011 «fecha en la cual fue declarado insubsistente su nombramiento» ya se encontraba vigente de la Ley 1474 de 2011¹², le correspondía al Presidente de la República efectuar el nombramiento y retiro de quien fungiera como Jefe de Control Interno; adicionalmente, tampoco fueron descritas las razones por las cuales fue retirado del servicio, pues el hecho de que el cargo que ocupara fuera de los denominados de libre nombramiento y remoción y sea susceptible del uso de la facultad discrecional, no es impedimento para que no se expongan las circunstancias que motivaron a la administración a adoptar tal determinación.

Ahora bien, al no ser absoluta la presunción de legalidad ni la facultad discrecional, pues son relativas y limitadas, ello trae como consecuencia la igualdad de las partes en el proceso de probar que el acto por medio del cual fue declarado insubsistente su nombramiento; por ejemplo, en el presente caso se puede evidenciar con la hoja de vida del demandante que el nominador desbordó la proporcionalidad de dichos principios, como quiera que los méritos personales derivados de su experiencia, garantizaban la prestación del adecuado servicio.

De otro lado, para el momento en que se produjo el retiro, se encontraba vigente la Ley 996 de 2005¹³, la cual dispuso que en 4 meses antes al proceso electoral no puede ser modificada la planta de personal.

Por último, anotó que, era beneficiario de la condición de pre-pensionado, pues pese a que ya tenía los requisitos para el reconocimiento pensional, lo cierto es

¹¹ Visible a folios 285 a 306 del expediente.

¹² «(...) Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. (...)».

¹³ «(...) Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones. (...)».

que la administración no le permitió efectuar los trámites para que le fuera reconocida la prestación y evitar solución de continuidad entre la percepción del salario y la inclusión en nómina de pensionados.

II. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo señalado en la sentencia de primera instancia y atendiendo los motivos de inconformidad aducidos por la parte demandante, se contrae a determinar:

Problema jurídico

Si con la expedición de los actos que declararon insubsistente el nombramiento del señor Jaime Hernán Díaz Díaz se incurrió en falta de competencia e infracción en las normas en que debía fundarse, de un lado, porque era el Presidente de la República quien era la única autoridad que lo podía remover de su cargo; y de otro, en la medida en que no podía ser desvinculado hasta tanto no fuera incluido en la nómina de pensionados, se inscribieran los motivos por los cuales fue retirado y, además, venciera el término de la ley de garantías.

Previo a resolver el problema jurídico y para fines metodológicos se hace necesario para la Sala, pese a que no hay discusión sobre la naturaleza del cargo y a sabiendas de que es un hecho probado y aceptado por las partes, reafirmar tal condición.

La Constitución Política en su artículo 77 «*artículo derogado por el artículo 1º del Acto Legislativo 2 de 2011*» dispuso que la televisión sería regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio; adicionalmente indicó que:

“(...) La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una Junta Directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al Director. Los miembros de la Junta tendrán período fijo. El Gobierno Nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La Ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la Entidad (...)”.

En desarrollo de tal precepto constitucional, fue expedida la Ley 182 de 1995¹⁴, la cual reglamentó el servicio de televisión y dispuso, en el artículo 3º, que el organismo al que se refieren los artículos 76 y 77 de la Constitución Política se denominaría la Comisión Nacional de Televisión -CNTV., entidad que sería una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica y con la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de las atribuciones que le asignan la Constitución, la ley y sus estatutos. Así mismo dispuso que:

¹⁴ “(...) Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones (...)”.

“(…) ARTÍCULO 15. FUNCIONARIOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Los empleados de la Comisión Nacional de Televisión tendrán la calidad de empleados públicos, y como tales estarán sometidos al correspondiente régimen constitucional y legal de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades.

Son empleados de libre nombramiento y remoción aquellos que estén adscritos al nivel directivo de la Comisión, o que no perteneciendo a éste desempeñen cargos de dirección o confianza. Los demás empleados serán de carrera administrativa”.

Ahora bien, mediante Resolución 185 de 1996, suscrita por el Director de la Comisión Nacional de Televisión, fueron aprobados sus Estatutos, dentro del cual, se implementó la siguiente estructura interna:

“ARTÍCULO 35. ESTRUCTURA INTERNA. La Comisión Nacional de Televisión tendrá como mínimo, la siguiente estructura:

1. Junta Directiva

1.1 Secretario de la Junta.

2. Director

1.1 Oficina de Regulación de la Competencia

1.2 Oficina de Canales y calidad del servicio

1.3 Oficina de Planeación

1.4 Oficina de Control Interno.

3. Secretaría General

3.1 Subdirección de Recursos Humanos y Capacitación

3.2 Subdirección Administrativa y Financiera

3.3 Subdirección de Asuntos Legales

3.4 Subdirección Técnica y de Operaciones.

4. Comité de Coordinación

PARÁGRAFO. La estructura interna establecida en el presente artículo será desarrollada por la Junta Directiva, para lo cual podrá crear, suprimir o fusionar cargos, dependencias, sedes regionales o Comités o Consejos, fijando sus competencias en el único fin de desarrollar con eficacia los objetivos, políticas, planes y programas.

