

**Medio de control:** Nulidad y restablecimiento del derecho.  
**Radicación:** 86-001-33-33-751-2013-00259.  
**Radicado interno:** 3776.  
**Demandante:** Héctor Marino Aristizabal Giraldo.  
**Demandado:** Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF.  
**Temas:** Insubsistencia en cargos de libre nombramiento y remoción – Facultad discrecional. No se debe motivar el acto. Ley 904 de 2004. Cargo de Director regional del ICBF.  
**Decisión:** Revoca.

## **Sentencia de segunda instancia**

**Sentencia No. D003-22-2020**

### **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO SALA SEGUNDA DE DECISIÓN**

**MAGISTRADA PONENTE: SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY<sup>1</sup>**

San Juan de Pasto, siete (07) de abril de dos mil veintiuno (2021).

## **I. ASUNTO**

Procede el despacho a proferir fallo en segunda instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, distinguido con el número de radicado 86-001-33-33-751-2013-00259-00 (interno 3776)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Posesionada el 3 de julio de 2018.

<sup>2</sup> La redacción y ortografía de esta providencia, son responsabilidad exclusiva del Magistrado Ponente. Con ocasión de la emergencia sanitaria generada por el COVID-19, el Consejo Superior de la Judicatura expidió los Acuerdos PCSJA20-11517 de 15 de marzo de 2020, PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020, PCSJA20-11526 de 22 de marzo de 2020, PCSJA20-11532 de 11 de abril de 2020, PCSJA2011546 de 25 de abril de 2020, PCSJA20-11549 de 7 de mayo de 2020 y PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020 y PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 en virtud de los cuales los términos judiciales se suspendieron entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020, salvo algunas excepciones, entre las cuales no se incluyeron los procesos electorales. Así mismo, el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, adoptó el Acuerdo No. CSJNAA20-39 del 16 de julio de 2020 por el cual dispuso el cierre de las sedes judiciales y dependencias administrativas ubicadas en la cabecera del Circuito Judicial de Pasto temporalmente. De otro lado, en sesión virtual del 7 de septiembre de 2020, el Consejo de Estado concedió comisión de servicios al Tribunal

## II. ANTECEDENTES.

A través de apoderado judicial debidamente constituido, el señor Hector Marino Aristizabal Giraldo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formula demanda contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – en adelante ICBF, a fin de que se declare la nulidad de la Resolución No. 9983 del 21 de diciembre de 2012, mediante la cual, la Secretaría General con funciones delegadas le declaró insubsistente, en el cargo de “*Director Regional código 0042, grado 18*” de la Regional Putumayo.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene al ICBF a reintegrar al demandante al cargo de “*Director regional*” o a otro de iguales o mejores condiciones. Asimismo, solicita le sea cancelada la totalidad de emolumentos<sup>3</sup> correspondientes al cargo que ocupaba, a partir de la desvinculación y hasta que se produzca su reintegro, declarando que no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios, y ajustando los valores acorde al IPC como lo dispone el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011. Finalmente, solicita se ordene el cumplimiento de la sentencia, en los términos señalados bajo el artículo 192 Ibídem (**Archivo 1 PDF – fls. 365 y 366**).

Mediante providencia del 17 de agosto de 2016, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Mocoa accedió a las pretensiones de la demanda, declaró la nulidad del acto acusado, y ordenó el reintegro del señor Aristizabal Giraldo a la entidad. Consecuentemente, dispuso el pago de las prestaciones, salarios y demás emolumentos económicos a que hubiere lugar (**Archivo 2 PDF – fls. 736 – 767**).

### 2.1. La sentencia apelada (Archivo 2 PDF, fls. 736 – 767).

---

Administrativo de Nariño, durante los días 28 de septiembre al 1º de octubre de 2020 entre las 8:00 a.m. a las 4 p.m. Así mismo, el plan de digitalización dispuesto por el Consejo Superior inició en el mes de enero de 2021 con tan solo 15 procesos, siendo indispensable la digitalización de los expedientes, labor adelantada por el despacho, pese a no poseer los recursos ni el capital necesario.

<sup>3</sup> Esto es, salarios, prestaciones sociales, reajustes, aumentos, bonificaciones y demás a los que haya lugar.

