



*Tribunal Administrativo de Boyacá*  
*Sala de Decisión No. 3*  
*Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortíz*

Tunja, febrero trece (13) de dos mil veinte (2020).

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **José Oscar Ibáñez Daza**

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF

Expediente: 15001-33-33-013-2017-00012-01

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por José Oscar Ibáñez Daza, contra la sentencia de primera instancia proferida el **27 de junio de 2019 (ff. 344 a 357 c2)** por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que **negó** las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES.**

**1.1. Demanda y subsanación<sup>1</sup> (ff. 2 a 11 y 47 c1):**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, José Oscar Ibáñez Daza, a través de apoderada judicial, pidió la nulidad de la **Resolución No. 7262 de 27 de julio de 2016 (f. 20 c1)** expedida por el Secretario General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF, que declaró la insubsistencia de su nombramiento ordinario en el cargo de Director Regional, Código 0042, Grado 18, asignado a la Regional Boyacá.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó:

<sup>1</sup> La demanda de la referencia fue inadmitida mediante auto de 15 de junio de 2017 (f. 45 c1), al considerar que si bien la demandante pretendió acreditar el agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, con la presentación del acta expedida por la Procuraduría 122 Judicial II para Asuntos Administrativos, “no se ajuntó con la misma, copia de la solicitud remitida a la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, según lo dispone el artículo 613 del Código General del Proceso” - Negrilla del texto original -. Tal falencia, fue corregida por la parte actora el 28 de junio siguiente, según consta a folios 47 a 54 del cuaderno 1 del expediente.

- ♣ *Se condene al ICBF a realizar el reintegro efectivo de José Oscar Ibáñez Daza en el cargo que ocupaba antes del retiro.*
  
- ♣ *Se ordene el reconocimiento y pago en favor del demandante, de los beneficios salariales y prestacionales dejados de percibir desde el 27 de julio de 2016<sup>2</sup>, y hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro laboral solicitado. Particularmente, de: i) auxilio de cesantías, ii) intereses a las cesantías, iii) prima técnica cargo, iv) bonificación por servicios prestados, v) bonificación semestral, vi) prima de vacaciones y, “demás emolumentos que se generen en razón del desempeño del cargo” (f. 4).*
  
- ♣ *Se indexen las sumas de dinero que resulten en favor del demandante.*
  
- ♣ *Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.*
  
- ♣ *Se ordene el reconocimiento y pago de intereses moratorios liquidados a la tasa comercial, en el evento en que no se dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 195 ibídem.*
  
- ♣ *Se condene en costas a la demandada.*

*Lo anterior, con fundamento básicamente, en los siguientes supuestos fácticos:*

- ♣ *José Oscar Ibáñez Daza participó en el proceso de selección para proveer el cargo de Director de la Regional Boyacá del ICBF, “quedando como opcionado y por lo tanto con el derecho a conformar la terna de la cual el Gobernador del Departamento de Boyacá, debía seleccionar el profesional que ocuparía el cargo” (f. 2).*
  
- ♣ *El 21 de mayo de 2015, el Gobernador de Boyacá informó a la Directora del ICBF que el señor Ibáñez Daza había sido seleccionado para ocupar el cargo como Director Regional Boyacá de la entidad.*
  
- ♣ *Mediante Resolución No. 3494 de 04 de junio de 2015 expedida por la Secretaria General del ICBF, fue nombrado con carácter ordinario en el cargo de Director Regional Boyacá, Código 0042, Grado 18 de la Planta Global de Personal de la entidad.*

---

<sup>2</sup> *Fecha de declaratoria de insubsistencia de su nombramiento ordinario en el cargo de Director Regional, Código 0042, Grado 18, asignado a la Regional Boyacá.*

- ♣ *Tomó posesión del cargo el 19 de junio siguiente, ante la Secretaria General del ICBF.*
  
- ♣ *Mediante Resolución No. 7262 de 27 de julio de 2016 expedida por la autoridad administrativa acabada de mencionar, se declaró la insubsistencia de su nombramiento en el cargo, “sin motivación alguna” (f. 3).*
  
- ♣ *El mismo día de su expedición, fue notificado de la anterior decisión.*

*Como **normas vulneradas y concepto de violación** señaló los artículos 1, 29, 40.7, 53, 123, 209 y 305.13 de la Constitución Política; 44 de la Ley 1437 de 2011<sup>3</sup> y; 1 y 2 del Decreto 1972 de 2002<sup>4</sup>.*

*Señaló que, el hoy demandante fue nombrado en el cargo de Director Regional Boyacá, Código 0042, Grado 18 del ICBF “a través del mérito, y teniendo en cuenta criterios de capacidad y experiencia y no por una designación subjetiva que hiciera el nominador” (f. 3), por lo cual, la decisión de declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, lo tomó por sorpresa.*

*Además, que no obedeció al trámite de un procedimiento administrativo previo que garantizara su derecho al debido proceso, sino que acaeció de manera inesperada y sin motivación alguna, pues a la fecha, le son ajenas y desconocidas las razones que dieron lugar a la misma.*

*En todo caso, que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1972 de 2002, los cargos de Director Regional de los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, tales como el ICBF, son provistos a través de un proceso de selección que examina criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo, por la cual, la motivación del acto administrativo de retiro del mismo deviene necesaria. Al respecto, explicó:*

*“(…) se hace necesaria la motivación del acto de retiro desvinculación o insubsistencia, con fundamento en que para ser provisto la entidad decidido (Sic) voluntariamente establecer el proceso meritocrático y no acudir a consideraciones subjetivas del nominador, como factor esencial para la escogencia de la persona que desempeñará el cargo, como si se proveyera un cargo de carrera administrativa, de tal suerte que al escoger este tipo de selección de personal, EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, también escogió asumir consecuencias, tal como la obligación*

<sup>3</sup> *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

<sup>4</sup> *“Por el cual se reglamenta la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional”.*

*de indicar los motivos o razones que le llevaron a decidir prescindir de los servicios que venía presentando el funcionario que fue escogido a través del procedimiento o concurso de méritos (...)" (f. 6).*

En esa línea, refirió la sentencia de tutela proferida en sede de segunda instancia por ésta Corporación el 26 de agosto de 2014 dentro del expediente con radicación No. 2014-131 y ponencia del Magistrado Fabio Iván Afanador García, para precisar que la administración tiene la obligación de motivar sus decisiones en garantía de los principios constitucionales de publicidad y debido proceso, imperantes en nuestro ordenamiento jurídico. En su criterio, el deber de motivar los actos administrativos supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los particulares de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, y les permite controvertirlas.

En esa línea, consideró que con la expedición del acto administrativo censurado, se trasgredió el derecho al debido proceso de José Oscar Ibáñez Daza, en tanto, "no hubo conocimiento de las razones de la desvinculación, por lo cual al no ser conocida, no pudo ser controvertida" (f. 7).

Citó como precedente judicial obligatorio, la sentencia SU 917 de 2010 proferida por el Máximo Tribunal Constitucional.

### **1.2. Reforma de la demanda (ff. 225 a 236 c1):**

En los términos del artículo 173 del CPACA, la parte actora presentó escrito de reforma de la demanda el 21 de noviembre de 2017.