La planta de personal de la Comisión Nacional de Televisión será global y flexible, salvo los empleos adscritos al despacho de los Comisionados, la del Secretario General) Secretario de la Junta Directiva, Jefes de Oficina y Subdirectores”.

Así mismo, se determinó la clasificación de los empleados del ente demandado, así:

“(…) ARTÍCULO 38. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEADOS. Los empleados de la Comisión Nacional de Televisión son de libre nombramiento y remoción y de carrera.

Son empleos de libre nombramiento y remoción, el de Secretario General, Secretario de Junta Directiva, los Jefes de Oficina, Subdirectores, Asesores, Jefes de División y los empleos adscritos al Despacho de los Comisionados, al del Secretario General, Secretario de Junta Directiva, al de los Jefes de Oficina, y Subdirectores”.

A la altura de lo ya enunciado, es pertinente precisar que por medio de la Resolución No. 116 de 21 de febrero de 2003, se modificó el sistema de nomenclatura de empleos y la escala salarial en la Comisión Nacional de Televisión, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 1º. Se establecen los siguientes grupos ocupacionales y denominaciones de empleo para los empleados de la Comisión Nacional de Televisión:

DIRECTIVO-ASESOR Corresponde a los empleos cuyas funciones implican dirección, coordinación, control y gestión de la entidad; así como la formulación de políticas, planes y programas para su ejecución. También pertenecen a este grupo quienes realicen funciones de consultoría y asesoramiento a los comisionados y directivos de la entidad. A esta clasificación pertenecen:

DENOMINACIÓN EMPLEO	GRADO DE REMUNERACIÓN
COMISIONADO	19
SECRETARIO GENERAL	18
JEFE DE OFICINA	17
SUBDIRECTOR	17
ASESOR	16
JEFE DE DIVISIÓN	15

*Para el desempeño de los empleos del grupo ocupacional Directivo - Asesor se requiere acreditar los requisitos académicos y/o de experiencia, fijados.
(...)”.*

Ahora bien, al momento de ser desvinculado el actor se encontraba vigente la Ley 909 de 2004¹⁵, la cual establecía las normas de carrera administrativa para los empleados del Estado, dicha normativa en su artículo tercero señaló su campo de aplicación así:

“(...) b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:

- En las corporaciones autónomas regionales.*
- En las personerías.*
- En la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- En la Comisión Nacional de Televisión*

(...)”.

Por su parte, el artículo quinto de dicha Ley clasificó los empleos como de carrera administrativa, con excepción de los siguientes:

*“(...) **Artículo 5º.- De la clasificación de los empleos.** Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente Ley son de carrera, con excepción de:*

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

2. Los empleos de libre nombramiento y remoción que correspondan a los siguientes criterios:

(...)”.

¹⁵ “(...) Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. (...)”.

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

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial". (Lo subrayado es de la Sala).

De acuerdo con las normas transcritas y de las pruebas allegadas al expediente, se puede establecer, que el cargo ocupado por el señor Jaime Hernán Díaz Díaz, Jefe de Oficina de Control Interno, grado de remuneración 17, corresponde a los de libre nombramiento y remoción, por cuanto es del nivel directivo, y además, porque cumple funciones de nivel jerárquico las cuales involucran cierta confianza y manejo, en consideración a la ejecución de las actividades administrativas de la Comisión Nacional de Televisión.

Visto lo anterior, la Sala para desatar los problemas jurídicos planteados abordará los siguientes aspectos: (i) la ley de garantías procesales; (ii) de la facultad discrecional; y, (iii) del caso en concreto.

i) De la ley estatutaria de garantías electorales.

La Ley 996 de 2005 "*por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones*", se erige como ley estatutaria que regula lo concerniente a la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos legales, tal como lo informa el artículo 152 Superior, que mediante Acto Legislativo 02 de 27 de diciembre de 2004¹⁶, fue adicionado con el literal f) y con el parágrafo.

Esta ley en el último inciso del parágrafo de su artículo 38¹⁷, impuso como restricción tanto para los entes territoriales como para las entidades, la consistente

¹⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

"(...) Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

(...)

f) la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley.

(...)

Parágrafo Transitorio. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentaran, antes del primero de marzo de 2005 un proyecto de Ley Estatutaria (...) El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del proyecto de Ley Estatutaria por parte de la Corte Constitucional (...).

¹⁷ LEY 996 DE 2005.

"(...) Artículo 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido: 1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política. 2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley. 3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos. 4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo,

en que, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, la nómina respectiva no se puede modificar, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, muerte o renuncia irrevocable debidamente aceptada y en los casos de aplicación de la normativa de carrera administrativa. Esta prohibición ha de entenderse que se extiende a todas las elecciones a cargos de elección popular, inclusive a las presidenciales, tal como esta Corporación lo consideró en Concepto de 4 de febrero de 2010¹⁸ y, además, como lo sostuvo la Corte Constitucional cuando realizó el examen de constitucionalidad de la ley estatutaria, en particular de este Parágrafo, lo que el mismo pretende es, garantizar que no se utilice el cargo público con fines políticos en aras de la depuración del ejercicio democrático¹⁹.