El Juez de instancia accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes razonamientos:

En primer lugar, se refirió a la Ley 909 de 2004 artículo 49 que estableció el procedimiento de ingreso a los empleos de naturaleza gerencial y explicó que sin perjuicio de la discrecionalidad que caracteriza a estos empleos, la competencia profesional es el criterio a considerar, siendo factible utilizar una o varias pruebas dirigidas a evaluar las aptitudes del candidato.

Luego se refirió a la declaratoria de insubsistencia, respecto a la cual, juzgó que se trata de una figura jurídica, mediante la cual, se retira a un empleado del cargo para el cual fue nombrado sin existir acto expreso para ello, diferenciando en todo caso, la discrecionalidad de la arbitrariedad.

También aludió a la postura del Consejo de Estado al respecto y así concluyó que para resolver las pretensiones del litigio, debía analizarse si las partes en el transcurso procesal, cumplieron con las cargas probatorias que les correspondían, así: para la parte demandante, la demostración del cumplimiento satisfactorio de las responsabilidades asignadas y una correcta prestación del servicio público, mientras que, a su contraparte, el ICBF le correspondía demostrar la motivación del acto y las razones en la declaración de insubsistencia.

Así entonces, una vez analizadas las pruebas, comenzó por narrar que, el actor ocupó el primer lugar en el concurso, siendo designado como Director Regional del ICBF. Posteriormente, la primera instancia se refirió a los criterios de evaluación del señor Aristizabal, quien alcanzó un 95% en lo que respecta al manejo presupuestal. Sobre el mismo punto, analizó los testimonios que dieron cuenta de la buena gestión del demandante. De esta forma concluyó que para la fecha en la que el actor se desempeñaba como Director del ICBF la Regional Putumayo se ubicó en el puesto número 15 entre las 33 Regionales Nacionales y, por lo tanto, el demandante tuvo un buen desempeño en el cargo.

Por otra parte, consideró que el acto acusado carecía de motivación y que pese a tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, el nominador no demostró que tras la insubsistencia, se buscaba el mejoramiento del servicio. El *a quo* profundizó sobre este aspecto, señalando que la señora Miriam Tobar que reemplazó al actor, luego de su declaración de insubsistencia, se vinculó de manera transitoria por breves doce (12) días y una vez finalizado este periodo, debieron transcurrir ocho (8) días más para que se proveyera su remplazo definitivo mediante un nuevo concurso de méritos. Es decir que, se declaró la insubsistencia sin fundamento alguno, tal es así que no se motivó y se hizo para proveer el cargo de manera transitoria.

Paralelo a lo anterior, precisó que existe una clara distinción entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, señalando que a su criterio, en el caso se configuraba la última de ellas, al momento de declarar insubsistente al señor Aristizabal. Llegó a la anterior conclusión, con apoyo en los testimonios de las señoras Edna Liliana Hernández y Blanca Cecilia Eslava Montoya, quienes se desempeñaron como Directoras Regionales del ICBF y también manifestaron que fueron víctimas de situaciones similares a las narradas por el demandante, por motivos de intereses políticos; así mismo, comentaron que fueron coaccionadas a fin de presentar su renuncia a los cargos antedichos, a los cuales accedieron por concurso de méritos y al negarse, fueron declaradas insubsistentes.

Finalmente, concluye que la declaratoria carecía de fundamentos en razón a **i)** que el actor tuvo un desempeño eficiente, **ii)** accedió a la entidad mediante concurso de méritos con los mejores resultados de la terna, **iii)** mantuvo la entidad con unos estándares presupuestales del 95% y, **iv)** la insubsistencia se realizó para proveer el cargo con un remplazo que permaneció en el cargo solamente doce (12) días, sin que se logrará demostrar, la intención en el mejoramiento del servicio, demostrándose así, una clara desviación en el poder.

En la parte resolutive de la sentencia no condenó en costas<sup>4</sup>.

## **2.2. Del recurso de apelación propuesto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF (Archivo 2 PDF – fls. 773 – 790).**

Señala el apelante que de conformidad con el artículo 94 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, los empleos de libre nombramiento y remoción son de naturaleza gerencial y requieren un proceso público de meritocracia regulado en el Decreto 1972 de 2002, y que agotar este proceso, no muta la naturaleza del cargo y tampoco limita la facultad discrecional del nominador.