Si bien no presentó variación sustancial alguna, discurrió que en la demanda inicial "en el acápite de pruebas en lo correspondiente a la prueba documental **No** se había incluido como prueba la certificación Laboral expedida por el COORDINADOR DEL GRUPO ADMINISTRATIVO DEL ICBF REGIONAL BOYACA (Sic) en la que se indica los factores salariales y el salario mensual percibido entre el 15 de junio de 2015 y el 27 de julio de 2016 por el Señor JOSE OSCAR IBÁÑEZ DAZA (Sic) (...)" - Negrilla del texto original -.

Aportó en consecuencia, la documental.

### **1.3. Contestación de la demanda (ff. 82 a 98 y 244 a 262 c1):**

Dentro de la oportunidad legal correspondiente y por conducto de apoderado judicial, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

- ♣ Según el artículo 47 de la Ley 909 de 2004<sup>5</sup>, los cargos que conlleven el ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, tienen el carácter de empleos de gerencia pública y son de libre nombramiento y remoción.
- ♣ El cargo de Director Regional, Código 042, Grado 18 de la planta de personal del ICBF es de libre nombramiento y remoción, en virtud de su naturaleza gerencial. Esto, con independencia de que para su provisión, se realice un proceso de selección público abierto por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP.
- ♣ La convocatoria pública No. BF/13-008 a la que hace referencia el demandante, no tuvo “por fin el seleccionar el ocupante de dicho empleo, sino la conformación de la terna de candidatos que sería presentada al Gobernador del Departamento de Boyacá” (f. 82), para que aquel en ejercicio de su facultad legal y constitucional, eligiera la persona que ocuparía el mismo.
- ♣ El hecho de que por disposición legal el Gobernador debiese designar para el empleo a uno de los integrantes de la terna remitida, no deslegitima la autonomía y discrecionalidad que le otorgó el Constituyente para proveer los cargos de gerente o jefe seccional de los establecimientos públicos del orden nacional con operación en los departamentos<sup>6</sup>.
- ♣ El nombramiento ordinario que se efectuó al señor Ibáñez Daza en el cargo de Director Regional, Código 042, Grado 18 del ICBF, es el propio de los empleos de libre nombramiento y remoción. Por esta razón, no se puede asimilar a otros cuya provisión por concurso atiende a una decisión administrativa ajena a la facultad discrecional del empleador, como es el caso de los de carrera administrativa.

<sup>5</sup> “Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones.”

<sup>6</sup> Esto, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 305 Superior, en concordancia con lo señalado en el artículo 78 de la Ley 489 de 1998.

- ♣ *En atención a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1972 de 1992, el proceso de selección público abierto para la integración de ternas: i) no implica el cambio de la naturaleza jurídica de los empleos a proveer<sup>7</sup> y, tampoco ii) limita la facultad discrecional del nominador.*
  
- ♣ *El acto administrativo enjuiciado no se encuentra viciado de nulidad, toda vez que de acuerdo con lo señalado en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional, y se realiza mediante acto administrativo no motivado.*
  
- ♣ *Frente a la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no procede recurso alguno en sede administrativa, pues tal como lo consagra el inciso 2° del artículo 2° del CPACA, la primera parte del código no resulta aplicable cuando se ejerce dicha facultad.*
  
- ♣ *La facultad discrecional inherente a los empleos de libre nombramiento y remoción, permite que quienes los ocupan puedan ser retirados de sus funciones con el fin de garantizar el buen servicio público. Ese vínculo no genera ningún tipo de estabilidad, salvo ante la existencia de una limitación de orden legal.*
  
- ♣ *Sobre la decisión que ahora se debate, “no se requería la adopción previa de un proceso formal o reglado de desvinculación” (f. 85).*

*En esa línea, destacó que la Resolución No. 7262 de 27 de julio de 2016 fue expedida conforme a la Constitución y la ley, e indicó que no obra en el plenario prueba alguna que logre desvirtuar la presunción de legalidad que la acompaña, ni mucho menos que conduzca al operador judicial a considerar que se configuró alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 137 del CPACA.*

*Que, si lo que pretendía el demandante era conocer las razones que dieron lugar a la expedición de la misma, “bien podría solicitar copia de la constancia de que trata el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 que, reposando dentro de los antecedentes administrativos creados para su caso, los cuales se aportan con esta contestación, indican con claridad los fundamentos de la decisión (...)” (f. 84).*

---

<sup>7</sup>*En lo relacionado, citó una sentencia proferida por el Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez el 09 de marzo de 2017.*

Además, que: **i)** la sentencia de tutela proferida por ésta Corporación y reseñada por la parte actora en el escrito de demanda, en nada resulta aplicable al caso de autos básicamente por disanalogía fáctica<sup>8</sup>, mientras **ii)** la sentencia SU-917 de 2010 proferida por la Corte Constitucional, lo que hace es reafirmar que el retiro en empleos de libre nombramiento y remoción se efectúa mediante acto administrativo que no requiere de motivación, pues se presume que obedece a las necesidades del servicio.

Así las cosas, recordó que uno de los principios pilares fundamentales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es el principio de justicia rogada, en virtud del cual, corresponde a quien demanda la legalidad de un acto administrativo, probar fehacientemente la causal de nulidad que alega. Ello, por cuanto carecería de toda racionalidad que, presumiéndose la legalidad del acto, tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, dicha búsqueda sería no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración.

Propuso como **excepciones**: falta de competencia, inexistencia de obligación y compensación.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>9</sup>.**

El Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja en sentencia proferida el **27 de junio de 2019**: **i)** declaró probada la excepción de 'inexistencia de la obligación' propuesta por el ICBF, **ii) negó** las pretensiones de la demanda y, **iii)** condenó en costas a la parte demandante.

Contrajo el problema jurídico, a dilucidar "1. ¿Cuál es la naturaleza del cargo para el cual fue nombrado el demandante mediante Resolución 3494 del 04 de junio del año 2015, emanado por la secretaria general del ICBF?// 2. ¿La declaratoria de insubsistencia del nombramiento efectuado al demandante constituye una facultad discrecional de la secretaria general del ICBF que no requiere motivación alguna?// 3. ¿Al demandante le asiste el

<sup>8</sup> En tanto, "(...) (i) no es posible hacer analogía del caso del actor con el de la provisión de un empleo dentro del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, sobre el cual versó la tutela en mención, pues no solo mi representada es completamente diferente del ente en mención, sino que además, no se probó que la provisión de empleos dictaminada para cada caso fuera efectuada bajo los mismos supuestos aducidos en la presente Litis; y (ii) porque de conformidad con la ley, las sentencias de Tutela (T), son sentencias que tienen efectos inter partes, es decir, que solo pueden ser aplicadas más allá de quienes han intervenido en la Litis que por medio de estas se resolvió (...)" (f. 86).

<sup>9</sup> Vista a folios 344 a 357 del cuaderno 2 del expediente.

derecho de reintegro a un cargo al que venía (Sic) desempeñando, así como al pago de salarios, prestaciones sociales y aportes de seguridad social dejados de percibir desde la fecha de su vinculación y sin solución de continuidad? (...)” (ff. 346 vto. y 347).