Se tiene entonces que, por virtud de esta norma, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones presidenciales, de parlamento, asambleas, concejos, gobernadores, alcaldes y demás comicios electorales, los gerentes o directores de las entidades descentralizadas deben respetar la prohibición de modificar la nómina de la entidad que regentan.

ii) Facultad Discrecional. Empleo de libre nombramiento y remoción. Límites constitucionales racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

La Constitución Política de 1.991 en su artículo 125 dispone:

“(...) Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso de los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para

particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.5. Aducir razones de “buen servicio” para despedir funcionarios de carrera. La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima. PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.//Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.// No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.// La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa”.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 4 de febrero de 2010. Radicado 11001-03-06-000-2010-00006-00 (1985). Consejero Ponente Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1153 de 11 de noviembre de 2005. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...)

La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante, 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, 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.

Resulta razonable afirmar 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. En otras palabras, a juicio de la Sala es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

“(...) ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

PARÁGRAFO 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. (...). (Lo resaltado en negrilla es de la Sala).

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de

insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir equivale a la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad²⁰.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado²¹ como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Por su parte, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo «*actualmente el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo*» establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser “adecuada” a los fines de la norma que la autoriza, y “proporcional” a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la “razonabilidad”.

Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido²², sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

iii) Caso en concreto.

En el *sub-lite* el señor Jaime Hernán Díaz Díaz pretende que se declare la nulidad de los actos que declararon insubsistente su nombramiento por cuanto, en su sentir, (i) la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión no tenía competencia para retirarlo; (ii) fue vulnerada la ley de garantías «*Ley 996 de 2005*»²³; (iii) no podía ser desvinculado hasta tanto no fuera incluido en la nómina de pensionados; y, (iv) se debieron inscribir los motivos por los cuales se adoptó tal determinación.

Con miras a resolver los puntos objeto de controversia, conforme al material probatorio obrante en el expediente, la Sala realizará las siguientes precisiones generales:

²⁰ Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. interno: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012.

²² Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968

²³ “(...) Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones. (...)”.

a) De acuerdo con el Registro Civil de Nacimiento y del reporte de semanas cotizadas en el Instituto del Seguro Social del señor Jaime Hernán Díaz Díaz, se evidencia, respectivamente, que nació el 16 de agosto de 1952²⁴ y que había cotizado para el 30 de septiembre de 2011, el equivalente a 1825 semanas²⁵.

b) La Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión se reunió el 1º de septiembre de 2011 para definir, entre otros temas, aspectos relacionados con la planta de personal, en la cual se definió que se debería declarar insubsistente el nombramiento del señor Jaime Hernán Díaz Díaz, quien ocupaba el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno²⁶. En virtud de lo anterior, el Director de la Junta Directiva suscribió la Resolución 2011-380-001104-4 del 2 de septiembre de 2011 al dar cumplimiento a lo dispuesto por la anterior autoridad administrativa, dispuso²⁷:

“(...) Declarar insubsistente, a partir de la fecha, el nombramiento ordinario del Doctor JAIME HERNÁN DÍAZ DÍAZ (...) en el cargo de libre nombramiento y remoción de Jefe de Control Interno, Grado de Remuneración 17, de la planta de personal de la Comisión Nacional de Televisión. (...)”.

De conformidad con lo anterior, la Sala analizará cada uno de los argumentos propuestos en el recurso de apelación, así:

De la presunta falta de competencia.

El recurrente alega que el competente para proferir el acto de insubsistencia era el Presidente de la República, como quiera que el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011; no obstante, previo a lanzar cualquier juicio de ilegalidad, es pertinente examinar no solo esta normativa, sino también las funciones tanto de la Junta Directiva como del Director de la entonces Comisión Nacional del Servicio Civil «*hoy liquidada*²⁸», en aras de identificar quién tiene la función nominadora y de remoción.

Bajo ese contexto se tiene que, a través de la Ley 87 de 1993 el Legislador al establecer las normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado, fijó la competencia en la designación de los responsables en las oficinas de control interno tanto en entidades del orden nacional como en el territorial y sus funciones; sin embargo, mediante la Ley 1474 de 2011 «*por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*», modificó el sistema de designación de los mencionados funcionarios, de la siguiente manera:

²⁴ Visible a folio 25 del expediente.

²⁵ Visible a folios 26 a 38 del expediente.

²⁶ Acta No. 1754 del 1º de septiembre de 2011, visible a folios 17 a 22 del expediente.

²⁷ Visible a folio 23 del expediente.