El apoderado comenta que de acuerdo al artículo 47 de la Ley 909 de 2004, los empleos que impliquen en sus funciones actividades de responsabilidad directiva en el orden nacional o territorial son considerados como empleos de libre nombramiento y remoción.

Refiere que según el precedente del Consejo de Estado, el desmejoramiento del servicio implica una situación objetiva que ocurre cuando el servicio haya dejado de prestarse o que *“efectivamente la prestación del servicio se volvió deficiente a raíz de su retiro”*. Así entonces, expresa que según dichos pronunciamientos, el acto discrecional debe entenderse con el sano propósito de acertar y por ello, se debe ser permisible en cuanto al tiempo que le tome a la entidad proveer la vacancia definitiva, lo cual, no puede comprenderse como un desmejoramiento del servicio<sup>5</sup>.

Asimismo, expresa que la jurisprudencia ha establecido que el buen comportamiento en un cargo de libre nombramiento y remoción no implica su inamovilidad, ni mucho menos puede viciar de nulidad el acto que le desvincule del cargo.

---

<sup>4</sup> No explicó el motivo de la decisión.

<sup>5</sup> Cita el extracto de la Sentencia del 30 de junio de 2005 – Consejo de Estado – Sección 2 – Subsección A, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Al igual que sentencias del 12 de mayo de 2005 y del 22 de febrero de 2001.

Respecto al material probatorio que reposa en el plenario, destaca la inexistencia de elementos que demuestren que el acto de insubsistencia se motivó en la presión de contratar a otra persona o beneficiar a un tercero, sin que tampoco se haya logrado acreditar que la actuación atendía fines distintos al mejoramiento del servicio. En los mismos términos, considera que la desviación del poder requiere que el nominador se encamine a fines distintos a los que prescribe la ley, así mismo, la carga de probar este elemento le correspondía exclusivamente al demandante, sin que pudiese resultar de elaboraciones subjetivas como lo hizo el juez de primera instancia.

Reitera que el señor Héctor Marino Aristizabal argumentó que cumplió cabalmente con sus funciones, tanto así que fue merecedor de calificaciones destacables que conllevaron el reconocimiento de una prima técnica, al igual que destacó sus valores y una buena conducta, sin embargo, tales calidades son atributos naturales en el ejercicio de un servidor público.

Respecto a los remplazos que sucedieron al actor en el cargo, manifiesta que no es lógico juzgar la actividad de la entidad en virtud a la designación del reemplazo provisional por 12 días. De igual forma, razona que cuando la Doctora Francia Helena López López asumió al cargo, quedó demostrada la mejora ostensible en el servicio, puesto que, como se evidenció, la entidad ocupó una mejor posición regional que cuando la entidad estuvo regida por el señor Aristizabal Giraldo.

Así solicitó se revoque el fallo de primera instancia.

#### **2.4. Concepto del Agente del Ministerio Público.**

El agente del Ministerio Público se abstuvo de conceptuar el asunto.

### **III. CONSIDERACIONES.**

#### **3.1. Competencia.**

De conformidad a lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011<sup>6</sup>, el Tribunal Administrativo es competente para conocer del recurso de alzada, interpuesto en contra de la sentencias de primera instancia.

### **3.2. Examen de fondo del asunto.**

#### **1. Problema jurídico.**

Bajo el criterio de esta Corporación, el problema jurídico se contrae en determinar:

¿Es correcta la conclusión que sustenta el fallo de primera instancia, mediante la cual se declara la nulidad del acto acusado, a través del cual se resolvió declarar como insubsistente al demandante, mientras ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción en calidad de “*Director regional código 0042, grado 18*” de la Regional Putumayo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y, en consecuencia, ordenó su reintegro al cargo y el pago de las prestaciones pertinentes sin solución de continuidad?.

Para contestar esa pregunta, se debe responder:

- ¿La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción debe ser motivada?
- ¿Se acreditó la desviación del poder?
- ¿Se acreditó la arbitrariedad en la declaratoria de insubsistencia?

#### **2. Tesis de la Sala.**

---

<sup>6</sup> **Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia.** Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

Encuentra la Sala que el recurso de alzada debe prosperar. En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia y se negarán las pretensiones de la demanda.