Para el efecto, luego de examinar el marco normativo y jurisprudencial de los cargos de libre nombramiento y remoción, así como la facultad discrecional propia de los mismos, precisó que:

- ♣ El ICBF fue creado por la Ley 75 de 1968, como un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; adscrito al Departamento Administrativo de la Prosperidad Social.
- ♣ Mediante Decreto No. 1479 de 2017, se suprimió la planta de personal de carácter temporal, y se modificó la planta de personal de carácter permanente del ICBF.
- ♣ Por tratarse de un establecimiento público, al ICBF le resulta aplicable el régimen jurídico previsto en la Ley 489 de 1998<sup>10</sup>, a cuyo tenor literal:
  - El director, gerente o presidente será el representante legal de la entidad, celebrará en su nombre los actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y funciones, tendrá su representación judicial y “cumplirán todas aquellas funciones que se relacionen con la organización y funcionamiento, con el ejercicio de la autonomía administrativa y la representación legal, que no se hallen expresamente atribuidas a otra unidad” (f. 349 vto.) - Negrilla y subraya del texto original -.
  - Los establecimientos públicos nacionales podrán organizar seccionales o regionales, cuando las funciones correspondientes no estén asignadas a las entidades del orden territorial, caso en el cual, el gerente o director seccional será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal.

---

<sup>10</sup> “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.



404

- ♣ El artículo 5° de la Ley 909 de 2004 consagró la naturaleza del ya mencionado cargo, al señalar que serán de libre nombramiento y remoción aquellos cargos de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implique la adopción de políticas o directrices; tales como el de Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local en la Administración Descentralizada del Nivel Nacional.
- ♣ En los términos del Decreto 1972 de 2002<sup>11</sup>, el Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces, será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del respectivo establecimiento público, la cual, deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de conformidad con el proceso de selección público abierto que en dicha norma se consagra. Esto, en ejercicio del mandato constitucional contenido en el artículo 305 Superior.
- ♣ El proceso de selección público abierto para la integración de las ternas, no implica el cambio de la naturaleza jurídica de los empleos a proveer y tampoco limita la facultad discrecional del nominador.
- ♣ Constituye criterio jurisprudencial pacífico, que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida en que la selección de los mismos supone razones estrictamente personales o de confianza. Esto, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.
- ♣ Al tenor literal del artículo 44 del CPACA, los actos administrativos discrecionales deben estar en concordancia con los fines que la norma consagra. De allí que, en casos como el que ahora se examina, la declaratoria de insubsistencia deba estar precedida de razones justificadas en el interés general.

Al descender al caso concreto, encontró probado que el demandante fue nombrado y tomó posesión del cargo de Director Regional Boyacá del ICBF, Grado 18, Código 42, como consecuencia de la provisión efectuada a partir de una terna conformada por los aspirantes que superaron el concurso de méritos BF-13-0008, adelantado

<sup>11</sup> "Por el cual se reglamenta la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional"

por el DAFP para el efecto. Asimismo, que ejerció dicho cargo hasta tanto fue separado de sus funciones, con ocasión de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, efectuada mediante Resolución No. 7262 de 27 de julio de 2016.

Afirmó entonces, que su participación en la convocatoria permite colegir que aceptó las condiciones del concurso, por lo cual, "(...) no puede estimar ... en vía jurisdiccional que al ser provisto por esa metodología de escogencia en razón a la meritocracia, sea un cargo equiparable a los de carrera y por ello sea obligatoria la motivación del acto de retiro, pues no se trata de la forma de seleccionar el funcionario, contrario sensu se estima que la naturaleza del cargo fue la que en último motivo o dio pie al concurso que se desarrolló bajo el Decreto 1972 de 2002 (...)" (f. 353 vto.)

Así pues, que como quiera que el cargo de Director Regional del ICBF es de libre nombramiento y remoción, el trámite de selección para su provisión no implica el cambio de la naturaleza jurídica del empleo, y tampoco limita la facultad discrecional del nominador<sup>12</sup>.

Aclaró en todo caso, que el proceso público abierto de selección para el cargo mencionado, no responde a un concurso público como el que rige las convocatorias de empleos de carrera, pues en éstos últimos no se conforman temas para su provisión, sino que se elige al candidato con mayor puntaje. No así en el sub iudice, en el que pese a que el demandante obtuvo el segundo lugar en el concurso con un puntaje de 80.15, por debajo de Elizabeth Tuberquia Vanegas, fue escogido por el Gobernador de Boyacá para ocupar el cargo a proveer. Fue de ese modo beneficiario "de la modalidad de elección discrecional sin poseer mejor derecho que los otros aspirantes" (f. 354 c2).

En ese contexto, consideró carentes de asidero jurídico los argumentos expuestos por el demandante, en cuanto a que su escogencia para el cargo se dio por cuestiones relativas únicamente al mérito profesional.

A renglón seguido, precisó que al Director General del ICBF se atribuyen funciones especiales relativas al nombramiento y remoción de sus subalternos, por cuanto, en su calidad de superior jerárquico ejerce la condición de nominador y puede declarar la insubsistencia de los directivos que en su criterio, atentan contra el interés

---

<sup>12</sup> Citó en ese sentido, la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 09 de febrero de 2012, dentro del expediente 17001-23-31-000-2003-14081-01, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve (q.e.p.d.).

general y el buen servicio. Esto, personalmente o a través de la figura de la delegación.

Razonó ilógico de ese modo, que el demandante acudiera en sede judicial para alegar la falta de motivación de su acto de retiro del servicio, siendo conocedor de que su nombramiento no le generaba ningún tipo de estabilidad y nada obligaba a su nominador a exponer las motivaciones de su decisión. Dicha prerrogativa, recordó, no está consagrada por ley para los cargos de libre nombramiento y remoción, sino para los de carrera administrativa. Al respecto, agregó:

*“(...) cualquier otro vicio de nulidad como desviación del poder y/o similar, sumado a que no fue alegado, se encuentra huérfano de prueba, pues otro asunto sería el de demostrar la desmejora del servicio dada la desvinculación del demandante, lo cual incluiría un ingrediente a la controversia pues de probarse tal desmejora, el escenario sería otro frente a la declaratoria de insubsistencia, aspecto en el que no resulta necesario recabar, pues a éste ni siquiera se hizo referencia en las solicitudes probatorias y tampoco se aportó por la demandante, medio de convicción que permitiese al menos inferir tal circunstancia, toda vez que desconoce el despacho que si bien el demandante aporta al expediente unos gráficos folios 22, 23, y 24, los mismos no permiten cotejar la desmejora del servicio, porque se itera no fue un alegado de la parte demandante (...)” (f. 356 c2).*

En esas condiciones, concluyó que: **i)** no logró la parte actora desvirtuar que la finalidad del acto administrativo acusado fuera otra diferente a la mejora en la prestación del servicio y la garantía del interés general, ni **ii)** informó o manifestó tener la connotación de padre cabeza de familia, pre pensionado, beneficiario de la Ley 755 de 2002 o similar, como para pensar que la administración no respetó los límites de la discrecionalidad que le fuere reconocida. No se acreditó la concurrencia de circunstancias que demanden una especial protección por parte del Estado.