²⁸ Por medio del Acto Legislativo 2 de 2011 fueron derogados los artículos 76 y 77 de la Constitución Política y, en consecuencia, señaló en su artículo 3º que dentro de los seis meses siguientes a la entrada de vigencia del citado acto, el Congreso expediría las normas mediante las cuales se definiría la distribución de competencias entre las entidades del Estado que tendrán a su cargo la formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión; fue por ello que a través de la Ley 1507 de 2012 se estableció, la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de televisión y se dictaron otras disposiciones, entre ellas, la creación de la Autoridad Nacional de Televisión y la liquidación de la Comisión Nacional de Televisión.

“(...) ARTÍCULO 8. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

PARÁGRAFO 1º. <Parágrafo derogado por el artículo 166 del Decreto Ley 403 de 2020> Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.

PARÁGRAFO 2º. El auditor interno, o quien haga sus veces, contará con el personal multidisciplinario que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con la naturaleza de las funciones del mismo. La selección de dicho personal no implicará necesariamente aumento en la planta de cargos existente.

ARTÍCULO 9º. REPORTES DEL RESPONSABLE DE CONTROL INTERNO. <Ver modificaciones a este artículo directamente en la Ley 87 de 1993> Modifíquese el artículo 14 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces en una entidad de la rama ejecutiva del orden nacional será un servidor público de libre nombramiento y remoción, designado por el Presidente de la República.

Este servidor público, sin perjuicio de las demás obligaciones legales, deberá reportar al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, así como a los Organismos de Control, los posibles actos de corrupción e irregularidades que haya encontrado en el ejercicio de sus funciones.

El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno deberá publicar cada cuatro (4) meses en la página web de la entidad, un informe pormenorizado del estado del control interno de dicha entidad, so pena de incurrir en falta disciplinaria grave.

Los informes de los funcionarios del control interno tendrán valor probatorio en los procesos disciplinarios, administrativos, judiciales y fiscales cuando las autoridades pertinentes así lo soliciten.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para ajustar el periodo de que trata el presente artículo, los responsables del Control Interno que estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerán en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde haga la designación del nuevo funcionario, conforme a la fecha prevista en el presente artículo. (...)”.

Como se observa, de acuerdo a la norma en cita, la naturaleza del cargo Jefe de Control Interno es de libre nombramiento y remoción, tiene un periodo fijo de 4 años y, en el caso además de las entidades estatales de la rama ejecutiva, el Presidente de la República es el encargado de designarlo.

Ahora bien, al estudiar las Resolución 185 de agosto 13 de 1996²⁹ se puede concluir, que la función nominadora en la Comisión Nacional de Televisión le corresponde a la Junta Directiva y, ocasionalmente por disposición de ella, podrá ser delegada en el Director.

²⁹ "(...) Por la cual se aprueban y adoptan los Estatutos de la Comisión Nacional de Televisión (...)

ARTÍCULO 15. FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA. Corresponde a la Junta Directiva desarrollar las siguientes funciones:

(...)

16. Designar todos los empleados de la entidad, facultad que se podrá delegar en el director.

(...)

ARTÍCULO 16. DELEGACIÓN DE FUNCIONES. La Junta Directiva de la Comisión podrá delegar en el Director de la misma, conforme a la ley y al artículo 15 numeral 9º de los presentes estatutos, las siguientes funciones:

a) La facultad de nombrar y remover al personal;

(...)

ARTÍCULO 36. FUNCIONES: Director

a) Ejercer la Dirección y Representación Legal de la Comisión Nacional de Televisión;

b) Presentar a consideración de la Junta Directiva, los planes, programas y proyectos que debe desarrollar la entidad y ejecutar sus decisiones;

c) Dirigir y coordinar de acuerdo con lo dispuesto por la Junta Directiva la inspección, vigilancia y control del servicio público de televisión, de conformidad con las normas previstas sobre la materia;

d) Expedir y ejecutar los actos, realizar las operaciones y ordenar los gastos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la Comisión, de acuerdo con las normas legales y estatutarias;

e) Dirigir y coordinar la política de administración de la Entidad y expedir los actos y demás providencias necesarias;

f) Presentar para aprobación de la Junta Directiva, el proyecto de presupuesto anual de la entidad, los estados financieros y las revisiones y modificaciones a que haya lugar;

g) Ejercer el control administrativo de la ejecución del presupuesto y proponer las medidas pertinentes para su cumplimiento;

h) Presentar mensualmente a la Junta Directiva la ejecución presupuestal;

i) Ordenar y reconocer los gastos que deba efectuar la Comisión, de conformidad con el presupuesto aprobado y las instrucciones de la Junta Directiva, para los actos y contratos relativos al manejo administrativo de la Entidad;

j) Presentar semestralmente en la primera semana de junio y en la primera semana de diciembre a consideración y estudio de la Junta Directiva, el balance general de las operaciones de la Comisión, junto con los inventarios y un informe detallado sobre las labores y el estado de la Entidad, a fin de que aprobado por la Junta Directiva, sea enviado al Gobierno y al Congreso Nacional;

k) Adjudicar los actos o contratos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto de la Comisión cuya cuantía sea igual o inferior a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes;

l) Delegar con aprobación previa de la Junta Directiva y bajo su responsabilidad en la Subdirección Administrativa y Financiera la facultad establecida en el literal anterior, hasta en quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes;

m) Delegar con aprobación previa de la Junta Directiva en la Subdirección de Asuntos Legales la atención de las demandas contra la Comisión, ante las autoridades competentes;

n) Constituir apoderados para los asuntos judiciales o extrajudiciales que así lo requieran;