En principio, dado que, la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no debe ser motivada. De otro lado, el juez encontró probada la desviación del poder con fundamento en circunstancias diferentes a las narradas en la demanda y en todo caso, la susodicha causal no fue demostrada al igual que la arbitrariedad en la declaratoria de insubsistencia.

#### **IV. ARGUMENTACIÓN.**

##### **4.1. De la declaratoria de insubsistencia de los empleos de libre nombramiento y remoción.**

El artículo 125 de la Constitución Política<sup>7</sup> dispone que la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa; no obstante, hay eventos en los que la administración cuenta con cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la importancia 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 dirección institucional, casos en los cuales, el factor determinante es la confianza.

---

<sup>7</sup> **“Artículo 125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.  
(...)”

Parágrafo (adicionado por el artículo 6 del acto legislativo N° 1 de 2003). Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”



Precisamente, a esta clase de empleos, alude la Ley 909 de 2004<sup>8</sup> que en el artículo 5° *ibídem*, prevé la siguiente clasificación:

**“Artículo 5º. Clasificación de los empleos.** Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

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

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

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(...) **En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional<sup>9</sup>:**

**Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes**

---

<sup>8</sup> Mediante la que se regula el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

<sup>9</sup> El ICBF es un establecimiento público descentralizado con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio creado por la Ley 75 de 1968 y reorganizado por la Ley 7 de 1979 y su Decreto reglamentario 2388 de 1979.

***Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia.***” (Destaca la Sala).

Correlativamente, al nominador le está permitido remover discrecionalmente a quienes ocupen los mencionados empleos sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar la decisión. Así lo explica el artículo 41 de la Ley 909 de 2004:

***“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;***

*b)*

*c)*

*d)*

*e)*

*f)*

*g)*

*h)*

*i)*

*j)*

*k)*

*l)*

*m)*

*n)*

***PARAGRAFO 1º. (...)***

***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.*** (Negrillas propias).

No obstante, aunque de acuerdo con la norma, la remoción del cargo de libre nombramiento y remoción no requiere motivación y es discrecional, no significa que pueda ser arbitraria. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de **i) racionalidad, ii) proporcionalidad y iii) razonabilidad**. En tal sentido, ha identificado 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<sup>10</sup>.

De otro lado, el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, 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. En ese sentido, la **“razonabilidad”** y ello, comporta un límite a la facultad discrecional respecto a la remoción de los cargos de libre nombramiento y remoción.

Por su parte, el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968<sup>11</sup>, establece:

***“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 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***

---

<sup>10</sup> Sentencia T-372 de 2012.

<sup>11</sup> Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

*insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera.”*  
(Destaca la Sala).

Este artículo fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional, corporación que al ocuparse del cargo de violación erigido sobre la expresión normativa «**sin motivar la providencia**», lo encontró exequible sin condicionamiento alguno en la sentencia C-734 de 2000, al considerar que:

*“7. En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, **pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.***

(...)

*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.*

(...)

*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.”*

Ahora en lo que concierne a la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público, ha considerado el Consejo de Estado que no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia. Por consiguiente, su omisión no genera la nulidad del acto sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber<sup>12</sup>.

#### **4.3. Procedimiento para la designación de Directores o Gerentes Regionales o Seccionales en Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva de Orden Nacional – Decreto 1972 de 2002.**

El Decreto 1972 de 2002<sup>13</sup> en virtud de lo señalado en el artículo 78 de la Ley

---

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION B. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04049-02(2465-07). En el mismo sentido ver: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil cinco (2005). Radicación número: 25000-23-25-000-1999-04366-01(1480-04). Actor: GERMAN OSPINA JARAMILLO. Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.

<sup>13</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 (aplicable al caso). Derogado por el Decreto 1083 de 2015.

489 de 1998<sup>14</sup> estableció el procedimiento aplicable para 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. Siendo así, queda comprendido el cargo de Director Regional del ICBF<sup>15</sup>.