Por el contrario, que el acto demandado goza de plena legalidad, en consideración a que fue expedido en virtud del interés general y la efectiva prestación del servicio; desarrollado a su vez, en virtud del principio de confianza que requieren los cargos de libre nombramiento y remoción del nivel directivo, y la prerrogativa de la entidad de declarar la insubsistencia de nombramiento sin motivación alguna.

Por lo anterior, tal como se anticipó, declaró la prosperidad de la excepción de inexistencia de la obligación, propuesta por el ICBF.

### III. RECURSO DE APELACIÓN<sup>13</sup>.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la **parte demandante** presentó recurso de apelación.

Señaló que, en criterio de la juez de primer grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 Constitucional y en la Ley 909 de 2004, el cargo de Director Regional del ICBF en cada departamento es de libre nombramiento y remoción. De allí, que en atención a la discrecionalidad con la que cuenta el nominador en dicha categoría de empleos, la desvinculación del funcionario que los ocupa puede realizarse a través de acto administrativo que no requiere motivación<sup>14</sup>.

Sin embargo, que **de conformidad con el artículo 44 del CPACA**, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular es discrecional, la misma **debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa**. Es decir, que los límites a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, debe darse en que la decisión sea razonable y se adecue a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa.

En esa línea, refirió la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 19 de febrero de 2018 dentro del expediente No. 25000-23-42-000-2013-01223-02, con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez y, precisó en relación con el caso de autos, lo siguiente:

*“(...) en el caso del señor OSCAR IBÁÑEZ DAZA, no aparece motivo alguno que originara la decisión de declarar insubsistente en el cargo que desempeñaba, puesto que de manera abstracta se plasmó en una certificación que aparece en su hoja de vida, que por reorganización del equipo de trabajo y basado en el mejoramiento de las condiciones de la función pública y del servicio público a cargo, se daba la desvinculación, circunstancia que no atiende en manera alguna a la indicación de los hechos que le sirven de causa y menos lo hace de manera suficiente concreta, cierta y concurrente, sino de forma abstracta, sin exponer con claridad hechos concretos, razón por la cual, es que esta falta de motivación para proferir el acto administrativo de insubsistencia es la que lo hace ilegal (...)” (f. 363 vto.) - Negrilla y subraya fuera del texto original -.*

Consideró de ese modo, que si bien el cargo desempeñado por el hoy demandante era de aquellos de libre nombramiento y remoción (en los cuales el nominador

<sup>13</sup> Visto a folios 362 a 364 del cuaderno 2.

<sup>14</sup> Sobre ese particular, refirió la sentencia proferida el 08 de febrero de 2018 por el Consejo de Estado, dentro del expediente 25000234200020120150701, con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

cuenta con la facultad discrecional de disponer del mismo); lo mínimo era que el acto administrativo de insubsistencia de su nombramiento se “indicara el sustento fáctico o de hecho que llevaba a la administración a tomar tal determinación, pero apenas se indica que es por reorganización y mejoramiento del servicio, sin indicar porqué el funcionario que estaba desempeñando esa función no continuaba en el cargo o que hacía suponer que no era acto (Sic) para el mismo (...)” (f. 354 vto.).

Agregó en todo caso, que: **i)** el señor Ibáñez Daza prestó sus servicios en favor de la entidad demandada en forma eficiente, tal como lo exige el ejercicio de un cargo público; **ii)** la decisión de declaratoria de insubsistencia resultó sorpresiva para el interesado y, **iii)** no se le dio la oportunidad de controvertirla. Tales circunstancias, a su juicio, denotan la ilegalidad del acto administrativo demandado.

Solicitó así, se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda.

#### **IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.**

##### **4.1. Admisión del recurso de apelación:**

El **02 de septiembre de 2019** se admitió el recurso de apelación presentado por la parte actora y, se ordenó la notificación al Ministerio Público delegado ante ésta Corporación. (f. 371 c2).

##### **4.2. Alegatos de conclusión:**

En auto de **30 de septiembre de 2019** (f. 375 c2), se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y correr traslado a las partes por el término de diez (10) días, con el propósito de que presentaran sus alegatos en forma escrita<sup>15</sup>.

**4.2.1. Parte demandante (ff. 380 y 381 c2):** Insistió en la necesidad de motivación del acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento del hoy demandante en el cargo de Director Regional, Código 0042, Grado 18, asignado a la Regional Boyacá.

<sup>15</sup> Esto, de conformidad con el numeral 4º del artículo 247 del CPACA.

Arguyó que, con independencia del lugar ocupado en la convocatoria pública desarrollada para la provisión del mentado empleo, lo verdaderamente importante es que con el simple hecho de conformar la terna adquirió el derecho a ser eventualmente nombrado en el mismo, no por el nominador, sino por el Gobernador de Boyacá. Esto, toda vez que pues superó todas y cada una de las etapas del concurso.

Que, aun cuando la entidad demandada fundó su proceder en el hecho de que el cargo de Director Regional se trataba de aquellos de libre nombramiento y remoción, en virtud del grado de confianza que implicaba el ejercicio de sus funciones, lo cierto es que aquel nunca tuvo a su cargo la formulación de políticas institucionales ni la dirección u orientación institucional, sino que tal como consta a folios 80, 288, 304 y 305 del expediente, se limitó a cumplir labores de gestión administrativa. Tal circunstancia a su juicio, sugiere que su designación en cargo no obedeció a criterios de confianza, sino de mérito.

Por lo demás, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

**4.2.2. Parte demandada (ff. 382 a 398 c2):** Anotó que, las acusaciones nuevas formuladas por la parte actora no deben ser blanco de estudio por parte del operador judicial que conoce la alzada. Y, solicitó confirmar íntegramente el fallo recurrido, a partir de idénticos argumentos a los esbozados en el escrito de contestación de la demanda.

## **VI. CONSIDERACIONES.**

Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por la **parte demandante**, contra la sentencia de primera instancia proferida el **27 de junio de 2019** por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

### **5.1. De la inclusión de argumentos nuevos en el escrito de alegatos de conclusión en segunda instancia.**

Según se observa, sostuvo la parte actora en el escrito de alegatos de conclusión presentado en esta instancia (ff. 380 y 381 c1), que José Oscar Ibáñez Daza:

- ♣ No fue designado como Director Regional, Código 0042, Grado 18 del ICBF por el nominador del empleo; sino por el Gobernador del Departamento de Boyacá y,

- ♣ Pese a ostentar dicho cargo, no tuvo la facultad de definir políticas institucionales como lo haría un empleado de confianza, “sino que debía cumplir con las funciones asignadas a su cargo, debiendo cumplir funciones de gestión administrativa, tal como aparece en el folio 80, y 228 y los folios 304 y 305 del expediente estos últimos se refieren a la resolución 1888 de 22 de abril de 2015 (...)”.