ñ) Suscribir los contratos, de conformidad con las disposiciones legales y estatutarias;

o) Convocar y presidir la Junta Directiva a las sesiones ordinarias y extraordinarias y suscribir las actas:

p) Proponer a la Junta Directiva para su adopción, los proyectos relacionados con las tarifas, tasas y derechos que deba fijar la Comisión;

q) Controlar el cumplimiento de las normas administrativas, orgánicas y reglamentarias de la actividad de la Comisión;

r) Presentar a los organismos de control y vigilancia, y demás entidades públicas, los informes requeridos conforme a la ley.

s) Comparecer y atender las citaciones del Congreso cuando sea citado por éste;

t) Cumplir Las demás funciones que le asignen las leyes o la Junta Directiva y aquéllas que por la naturaleza de su cargo le corresponda".

Bajo ese contexto, si bien es cierto el Presidente de la República es el encargado de designar al responsable de la Oficina de Control Interno en las entidades estatales de la rama ejecutiva, también lo es que la Comisión Nacional de Televisión, por disposición del entonces artículo 77 de la Constitución Política *«artículo derogado por el artículo 1º del Acto Legislativo 2 de 2011»*, contaba con un carácter especial que la excluía de los poderes del Estado, en aras a garantizar el pluralismo informativo y la democratización en el acceso a los medios de comunicación, por lo mismo, no le resultaba aplicable la Ley 1474 de 2011³⁰.

Así pues, la atribución material de nombrar y remover a los empleados de la entonces Comisión Nacional de Televisión -CNTV- le correspondía a la Junta Directiva y, por su parte, el Director se limitaba a ejecutar las decisiones del órgano colegiado.

Por lo expuesto, esta censura no prospera.

De la ley estatutaria de garantías electorales.

Al reformarse parcialmente la Constitución Política para consagrar la reelección presidencial, el Acto Legislativo No. 2 del 2004 se ocupó de prohibir a los empleados de la rama judicial, de los órganos electorales, de control y de seguridad, *"(...) tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas"*, y ordenó que para los demás empleados, la ley estatutaria debería señalar las condiciones para su participación en tales actividades (...)”³¹.

En cumplimiento de la norma constitucional, tal y como se expuso anteriormente, fue expedida la Ley 996 del 2005³²; la cual reguló distintos aspectos de las elecciones presidenciales, con o sin la participación del Presidente y el Vicepresidente en ejercicio como candidatos; y en el Título III, aplicable en todos los procesos electorales para cargos de elección popular, desarrolla la *"participación en política de los servidores públicos"*, estableciendo para el efecto varias prohibiciones dirigidas a los *"empleados del Estado"*, sin distinción, a las cuales agrega otras destinadas expresamente a las autoridades locales.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profirió la sentencia C-1153 de noviembre 1 de 2005, en ejercicio de la revisión oficiosa del proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara, por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política

³⁰ *«por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública»*

³¹ Acto Legislativo No. 2 del 2004 (dic.27), "Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones". D. O. No. 45.775 de dic.28/04. Art. 1º: *"Modifícase los incisos 2º y 3º del artículo 127 de la Constitución Política y adiciónense dos incisos finales al mismo artículo, así: / A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. / Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria. (...)"*

³² Ley 996 de 2005 (nov. 24), "Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones." D. O. No. 46.102 de nov. 24/05.

de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones.

En dicho ordenamiento legal, se establecieron algunas prohibiciones o limitaciones entre las cuales, se encuentra la consagrada en el artículo 32 de la referida ley estatutaria que estableció lo siguiente:

"(...) Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente (...)"

Con fundamento en lo anterior se puede concluir que la restricción o limitación establecida en el citado artículo debe entenderse de manera restrictiva, es decir, que no puede hacerse extensiva la misma a los demás órganos del estado, porque de haber sido esa la interpretación que se le debía dar a dicho texto legal -extender la prohibición a los demás entes estatales-, el mismo legislador así lo hubiese delimitado, tal como si sucedió con el artículo 33 de la referida ley, en la cual, de manera expresa y sin equívoco alguno, estableció la limitación de contratación directa en todos los entes del Estado.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil al conceptuar sobre las restricciones y prohibiciones contenidas en los artículos 32 y 33 de la Ley 996 de 2005 señaló que³³:

"(...) El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el párrafo del artículo 38 ibídem, abarca un periodo preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 párrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conducta diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32 (...)"

Nótese entonces, que la restricción contenida en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005 resulta aplicable solo a la rama ejecutiva, mientras que las prohibiciones establecidas en el artículo 33 y 38 de la misma norma resultan extensibles a todos los entes del Estado. Ello por cuanto que, con la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral, constituye una garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato- presidente- y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden

³³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 4 de febrero de 2010. Radicado 11001-03-06-000-2010-00006-00 (1985). Consejero Ponente Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

buscar favores políticos.