En el decreto citado, se estipuló que previo proceso de selección pública, el Gobernador del respectivo ente territorial donde se sitúa la sede vacante de la entidad, deberá seleccionar al candidato que mejor se adecúe a lo establecido por el Manual de Funciones y Requisitos de la entidad, elección que hará de la terna remitida por el representante legal del Establecimiento Público. No obstante, en los artículos 3o y 5o se precisó lo siguiente:

*“Artículo 3°. 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.*

*(...) Artículo 5°. El nombramiento y remoción del Director o Gerente Regional o Seccional se efectuará por el representante legal del respectivo Establecimiento Público.*

*En el caso de vacancia temporal del empleo, éste será provisto por el Representante Legal de cada establecimiento público, mediante la figura del encargo.”*

#### **4.3. De la “Desviación de poder”.**

---

<sup>14</sup> “**ARTICULO 78. CALIDAD Y FUNCIONES DEL DIRECTOR, GERENTE O PRESIDENTE.** El director, gerente o presidente será el representante legal de la correspondiente entidad, celebrará en su nombre los actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y funciones, tendrá su representación judicial y extrajudicial y podrá nombrar los apoderados especiales que demande la mejor defensa de los intereses de la entidad. (...) **PARAGRAFO.** Los establecimientos públicos nacionales, solamente podrán organizar seccionales o regionales, siempre que las funciones correspondientes no estén asignadas a las entidades del orden territorial. **En este caso, el gerente o director seccional será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal”** (Destaca la Sala).

<sup>15</sup> La Ley 7 de 1979 “Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”, dispuso en el artículo 32, lo siguiente: “**En cada regional habrá un director, de libre nombramiento y remoción de la Junta Directiva quien asistirá a las reuniones de la Junta Administradora Regional, con voz pero sin voto. Las atribuciones del Director Regional se asignarán mediante reglamentación interna del Instituto.**” (Destaca la Sala).

Según dispone el artículo 137 del CPACA se podrá pedir la nulidad de un acto administrativo cuando se dicta con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. Es decir, cuando el acto si bien fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades del caso, en realidad persigue fines distintos a los que ha establecido el ordenamiento jurídico.

El Consejo de Estado ha señalado que este vicio está referido a la intención con la cual la autoridad toma la decisión, persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador y que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario. En otras palabras, incurre en desviación de poder cuando el funcionario ejerce sus atribuciones, **no en aras del buen servicio público y de la buena marcha de la administración, sino por móviles arbitrarios, caprichosos, egoístas, injustos u ocultos**<sup>16</sup>.

La Alta Corporación, respecto a la prueba de la causal de nulidad bajo estudio, ha dicho, por una parte que a la parte actora, le corresponde el deber de probar los supuestos de hecho en que se basa la censura que pretende hacer valer para destruir la presunción de legalidad el acto acusado<sup>17</sup> y en consonancia con lo anterior, ha explicado lo siguiente<sup>18</sup>:

*“Esta Corporación ha hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener las pruebas necesarias **“que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella***

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, siete (07) de marzo de dos mil trece (2013), Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12).

<sup>17</sup> Sentencia del 16 de febrero de 2006, Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08208-01(2485-04).

<sup>18</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D. C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018) Rad. No. 250002342000201201507 01.

***modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.***” Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, ***es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo. El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público***” (negritas propias).

En consecuencia, como quiera que la carga probatoria de demostrar el vicio de desviación de poder recae en el demandante, quien debe asumirla y demostrar que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio sino uno diferente, siempre será necesario analizar la prueba que al respecto se ha arrimado al proceso.

## **V. CASO CONCRETO.**

### **5.1. Sobre la naturaleza del cargo y la necesidad de motivación en el acto.**

En concepto de la Sala, el fallo de primera instancia se resume en dos argumentos que en criterio del juzgador, avalan la declaración de nulidad deprecada y que son (i) la falta de motivación y (ii) la demostración de la desviación de poder.

Así las cosas, en principio, se analizará la naturaleza del cargo del cual fue declarado insubsistente el actor, toda vez que, de ello dependerá si se debe motivar o no.

#### **1. La falta de motivación del acto.**



En el proceso se acreditó lo siguiente:

1. El señor Héctor Marino Aristizabal participó y superó las pruebas de conocimientos y aptitudes, evaluación de la hoja de vida, antecedentes y entrevista, realizadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, a fin de conformar listas para la selección de terna dirigida a ocupar el cargo de “Director regional” al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ocupando el primer puesto de la terna (**Archivo 1 PDF – fls.38, 40, 42,44, 47**).