No obstante, revisado minuciosamente el expediente, no advierte la Sala que el demandante haya señalado y/o sustentado tales hechos en la demanda, pues si bien presentó argumentos relacionados con los supuestos fácticos generales que motivaron la interposición de la misma, **no pasaron de ser simples afirmaciones generales, que no atinaron en concreto, a lo esgrimido en ésta instancia en el escrito de alegaciones.** Es así, que nada se dijo en el líbello introductorio, respecto a: **i) la falta de designación en el empleo por parte del nominador del mismo y, ii) las funciones materialmente ejecutadas por el demandante.**

Recuérdese que, la oportunidad que tiene el demandante para **exponer los hechos** que considera pertinentes para lograr la prosperidad de sus pretensiones es la demanda, más no el recurso de apelación, ni mucho menos el escrito de alegatos de segunda instancia. De ese modo, no puede el actor introducir en esta instancia, hechos que no fueron expuestos en el primer grado y adicionarlos, cuando aquellos lógicamente, conforme al diseño procesal del caso, ni siquiera pudieron ser objeto de análisis por parte de la a quo, ni mucho menos de contradicción por la parte demandada.

En consecuencia, se dirá que los asertos esgrimidos el escrito de alegatos presentados por la parte actora a folios 380 y 381, en relación puntualmente con los aspectos previamente enunciados, no serán estudiados por ésta instancia.

## **5.2. De la competencia del ad quem:**

El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

*“(…) Artículo 328. Competencia del superior.*

*El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*

*Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*

*En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.*

***El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.***

*En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (...)” - Negrilla fuera del texto original -.*

De ese modo, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, tal como lo sostuvo la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 23 de febrero de 2017, al señalar:

*“(...) De acuerdo con el artículo 320 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida «...únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.». **En consecuencia, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo.** Al respecto sostuvo esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 2007<sup>16</sup>:*

*“Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto, **la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia.** En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente”.*

***Esta limitación a la competencia del juez de segunda instancia ha sido entendida como garantía de la non reformatio in pejus, consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política. Sobre este tópico se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sus dos Subsecciones, en los siguientes términos:***

*“En primer lugar, la Sala advierte que se encuentra limitada para fallar sólo frente a los argumentos del recurso de apelación de la parte actora, en razón a que el poder del Juez Administrativo se restringe cuando es un apelante único el que impugna la decisión de primera instancia. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, acoge el principio de la “reformatio in pejus”, según el cual el Juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del recurrente, cuando éste ha sido el único que apela la decisión del inferior, puesto que evidentemente el recurso*

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, sección Segunda, Subsección A, radicado interno No. 9708-2005, actor: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. doctor: Jaime Moreno García.



409

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: **José Oscar Ibáñez Daza**  
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF  
Expediente: 15001-33-33-013-2017-00012-01

*instaurado se debe entender interpuesto de manera exclusiva en el aspecto estrictamente desfavorable de la providencia*<sup>17</sup>.

*“En consecuencia, como quiera que la actora fue apelante único, no resulta viable desmejorar su situación particular en virtud de la prohibición de la reformatio in pejus. Al respecto, la Sala observa que el artículo 164 del C.C.A. inciso final, consagra la prohibición de la reformatio in pejus, la cual a la postre tiene en el artículo 31 consagración constitucional. En efecto, en el artículo 164 del C.C.A., se preceptúa la posibilidad para el superior jerárquico de decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, pero a su turno, se preserva el reconocimiento efectuado en primera instancia cuando quien lo obtuvo actúe como apelante único, razón que por la cual puede afirmarse que se consagró la “prohibición” de la reformatio in pejus*<sup>18</sup> (...)”<sup>19</sup> - Negrilla fuera del texto original -.

Así las cosas, la competencia del superior se rige por el principio de congruencia, en virtud del cual, el juez de segunda instancia debe desatar el recurso de alzada a partir de los argumentos de inconformidad propuestos por el recurrente, so pena de desconocer el principio de contradicción. Tal conclusión, encuentra asidero en el principio de *non reformatio in pejus* el cual protege la situación **del apelante único**, para que **no se haga más gravosa su situación**.

### 5.3. De las causales de nulidad de los actos administrativos:

El artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla como causales o vicios de nulidad de los actos administrativos, los siguientes:

- i) **Vicios formales:** Cuando los mismos han sido expedidos con infracción de las normas en las que deberían fundarse, sin competencia o, en forma irregular y;
- ii) **Vicios materiales:** Cuando su emisión se ha dado con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o desviación de las atribuciones propias de quien los profirió<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Sentencia de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 28 de septiembre de 2006, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno número: 7966-2005, actor: Flor Ángela Pedraza Caballero y otra.

<sup>18</sup> Sentencia de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 29 de enero de 2006, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno número: 0837-2004, actor: Héctor Solano Vargas.

<sup>19</sup> Sentencia proferida en el proceso con radicación número 08001-23-33-000-2012-00087-01(2345-14) y ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012), Radicación número: 19001-23-31-000-2001-01047-01(0407-10), Actor: José Antonio Salinas González, Demandado: Municipio de Miranda - Cauca.

En materia de los **vicios formales**, se tiene que las razones para la anulación de los actos administrativos se relacionan primordialmente con **la infracción a las normas en que deberían haberse fundado**, las cuales, se supone, fueron desconocidas o vulneradas por las autoridades al momento de su expedición<sup>21</sup>.

Así, la **falta de competencia** se ubica como un vicio externo al mismo<sup>22</sup>, en tanto, es alrededor del sujeto activo que expidió la decisión, el eje sobre el cual gravita el debate jurídico en orden a determinar si es éste al que el ordenamiento le ha reconocido la aptitud para actuar como legítimo portador de la voluntad estatal, concretamente como autoridad normativa, y si se encuentra o no, facultado para dictar actos de naturaleza administrativa creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas o de carácter general.

En línea análoga, **la expedición irregular** de los actos administrativos se configura cuando se trasgrede el procedimiento establecido para la formación y expedición de los mismos, es decir, cuando la actuación administrativa se realiza con singularidades anómalas en el trámite de expedición del acto. En tales casos, **se cuestiona la forma en la que se profirió el mismo**, tal como lo expuso el Consejo de Estado en sentencia de 23 de marzo de 2007<sup>23</sup>, al señalar:

*“(...) Dicho vicio corresponde a aquel referido a las irregularidades sustanciales que tengan lugar en la expedición del acto, vale decir, el que se presenta cuando el acto se expide omitiendo las formalidades y trámites del caso que resulten determinantes en la decisión definitiva. Y, según se dijo en precedencia, por irregularidad sustancial en la expedición de un acto declarativo de elección o de nombramiento se entiende aquella capaz de alterar, con la suficiente gravedad, la transparencia del proceso de selección o electoral de que se trate, en cuanto afecta de manera determinante el resultado del mismo (...)” - Negrilla fuera del texto original -.*

Dicha causal entonces, se configura ante la certeza de la existencia de alguna **anomalía sustancial en su proceso de formación**.

Ahora bien, en tratándose de los **vicios materiales**, se dirá que, a diferencia de los formales, no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento, sino que nacen de la comprobación de circunstancias de hecho.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Acto Administrativo. 4º ed., 2003, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 264.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 23 de marzo de 2007, radicado N°11001-03-28-000-2006-00172-01(4120). CP. Darío Quiñones Pinilla.