Bajo ese contexto, en el caso en concreto encuentra la Sala que el cargo alegado por el recurrente no tiene vocación de prosperidad pues, se reitera, el contenido prohibitivo señalado en la Ley 996 de 2005, no resultaba aplicable a la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- como órgano de control autónomo e independiente de las ramas del poder³⁴.

En efecto, los destinatarios de la restricción contenida en el citado artículo, solo es aplicable a los servidores de la rama ejecutiva del poder público, por lo que, al haber sido la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- un órgano autónomo y diferente de la rama ejecutiva, no estaba cobijado por su contenido limitante o restrictivo.

Por lo anterior, la prohibición de la Ley 996 de 2005, no deviene aplicable a la Junta Directiva de Comisión Nacional de Televisión -CNTV-, por lo que entonces, al expedirse el Acta 1754 del 1º de septiembre de 2011, en la cual se dispuso la declaración de insubsistencia del señor Jaime Hernán Díaz Díaz, no indica un actuar que desconozca una norma superior, todo lo contrario, como quiera que ésta se produjo bajo la facultad nominadora y discrecional que la Ley 182 de 1995³⁵ le confería; motivo por el cual este cargo de anulación no tiene vocación de prosperidad.

De la condición de pre-pensionado.

Pues bien, es necesario tener en cuenta que Ley 790 de 2002 el Congreso de la República estableció varias disposiciones tendientes a adelantar el Programa de Renovación de la Administración Pública, con el objeto de renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, y la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los fines del Estado con celeridad e inmediatez en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política y desarrollados en la Ley 489 de 1998.

Dentro de este proceso de renovación de la administración, el legislador previó una medida de protección especial a favor de los empleados que se encontraran en circunstancias excepcionales que ameritaban un tratamiento preferencial, en los siguientes términos:

“(...) Artículo 12. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de

³⁴ La Ley 182 de 1995, en el artículo 3 estableció que “(...) [e]l organismo al que se refieren los artículos 76 y 77 de la Constitución Política se denominará: Comisión Nacional de Televisión (CNTV). Dicha entidad es una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica y con la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de las atribuciones que le asignan la Constitución, la ley y sus estatutos (...)”.

³⁵ “(...) por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran <sic> entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones (...)”.

*jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.
(...)*”.

Sobre este particular, la Corte Constitucional en sentencia T-768 de 2005, sostuvo que la medida consagrada en la norma arriba transcrita responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho. Así se lee en la citada sentencia:

“(...) Pues bien, es en desarrollo de este tipo de medidas, entre otras, en donde se enmarca la protección laboral reforzada establecida por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, denominada “reten social”, por medio de la cual se buscó que dentro del programa de renovación de la administración pública, se otorgara una protección especial a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación la ley en comento cumplieran con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez. De lo contrario, en virtud de la fusión, reestructuración o liquidación de las entidades públicas objeto del programa de renovación referido, esas personas quedarían desprotegidas y cesantes laboralmente.

*Así las cosas, se concluye que aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en la condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribe a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, no obstante, dicha protección no se agota allí, como quiera que la disposición referida es simplemente una aplicación concreta de las garantías constitucionales, las cuales están llamadas a ser aplicadas cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda llegar a verse conculcado. **En este orden de ideas, debe tenerse presente que la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho.***

6.4. Los programas de renovación o modernización de la administración pública persiguen una mejora en la eficiencia de las labores adelantadas por las entidades públicas con la finalidad de optimizar la prestación de los servicios necesarios en el cumplimiento de los fines del estado. Con este objetivo, es posible que la administración decida reorganizar su estructura y, en este proceso, eventualmente racionalizar las plantas de personal de las entidades estatales. No obstante, los derechos de los trabajadores no pueden verse lesionados por la supresión intempestiva de sus cargos, en virtud de una decisión unilateral y discrecional de la administración. Es dentro de esta finalidad en donde se inscribe la protección laboral reforzada que prevé la ley 790 de 2002. (...)”.

(Negrilla fuera del texto).

Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia C-795 de 2009 definió el concepto de pre-pensionado y delimitó su alcance de protección, así:

“(...) (i) [Definición de pre-pensionado:] (...) tiene la condición de pre-pensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el

legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.

“(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de pre-pensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública³⁶”

“(iii) [sobre la extinción de la protección en el tiempo], es decir el lapso durante el cual es posible mantener la protección de estabilidad reforzada para las personas próximas a pensionarse, la jurisprudencia ha desarrollado un criterio uniforme aplicable a todos los grupos protegidos por la Ley 790 de 2002 (madres y padres cabeza de familia, discapacitados y pre-pensionados), consistente en que dicha protección solamente puede ser sostenida durante el tiempo por el cual se prolongue el proceso de liquidación, y hasta la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho proceso (...).”

Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional precisó que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los “pre-pensionados” no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, «opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público»; así las cosas, la mencionada estabilidad no solo es aplicable en las supresiones de las entidades o en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública «retén social», sino que también brindó la posibilidad de que se garantizaran los derechos fundamentales de aquellos servidores próximos a pensionarse.

Es por lo anterior que la estabilidad laboral de los pre-pensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice alguna de las causales que lleven al retiro del servicio, evento en el cual, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre los derechos al mínimo vital e igualdad de los pre-pensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de no afectar el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión³⁷.

De hecho, en su momento la Corte Constitucional³⁸ dispuso que esta garantía cubría no solo a los empleados en carrera administrativa o en provisionalidad, sino también a quienes ocuparan empleos de libre nombramiento y remoción, lo que se fundamentó en la obligación de brindar un tratamiento igual a quienes conforman un grupo de especial protección como los pre-pensionados toda vez que por el tipo de vinculación no se pierde esta calidad. Para el efecto dispuso:

³⁶ Criterio sostenido en la sentencia T-089 de 2009.

³⁷ Así lo consideró la Corte Constitucional en la Sentencia T-186 de 2013.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-862 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

“(…) En consecuencia, si bien es cierto, las personas que se encuentran en cargos de libre nombramiento y remoción tienen una estabilidad laboral precaria, dentro de estos procesos administrativos deben ser tratados de manera igualitaria cuando hacen parte de este grupo de protección especial. Pues resulta claro que la intención de legislador es proteger a un grupo de personas en estado de vulnerabilidad, por ello se estableció que el retén social opera para los procesos de liquidación y de reestructuración independientemente si es del orden nacional o departamental, es así, que por la naturaleza de la vinculación como en cargos de libre nombramiento y remoción, no se pierde la condición de ser un sujeto de especial protección constitucional. Esta situación que debe ser evaluada dentro del desarrollo del estudio técnico utilizando los medios para establecer quienes hacen parte del grupo, mediante el análisis de las hojas de vida y de información que resulta de fácil acceso para el empleador, como es el caso de los pre-pensionados.

3.8. Así las cosas, en los procesos de reestructuración, aún en los cargos de libre nombramiento y remoción, deberán respetarse los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección; no obstante, su estabilidad sea precaria. En estos eventos, la administración pública está obligada a adoptar medidas de diferenciación positiva a favor del servidor público que pueda llegar a ser considerado como sujeto de especial protección y que resulte afectado con la supresión del cargo del que es titular, independientemente de la naturaleza de su nombramiento. (…).” (Lo subrayado es de la Sala).

Fue por lo anterior que esta Corporación en sentencia de 29 de febrero de 2016 fijó ciertas reglas al momento de dar aplicación al denominado «reten social» para esta clase de servidores públicos³⁹, de la siguiente manera:

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

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

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

c) La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté

³⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013. Autoridades Departamentales. Actor: Edgar Augusto Arias Bedoya. M.P Gerardo Arenas Monsalve.

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

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

Así pues, las reglas jurisprudenciales que se definieron son: i) la condición de pre-pensionado la tienen los funcionarios que les falten 3 o menos años para reunir los requisitos a la pensión; ii) esta condición también se predica del servidor de libre nombramiento y remoción, pero no excluye el ejercicio de la facultad discrecional del nominador porque la decisión de retiro debe consultar, en cada caso concreto, la afectación de los derechos fundamentales del funcionario; y, iii) la protección de estabilidad laboral de pre-pensionado no se aplica para quien tiene cumplidos los requisitos para adquirir la pensión.

Sin embargo, es importante precisar que la Corte Constitucional en sentencia de unificación de 8 de febrero de 2018 cambió su tesis para quienes ocuparan cargo de libre nombramiento y fijó dos reglas, a saber:

*“(...) Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada. Para efectos de fundamentar esta **primera regla de unificación jurisprudencial** se hace referencia a la normativa que regula esta categoría especial de servidores públicos, a su delimitación cuando ejercen función administrativa y a las razones relevantes para su justificación.*

44. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 123 y 125 de la Constitución, los empleados públicos, una de las especies del género “servidor público”, pueden ser (i) de carrera, (ii) de elección popular o (iii) de libre nombramiento y remoción. Dentro de esta última especie, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto para los regímenes especiales de carrera^[45], el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004^[46] reguló 6 criterios para clasificar estos empleos.

*45. Según el **primer criterio**, son de libre nombramiento y remoción los empleos “de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices” (literal a) o, como los denomina el literal siguiente, “los altos funcionarios del Estado”. Esta categoría de servidores públicos, en los términos del artículo 5.2.a de la Ley 909 de 2004, integra a los empleos públicos de más alto nivel jerárquico al interior de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de los Órganos de Control, en la administración central^[47] y*

descentralizada^[48] del nivel nacional, en la administración central y órganos de control del nivel territorial^[49], y en la administración descentralizada del nivel territorial^[50]. Dada esta condición, les corresponde la dirección, conducción y orientación de las entidades estatales de las que hacen parte. En atención a su alta calidad y elevadas responsabilidades, se trata de los empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.

(...)

59. Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre-pensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta **segunda regla de unificación jurisprudencial** se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. (...).”

Con fundamento en lo anterior, es dable concluir que los funcionarios que se encuentran ocupando cargos denominados de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada y, además, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria de la protección especial dada la condición de pre-pensionado.

En el presente caso para el 1º de septiembre de 2011, fecha en que fue expedido el acto acusado, el demandante acreditaba 58 años y 1825 semanas cotizadas, para un total aproximado de 35 años de tiempo de servicios; quiere decir que, al ser beneficiario del régimen de transición, adquirió su estatus pensional una vez que cumplió los 55 años de edad, exactamente, el 16 de agosto de 2007; en tal sentido, es evidente que ya había cumplidos los requisitos para adquirir la pensión.

Es decir, al dar alcance a la sentencia de unificación de la Corte Constitucional anteriormente citada, es evidente que el señor Jaime Hernán Díaz Díaz no es beneficiario de la protección especial de pre-pensionada, pues, además de que se encuentra probado que el cargo que ostentaba era aquellos de los denominados de libre nombramiento y remoción; como acreditó el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización no pierde el acceso a la pensión de vejez, de allí que no hay lugar a considerar que sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada.

En efecto, si bien es cierto en principio quienes estén próximos a pensionarse y consolidar así su derecho se les puede llamar pre-pensionados, pues lo que se busca amparar es aquella expectativa que tiene el empleado de obtener su pensión de jubilación, ante una pérdida intempestiva del empleo; se debe tener en cuenta que más allá del requisito de edad, lo que pretendió el legislador fue proteger la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

Se insiste, además de que el demandante contaba con el tiempo de servicios necesarios y la edad para obtener su pensión, resulta que ostentaba un cargo de libre nombramiento y remoción, situación que no enerva la facultad discrecional de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- para retirarla mediante la declaratoria de insubsistencia, la cual en todo caso fue ejercida bajo la estricta regla consagrada del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo «*actualmente el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo*», concretamente, porque se adecuó a los fines de la norma.

De acuerdo con los argumentos expuestos, este cargo tampoco puede prosperar.

Anotación en la hoja de vida.

Manifestó el recurrente, que no se dejó constancia en la hoja de vida, del hecho y la causa que ocasionaron su insubsistencia y que, además, no se tuvo en cuenta su gran formación profesional, así como su conocimiento de la entidad y su experiencia en el cumplimiento de las funciones del cargo que venía desempeñando.

Sea la oportunidad para recordar, que si bien el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 determinó que se debe dejar constancia en la hoja de vida del motivo que dio lugar a un retiro, también lo es que, esa actuación es un acto posterior, no puede dar lugar a vicios en el acto demandado debido a que se trata de situaciones jurídicas distintas que no deben ser confundidas.

En efecto, la anotación de las causales de retiro de un empleado en su hoja de vida que realiza normalmente el Jefe de Personal o su equivalente se efectúa con posterioridad a la decisión administrativa, sin que su omisión pueda afectar la existencia y validez de la manifestación de voluntad expresada por el nominador. Esta ha sido la tesis reiterada de esta Corporación desde tiempo atrás en la que se indicó que⁴⁰:

“(...) La omisión de cumplir con la obligación de dejar constancia en la hoja de vida del hecho y de las causas que ocasionaron la declaración de insubsistencia, exigida en el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, por presentarse con posterioridad a la expedición de tal declaración, no puede constituir un vicio del acto, como reiteradamente tuvo oportunidad de expresarlo la Sección Segunda. (...)”.

Quiere decir lo anterior, que si bien en el plenario no aparece probado que se haya dejado anotación en la hoja de vida sobre el motivo que dio lugar al retiro del demandante, tal hecho no afecta la validez del acto administrativo demandando por tratarse de un acto posterior que, además, no constituye elemento de aquél.

Ahora, vale decir respecto de las altas capacidades y logros académicos con los que pueda contar el demandante, no generan por sí solos fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, mucho menos constituyen plena prueba de la desviación de poder, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el buen

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 29 de marzo de 2001, C. P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

cumplimiento del deber por parte del funcionario. En efecto, así lo ha puntualizado la Corporación⁴¹:

“(...) en lo que respecta al buen desempeño del actor durante el tiempo que laboró para la entidad, ha de decir la Sala que tal circunstancia no genera para los empleados que puedan ser retirados del servicio por discrecionalidad del nominador; fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad que le ha sido asignada por Ley, como en el caso sub-examiné (sic), la que se presume ejercida en aras del buen servicio (...)”.

Así las cosas, al no estar probados los cargos formulados por el demandante y mantenerse incólume la presunción de legalidad de los actos acusados, la Sala confirmará la sentencia del *a - quo* que denegó las pretensiones 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,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 25 de enero de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Jaime Hernán Díaz Díaz contra la Comisión Nacional de Televisión -CNTV-, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

(Firmado electrónicamente)
CARMELO PERDOMO CUÉTER

(Firmado electrónicamente)
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 31 de julio de 1997, radicado 16128, actor Manuel Salamanca.