2. Como consecuencia, el actor fue designado por el Gobernador del Departamento del Putumayo como Director Regional de la entidad en el Departamento del Putumayo, mediante el **Decreto 0058 del 8 de febrero de 2012 (Archivo 1 PDF – fls.48-50)**

3. Mediante la **Resolución 1055 del 26 de marzo de 2012** la Secretaría General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar procedió con el nombramiento del señor Héctor Marino Aristizabal en el cargo de “**Director regional código 0042 grado 18 de la planta global asignado a Putumayo**”, acto en el cual, se expresa que el cargo es de naturaleza gerencial y, por lo tanto, de libre nombramiento y remoción (**Archivo 1 PDF – fls.32-34**). El demandante tomó posesión del cargo mediante **Acta 00060 del 28 de marzo de 2012** y a partir de la misma fecha (**Archivo 1 PDF – fls.54-56**).

4. Vale destacar que a folio 63 del PDF 1 con fecha del 21 de diciembre de 2012, consta carta de renuncia irrevocable sin la firma del demandante.

5. Mediante memorando S-2012-049619-NAC del 21 de diciembre de 2012, se le comunica al señor Aristizabal que mediante la **Resolución No. 9983 del 21 de diciembre de 2012**, se le declara insubsistente a partir de la fecha, en el cargo de “**Director regional código 0042 grado 18**”. Leída la mencionada resolución, en la parte motiva, únicamente se indica que en uso de la delegación conferida mediante Resolución No. 2820 del 4 de diciembre de 2006 y de acuerdo al literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y, luego de

ello, se resuelve declarar insubsistente al demandante (**Archivo 1 PDF – fls. 64-67**).

Ahora bien, según se narró en la primera parte de esta providencia, conforme a las normas que se citaron en el acápite correspondiente, el cargo de “Director regional del ICBF”, es un cargo de libre nombramiento y remoción con funciones de dirección, conducción y orientación institucional.

De tal suerte, tal como se afirmó en la demanda y sin ser asunto objeto de discusión, es lo cierto que el señor Héctor Marino Aristizabal se desempeñaba en un cargo de libre nombramiento y remoción y su elección fue fruto de un proceso reglado por el Decreto 1972 de 2002.

Ahora bien, como se ha expuesto, la declaración de insubsistencia frente a los cargos de libre nombramiento y remoción no debe motivarse y además es discrecional del nominador de la entidad.

Por lo expuesto, considera Sala que aspectos tales como el ingreso a la entidad a través de un procedimiento de selección, el buen desempeño, los resultados satisfactorios obtenidos en el desempeño del cargo, no mutan la naturaleza del cargo y de contera, no implican que su desvinculación deba estar precedida de un acto motivado, contrario a lo entendido por la primera instancia<sup>19</sup>.

Al respecto, vale señalar que si bien es cierto en virtud del Decreto 1972 de 2002 se estableció que la vinculación del Director Regional o Seccional, está precedida de un procedimiento de selección el cual, tendría en cuenta criterios relacionados con el conocimiento, la capacidad y la experiencia, este trámite no puede ser confundido con el concurso de méritos que es propio de los

---

<sup>19</sup> Para acreditar dicho punto, se anexó al proceso la Resolución 4467 del 6 de agosto de 2012, emitida por el ICBF mediante la cual se reconoce una prima técnica por evaluación de desempeño a favor del actor en condición de Director Regional del ICBF. Se citan como premisas normativas: el Acuerdo No. 004 del 20 de enero de 1993 y 019 del 11 de julio de 2000, (Archivo 1 PDF – fls. 57 – 69) y el memorial del 21 de noviembre de 2012, firmado por las madres comunitarias exaltando la labor del señor Aristizabal, en el cual, también se alude a dificultades que se presentaban con el operador – que sería el motivo verdadero que se esconde tras la declaratoria de insubsistencia-. (Archivo 1 PDF – fls. 76 – 84).

procesos de selección de carrera administrativa. Así mismo, debe considerarse que en todo caso, la decisión sobre el nombramiento del empleado corresponde al nominador, según reza la Ley 909 de 2004<sup>20</sup>.

De igual forma, la falta de anotación de los motivos que llevaron a la declaratoria de insubsistencia tampoco da lugar a la nulidad del acto<sup>21</sup>.