Así por ejemplo, se configura como uno de ellos, el desconocimiento sustancial al debido proceso más llamado **desconocimiento del derecho de audiencia y defensa**, el cual debe ser analizado y entendido conforme a lo dispuesto en el artículo 29 Superior, en concordancia con lo establecido en los artículos 42 y 44 del CPACA, que obligan al respeto y acatamiento del concepto sustancial del debido proceso como presupuesto para la expedición de cualquier decisión por parte de quienes ejercen funciones administrativas.

A su turno, en lo relacionado más concretamente con la **motivación del acto**, la jurisprudencia constitucional ha explicado en detalle, lo siguiente:

*"(...) La motivación responde al principio de publicidad, entendiendo por tal la instrumentación de la voluntad como lo enseña AGUSTÍN GORDILLO quien resalta su importancia así:*

*"La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina "los considerandos" del acto, **es una declaratoria de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto**; constituye por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad. De la motivación sólo puede prescindirse en los actos tácitos, pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad; salvo en ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales.*

*Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un "medio de prueba en verdad de primer orden", sirviendo además para la interpretación del acto (...) "<sup>24</sup> - Negrilla y subraya fuera del texto original -.*

En esos términos, como quiera que todo acto administrativo tiene un móvil o motivo determinante para su expedición, es claro que, por regla general, ha de estar precedido de unas circunstancias de hecho o de derecho que han de incluirse dentro del texto del acto mismo. La motivación en esos eventos, se convierte en un elemento fundamental para determinar las causas que impulsaron a la administración a manifestar su voluntad ello cuando no se trata de decisiones discrecionales. Sin embargo, sea dicho desde ahora, tratándose de actos de insubsistencia de servidores públicos de libre nombramiento y remoción, **no es necesaria la motivación en el cuerpo del acto administrativo porque se trata de un acto discrecional**, solo se requiere una constancia que de forma posterior se deja en la hoja de vida sobre los hechos que dieron lugar a ella.

---

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-250 de 26 de mayo de 1998, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Así las cosas, para lo que interesa, **debe diferenciarse en este punto, la falta de motivación de la falsa motivación**, en tanto, corresponden a cargos de nulidad autónomos de los actos administrativos. La primera, es decir la **falta de motivación**, hace referencia a la **inexistencia absoluta de manifestación** de las condiciones de hecho y de derecho que sirvieron de fundamento a la decisión administrativa, mientras la segunda, es decir la falsa motivación, supone un yerro en la escogencia o determinación de dichas condiciones.

Dicho de otro modo, la **falta de motivación** se refiere fundamentalmente a la **expedición en forma irregular del acto**, en consideración a que la Constitución o la ley **mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada** motivación que debe constar al menos en forma sumaria en el **texto del acto administrativo**, al punto que si la administración desatiende esos mandatos normativos, se reitera, incurre en vicio de expedición irregular y se configura la nulidad del acto administrativo respectivo<sup>25</sup>. Pero, se insiste, ello no es exigible a los actos discrecionales de insubsistencia, como se ha explicado.

Por su parte, la **falsa motivación** acaece cuando el acto **no adolece de motivación**, pero su sustentación fáctica carece de veracidad o de coherencia entre el hecho y el supuesto de derecho; o lo que lo mismo, cuando no es cierto lo que se afirma en las razones de hecho, o no hay correspondencia entre tales razones y los supuestos de derecho que se aducen para proferir el acto<sup>26</sup>.

Lo anterior, toda vez que la validez del acto administrativo también depende de que los motivos por los cuales fue expedido sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado. Esto implica, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto y, se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra.

Ahora, la **desviación de poder** es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, se reconoce cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, pero en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe

<sup>25</sup> Sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de 23 de junio de 2011, con ponencia del consejero Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero ponente: Oswaldo Giraldo López, 29 de agosto de 2019, Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00261-00, Actor: Germán Ricardo Galeano Sotomayor, Demandado: Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

someterse, tal como la finalidad inherente al buen servicio, aunque en apariencia el acto parezca inobjetable, porque a simple vista en el mismo no se vislumbra violación primaria de la ley al reunir las formalidades propias que le son exigibles y se haya proferido por el funcionario competente<sup>27</sup>.

#### **5.4. De los cargos formulados en la demanda y las razones de apelación:**

Establecido lo anterior, se dirá en relación con el caso que ocupa ahora la atención de la Sala, lo siguiente:

Afirmó el demandante en el libelo introductorio, que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento como Director Regional Boyacá, Código 0042, Grado 18 del ICBF, **no obedeció al trámite de un procedimiento administrativo previo que garantizara su derecho al debido proceso, sino que, por el contrario, acaeció de manera inesperada y sin motivación alguna.**

Que, como quiera que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1972 de 2002, los cargos de Director Regional de los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, entre ellos del ICBF, son provistos a través de un proceso de selección que examina entre otros criterios el mérito, la capacidad y la experiencia de los participantes para el desempeño del empleo; **la motivación del acto administrativo de retiro de los mismos, resulta necesaria.**

En su criterio, **el deber de motivar los actos administrativos** supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los particulares de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, y les permite controvertirlas.

Así las cosas, se colige sin mayor esfuerzo, que el hoy demandante estableció de manera clara y precisa como cargo de la demanda, **la falta de motivación de la Resolución No. 7262 de 27 de julio de 2016** expedida por el Secretario General del ICBF (f. 20 c1), en desatención de un deber legal. Alegó en lo relacionado, la **inexistencia absoluta de manifestación** de las condiciones de hecho y de derecho que sirvieron de fundamento a la decisión administrativa.

Sin embargo, **leído el recurso de apelación**, se extrae que, en sede de alzada, su inconformidad con el acto se centró en que **se excedieron los límites de la**

---

<sup>27</sup> GÓMEZ, Gustavo. *Derecho Administrativo*. Segunda Edición. Bogotá D.C.: ABC Editores Librería Limitada, 2004, p. 415 - 420.

**facultad discrecional**, aceptando así, que ocupaba un empleo de libre nombramiento y remoción, cuya insubsistencia no requiere ser motivada por tratarse de un acto discrecional. Acudió de ese modo, a examinar los alcances del artículo 44 del CPACA.

Según se observa, para insistir en la necesidad de motivación del acto administrativo acusado, el ahora recurrente trajo a colación lo consignado en la constancia que de los hechos que dieron lugar al retiro, se dejó en la hoja de vida, los cuales afirma, debieron contenerse en el acto demandado y, agregó que era un servidor eficiente. Se lee, al respecto **en el escrito contentivo del recurso** que da lugar a la alzada, entre otras cosas, lo siguiente:

*“(...) en el caso del señor OSCAR IBÁÑEZ DAZA, no aparece motivo alguno que originara la decisión de declarar insubsistente en el cargo que desempeñaba, puesto que de manera abstracta se plasmó en una certificación que aparece en su hoja de vida, que por reorganización del equipo de trabajo y basado en el mejoramiento de las condiciones de la función pública y del servicio público a cargo, se daba la desvinculación, circunstancia que no atiende en manera alguna a la indicación de los hechos que le sirven de causa (...)” (f. 363 vto.) - Negrilla fuera del texto original -.*

Así pues, a simple vista, **los cargos del recurso, son otros, diferentes a los que se expusieron en la demanda.**

Al respecto, el D.L. 2400 de 1968, previó:

*“(...) ARTÍCULO 26. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.*

*Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera (...)” Resaltado fuera de texto.*

A su turno, en la Sentencia C-734 de 2000, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma acabada de transcribir, al respecto, consideró:

*“(...) 9. El artículo 26 del decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que, en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en*

la norma, de la **posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria**, al ordenar dejar **constancia posterior, aunque sumaria**, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del artículo 26 consiste en indicar que **la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión**, no obstante, lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y **si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance**.

Respecto de esta prescripción legal que ordena dejar constancia posterior de la motivación de la decisión de desvinculación, la propia Corte, en la ya citada Sentencia SU-250 de 1998, sin entrar a decidir sobre la constitucionalidad de la disposición ahora bajo examen, pues se trataba de un fallo proferido en sede de tutela, hizo en torno a ella los siguientes comentarios:

“...anticipándose a la doctrina y a las recomendaciones hechas en Europa y antes enunciados, en Colombia, en la reforma administrativa de 1968, se le salió al paso a la arbitrariedad con una disposición muy importante, es la contenida en el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, que pese a establecer que **en los casos de funcionarios que no pertenezcan a una carrera se puede declarar la insubsistencia sin motivar la providencia**, de todas maneras exige que: “deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida”.

(...)

“En algunas ocasiones **se puede dar una motivación posterior**. Por supuesto que lo normal es que sea concomitante con el acto administrativo y esté incluida la motivación dentro de aquél para que así sea más claro el principio de publicidad. Sin embargo, está el caso ya expresado del artículo 26 del decreto 2400 de 1968 que exige dejar constancia del hecho y de las causas del retiro en la respectiva hoja de vida del servidor público de libre nombramiento y remoción a quien se declara insubsistente. **Esta sabia determinación evita el abuso del derecho y la desviación del poder.**”

10. De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. **No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda**. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro. En virtud de lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la proposición jurídica completa conformada por el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, toda vez que la expresión parcialmente acusada, no puede ser considerada en sus efectos jurídicos independientemente del resto del texto de la norma (...)” (Resaltado fuera de texto)

De ese modo, tal como se anticipó, conforme a la ley y a la jurisprudencia, el acto de insubsistencia que afecta a un servidor público de libre nombramiento y remoción **no exige motivación, como al recurrir lo admite el demandante.**

Por lo anterior, razona la Sala que la insistencia del recurrente al afirmar en esta instancia que lo contenido en la **constancia posterior a la expedición del acto de insubsistencia** debió plasmarse de forma concreta y precisa en el acto administrativo de retiro informando los hechos o motivos concretos que dieron lugar a su expedición, resulta, por decir lo menos, contradictoria.

Como se extracta de la sentencia de constitucionalidad, si lo consignado en la constancia no es de recibo para el retirado por insubsistencia, puede dar lugar a controvertir la decisión, pero no por el cargo de **falta de motivación**, sino porque tales hechos o causas, a su juicio, resultan **arbitrarias o caprichosas**, lo cual conduce, sin lugar a divagaciones, a que el cargo de la demanda, en tal caso, se fundamente en **desviación de poder**. Esto, se itera, no porque el acto deba contener tal motivación, sino porque tales hechos, conforme los sustente y pruebe la demanda, no tuvieron como finalidad el mejor servicio.

Tan cierto resulta lo anterior, que es el mismo recurrente quien alude al artículo 44 del CPACA, para señalar que una decisión de carácter general o particular, aunque discrecional, debe ser "adecuada" a los fines de la norma que la autoriza, y "proporcional" a los hechos que le sirven de causa.

En concordancia con tal planteamiento, ha indicado la jurisprudencia constitucional, que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, para lo cual, ha identificado como **límites para el ejercicio de dicha facultad** - dispositiva del nominador -, 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<sup>28</sup>. De allí, que los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción estén dados en que la decisión deba 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.

---

<sup>28</sup> Sentencia T-372 de 2012.



Es por lo anterior, que en asuntos como el que ahora se debate, establece el artículo 26 del Decreto ley 2400 de 1968, que deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera sumaria, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos<sup>29</sup>. Si bien formalmente no se exige la motivación de la decisión de declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, ello no quiere decir que carezca de motivos, tal como lo precisó la sentencia de constitucionalidad citada.

Sin embargo, examinada la demanda, no se observa por parte alguna, que el cargo frente al acto demandado se hubiera sustentado en lo anterior, por el contrario, a lo largo del libelo se sostiene, que el acto debe ser declarado nulo **por falta de motivación y no por desviación de poder** que sería del caso si, como ahora lo expone el demandante al recurrir, lo plasmado en la constancia pudo llegar a contener un abuso del derecho o una decisión caprichosa de la administración. Aspecto éste que, ni por asomo, inquietó la demanda.

Empero, en su recurso, afirma el recurrente que si bien el cargo por aquel desempeñado era de aquellos de libre nombramiento y remoción, lo mínimo era que **en el acto administrativo que declara la insubsistencia de su nombramiento, se indicara el sustento fáctico cierto** que llevó a la administración a tomar esa decisión y no otra diferente, pues “apenas se indica que es por reorganización y mejoramiento del servicio, sin indicar porqué el funcionario que estaba desempeñando esa función no continuaba en el cargo o que hacía suponer que no era acto (Sic) para el mismo (...)” (f. 354 vto.) – “circunstancia que no atiende en manera alguna a la indicación de los hechos que le sirven de causa (...)” (f. 363 vto.) - Negrilla fuera del texto original -. Este argumento conduciría entonces a un vicio por falsa motivación, que tampoco hizo parte de la demanda pues, como ya se explicó, lo que se adujo fue la **falta de motivación**.

Pero, aún más, el cargo principal de la demanda se planteó en términos de una omisión, es decir, de la ausencia de un elemento - motivación - que, a juicio del actor debía plasmarse en la resolución demandada, es decir, una expedición irregular; pero en la apelación se contrajo a señalar que los motivos invocados para la expedición de la misma no corresponden a la verdad, es decir, que no existe correspondencia entre aquello aducido como motivo o causa, con la realidad jurídica

<sup>29</sup> Subsección Segunda Subsección "B" con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez en sentencia proferida el 26 de enero de 2017 en el proceso radicado bajo el No. 73001-23-33-000-2014-00285-01(3313-15), promovido por Fernando Reyes Moscoso contra la Contraloría Municipal Ibagué.

y/o fáctica del caso, una **falsa motivación**, lo cual, sea dicho nuevamente, resulta incompatible.

Recuérdese que, mientras la **falta de motivación** se refiere fundamentalmente a la **expedición en forma irregular del acto**, en consideración a que la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada, la **falsa motivación** acaece cuando el acto no adolece de motivación, pero su sustentación fáctica carece de veracidad o de coherencia entre el hecho y el supuesto de derecho; o lo que lo mismo, cuando no es cierto lo que se afirma en las razones de hecho.

Sirve lo anterior entonces, para concluir que, al tenor de la demanda, el vicio planteado fue el de **expedición irregular del acto por falta de motivación**; pero al recurrir se modifica el vicio que, como queda explicado, asumiría la condición de **desviación de poder**. Es claro así, que se varía sustancialmente el cargo de la demanda y, en tales condiciones, no puede ser examinado, pues ello vulneraría flagrantemente, el derecho de defensa de la parte contraria, quien no tuvo oportunidad de oponerse a ello.