## 2. La desviación de poder.

En principio, se debe acudir a lo que en el líbello se plasmó al respecto, así las cosas, la lectura del mismo, permite evidenciar que la desviación de poder se hizo consistir en que el actor adoptó una decisión respecto a dejar de contratar a la Diócesis de Mocoa para efectos del Programa de Atención Integral a la Primera Infancia - PAIPI, al igual que lo relacionado con los cupos de restaurantes, lo cual, a la postre generó la retaliación de la Dirección General contra el actor y que se concretó a través de la declaratoria de insubsistencia (PDF 1 fls. 369- 372).

Claro lo anterior, significa que era esa la *causa petendi* que se debía probar y por la misma razón, era aquella a la que el juzgador de primera instancia debía ceñirse, todo ello, a fin de respetar el principio de congruencia. Sin embargo, respecto a ese punto, en la primera instancia se afirma: ***“Por otra parte y en relación a las supuestas presiones realizadas para contratar un determinado operador para el momento en que el demandante fungía***

---

<sup>20</sup> **ARTÍCULO 49. PROCEDIMIENTO DE INGRESO A LOS EMPLEOS DE NATURALEZA GERENCIAL.**

1. Sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que caracteriza a estos empleos, la competencia profesional es el criterio que prevalecerá en el nombramiento de los gerentes públicos.

2. Para la designación del empleado se tendrán en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo, y se podrá utilizar la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

3. La evaluación del candidato o de los candidatos propuestos por el nominador, podrá ser realizada por un órgano técnico de la entidad conformado por directivos y consultores externos, o, en su caso, podrá ser encomendado a una universidad pública o privada, o a una empresa consultora externa especializada en selección de directivos.

4. El Departamento Administrativo de la Función Pública apoyará técnicamente a las diferentes entidades públicas en el desarrollo de estos procesos.

5. El Departamento Administrativo de la Función Pública, formulará políticas específicas para la capacitación de directivos, con la finalidad de formar candidatos potenciales a gerentes de las entidades públicas.

**PARÁGRAFO.** En todo caso, la decisión sobre el nombramiento del empleado corresponderá a la autoridad nominadora.

<sup>21</sup> Hoja de vida del señor Héctor Marino Aristizabal Giraldo Putumayo (Archivo 1 PDF – fls. 281 – 362). No se observa que se hubiese efectuado anotación.

**como Director del ICFB Regional Putumayo, no se logró probar que las mismas fuesen el motivo real para declarar insubsistente al señor Héctor Marino Aristizabal;** pero lo que sí queda claro es que el servicio contratado con la Diócesis de Mocoa- Sibundoy en relación con el programa PAES presentaba varias dificultades que fueron manifestadas por las madres comunitarias (...) En relación con las declaraciones de los señores LUIS ANTONIO VILLARREAL MUÑOZ, RUBIELA ZAMBRANO y MARIANA DE JESUS PINTA SOLARTE, no es posible determinar que hubiese existido presión para contratar con el operador de la DIOCESIS MOCOA- SIBUNDOY, por lo que las mismas no denotan aspectos claros que conlleven a concluir que estas circunstancias se hubiesen presentado. No obstante lo anterior, para este ente judicial la declaratoria de insubsistencia del actor no tiene fundamentos bajo ninguna circunstancia razonable, en tanto su desempeño como se dijo anteriormente se logró probar que fue eficiente, accedió al cargo bajo un concurso de meritocracia donde obtuvo los mejores puntajes (...). Lo anterior deja entrever razones distintas a una buena administración, en tanto la Doctora Miriam Tobar persona que asumió el reemplazo del actor lo hizo de manera imprevista permaneciendo en el cargo como se ha dicho en forma reiterada doce días, permite concluir que en este caso se utilizó el factor discrecional como fundamento erróneo para la declaratoria de insubsistencia, **por lo que se concluye que existió desviación de poder que en ningún aspecto puede estar justificado**” (Negrillas propias) (PDF 2 fl. 761-762).

Así las cosas, al considerar el juez de primera instancia como desviación del poder una causa distinta a la señalada en la demanda y es más al decir que la que sí es fundamento de la demanda no está probada, la segunda instancia no puede pronunciarse al respecto.