Distinta sería la situación si en la demanda, además de proponer la expedición irregular por falta de motivación, como ya se explicó, se hubiera discutido que los hechos plasmados en la constancia que se dejó en la hoja de vida, contenían una desviación de poder y ello se hubiera acreditado fehacientemente en el plenario.

Debe recordarse en este punto, que el juez de la segunda instancia está sujeto a decidir la apelación, a los planteamientos expuestos en el recurso de alzada, sin que esté facultado para pronunciarse sobre aspectos o puntos de la sentencia de primera instancia que no fueron objeto de impugnación. Igualmente ha reiterado pacíficamente el Consejo de Estado, **que no puede abordar materias o cuestiones que se plantean en la apelación, pero que no hacen parte del concepto de violación del libelo, ni que la sentencia de primera instancia no haya estudiado**<sup>30</sup>.

Lo anterior, en virtud de los principios de lealtad procesal, contradicción y defensa, así como de la congruencia que debe existir entre el recurso, la sentencia censurada, el concepto de violación de la demanda y los argumentos expuestos en la contestación de la misma, los cuales **imponen que al apelante le esté vedado exponer en el recurso de apelación hechos, cargos y presentar pretensiones**

<sup>30</sup> Sentencia de 7 de mayo de 2015, Expediente: 2005-00270 y Sentencia de 8 de junio de 2016, Expediente 2006-00234, C.P. Dra. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO.

**nuevas que no alegó ni en la demanda ni en la contestación.** Si lo hace, el ad quem no puede abordar el estudio de estos nuevos reproches, pues es su deber salvaguardar los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa de las partes del proceso.

De ese modo, al encontrarse sujeto el juez de segunda instancia a los planteamientos expuestos en el recurso de alzada, ha dicho la Alta Corporación, “(...) queda proscrita cualquier posibilidad de que la apelación plantee aspectos ajenos o carentes de identidad con el grupo de razones y fundamentos anteriormente señalados. El recurso que desconozca esta restricción, viola el deber de lealtad entre las partes, irrespeta el debido proceso y quebranta el derecho de defensa de aquéllas, bajo el marco trazado por quien en cada caso asuma la condición de opositora.”<sup>31</sup>-

En esas condiciones, como quiera que el hoy demandante soportó la alzada en argumentos encaminados a declarar una posible falsa motivación del acto administrativo censurado, que no fue invocada en el concepto de violación del escrito demandatorio, y una desviación de poder, que tampoco fue planteada desde la primera instancia, concluye la Sala en sede de segunda instancia **presentó cargos de nulidad y hechos nuevos.**

Sin duda, el debate de la primera instancia se distancia sustancialmente del planteado en la segunda instancia, que hubiera ameritado, como ya se expuso, no sólo suficiencia en la demanda, que hubiera dado lugar a una defensa diferente y, por supuesto, un debate probatorio distinto que, de ser surtido en esta oportunidad procesal, resultaría violatorio del derecho al debido proceso de la entidad demandada, que no tuvo la oportunidad de refutar el cargo ahora esgrimido, en primer grado.

Por lo antes expuesto la sentencia será confirmada.

#### **5.5. Costas.**

Encuentra la Sala que, en materia de costas, no ha sido constante el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

---

<sup>31</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia de 14 de agosto de 2013. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01785-01(18580) Actor: CEMEX COLOMBIA S.A. Demandado: MUNICIPIO DE SAN LUIS

En efecto, se lee lo siguiente en la sentencia proferida el **20 de septiembre de 2018** por la Subsección “A” con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con radicación número: 20001-23-33-000-2012-00222-01(1160-15):

*“(...) Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa **que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes**. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.<sup>32</sup>*

*Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, **sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad (...)**” (Resaltado fuera de texto original).*

No obstante, **en sentencia de la misma fecha**, la Subsección “B” con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con radicación No. 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), expuso:

*“(...) Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva – pues no se refirió a **la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial** -, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, **se debe establecer y estar comprobado en el proceso, que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena**. Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca a determinar su ocurrencia.*

*En el sub lite, no se observa que la demandada haya reflejado un interés más allá de la simple defensa de la legalidad del acto administrativo acusado y/o la existencia factores, tales como, la temeridad y la mala fe, lo que conlleva a que se revoque la condena en costas, establecida en la providencia apelada (...)*” - Negrilla fuera del texto original -.

En ese panorama, considera esta Sala que las providencias citadas plantean criterios opuestos, de modo que, evidenciada tal circunstancia, debe atenderse a la **postura que resulte más favorable a la parte vencida**, razón por la cual no se condenará en costas por esta instancia a la parte demandante.

<sup>32</sup> Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]”.

Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto en la sentencia de tutela proferida el 8 de febrero de 2019 por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el expediente con radicación No. 11001-03-15-000-2018-03416-01(AC), con ponencia del Consejero Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, en la que luego del recuento jurisprudencial en materia de costas, se precisó:

“(...) 2.5.2 Sobre la condena en costas

(...) 6.6. Luego, al no existir en la Corporación una postura consistente y unificada sobre el asunto, no podría hablarse de un precedente judicial vinculante para la autoridad judicial y, por tanto, está facultada para acoger el criterio que estime más ajustado a derecho (...)”

Aunado a ello, se dirá que revisada la jurisprudencia de la Sección Segunda Subsección "A" de la referida Corporación en materia de tutelas interpuestas contra decisiones que han impuesto costas, se advierte que han primado los principios de confianza legítima y buena fe<sup>33</sup>. Como quedó expuesto, en el presente caso, los pronunciamientos de las Altas Cortes no resultan pacíficos, razón de más para no imponer costas a la parte vencida. Adviértase además que en esta instancia no se demuestran gastos por la parte demandada no apelante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**Primero.** Confirmar la sentencia proferida el 27 de junio de 2019 por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en el proceso iniciado por José Oscar Ibáñez Daza contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.** Sin costas en esta instancia.

---

<sup>33</sup> Al respecto se pueden consultar entre otras las proferidas por la Subsección "A", C.P. Doctor Rafael Francisco Suarez, sentencia proferida el 15 de agosto de 2019, Radicación número: 11001-03-15-000-2019-02674-00(AC); C.P. Doctor Gabriel Valbuena proferida el 12 de agosto de 2019 en el proceso con Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01735-01(AC) y C.P. Doctor William Hernández Gómez, 25 de julio de 2019, Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01499-01(AC), entre otras.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: **José Oscar Ibáñez Daza**  
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF  
Expediente: 15001-33-33-013-2017-00012-01

**Tercero.** En firme esta sentencia archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

**Notifíquese y cúmplase,**



**JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO**  
Magistrado



**CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ**  
Magistrada



**OSCAR A. GRANADOS NARANJO**  
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: José Oscar Ibáñez Daza  
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF  
Expediente: 15001-33-33-013-2017-00012-01

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE BOGOTÁ  
NOTIFICADO AL ESTADO  
El auto o medida se notifica por estado.  
No. 027 de 2020  
17 FEB 2020  
EL SECRETARIO