Ahora sí en gracia de discusión, se considera que es viable el pronunciamiento en esta sede, aquello que el *a quo* juzgó que era la desviación de poder, porque es la materia de la apelación, se dirá que tampoco resultó demostrada.

Al respecto, es bueno recordar que el *A quo* sustenta en el fallo en que a partir de la declaración de insubsistencia del señor Aristizabal – acontecida el día 21

de diciembre de 2012-, su cargo fue ocupado por dos personas consecutivamente, a saber: la primera de ellas, fue la señora Miriam Tobar que le reemplazó inmediatamente se produjo su retiro hasta el día 2 de enero de 2013 y la segunda, fue la señora Francia Elena López López quien ingresó al cargo el 2 de enero de 2013 y permaneció en él alrededor de 8 meses, hasta que una vez agotado un nuevo procedimiento de selección se posesionó en el empleo, la Doctora Olga Barrera.

Con fundamento en lo antes narrado y en los testimonios de las declarantes Rosalba Palacios Palacios, Edna Liliana Hernández y Blanca Cecilia Eslava Montoya, la primera instancia concluye que el encargo de la señora Miriam Tobar por un lapso de periodo tan breve, no puede comprenderse como un mejoramiento del servicio y, por ende, se constituye en una desviación de poder.

Sin embargo, considera la Sala que la vinculación inmediatamente posterior con una breve duración temporal en el cargo que ocupaba el actor, no es un elemento que lleve a concluir que en la declaración de insubsistencia, se camuflaba una desviación de poder, puesto que, se sobreentiende que tal nombramiento tenía por objeto cubrir la vacancia en el cargo hasta tanto se adelantará nuevamente el procedimiento de selección y además era imposible prever que aquel reemplazo sería tan breve, en todo caso, se reitera, que al tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, la entidad posee un margen de discrecionalidad para remover a quienes lo ocupan, claro está que en este caso, finalmente deberá designarse a la persona que resulte la más idónea, luego del mencionado trámite que fue lo que se hizo.

De otro lado, si se considera que pese a lo afirmado por el *a quo*, es menester analizar la desviación de poder, tal como se argumentó en la demanda, se observa que al respecto en el plenario, obran los siguientes medios de prueba, así:

- Correos, informes, memoriales, quejas y reclamos que se refieren a varias anomalías presentas en torno al cumplimiento de las obligaciones

contractuales por parte de la Diócesis de Mocoa – Sibundoy, como operador de los programas PAIPI, Entorno Familiar, PAE, y Hogares Comunitarios (Archivo 1 PDF – fls. 85 – 133). Entre esos documentos, se destaca lo siguiente:

1. Documento del 7 de diciembre de 2012 en el que se consigna la queja formulada por las Madres comunitarias en relación al servicio prestado por el operador “*Diócesis de Mocoa*”. Al respecto, se afirma que se presentan cambios en el menú, incumplimiento en la entrega de los productos previamente acordados, carencia de determinados productos, no acatar la cláusula segunda del numeral 2.1.2 del contrato, puesto que, el contratista no tiene sede en Sibundoy dedicada exclusivamente al programa Hogares Comunitarios.

2. Queja que data del 27 de noviembre de 2012, en relación al operador Diócesis de Mocoa, por la disminución en las cantidades de los productos entregados y falencias en la calidad de algunos productos.

3. Quejas por la falta de solución oportuna en relación con las peticiones de licencias de maternidad.

4. Inconvenientes con los pagos relativos a las tasas compensatorias presentados por parte de la Diócesis de Mocoa para los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto y hasta el 25 de octubre de 2012. Además, no se les ha cancelado el salario a las “*Manipuladoras*” vinculadas al restaurante escolar.

5. Informe del 19 de abril de 2012, en el que se manifiesta que la Diócesis Mocoa Sibundoy no ha entregado el correspondiente informe sobre las afiliaciones de las madres comunitarias al sistema de riesgos profesionales.

6. Documentos varios en los que se plasman los requerimientos hechos por funcionarios del ICBF a la Diócesis de Mocoa – Sibundoy, por el incumplimiento en las obligaciones que le correspondían como operador de los

programas PAIPI Entorno Familiar, PAE, y Hogares Comunitarios, a destacar, por ejemplo: (Archivo 1 PDF – fls. 134 – 142):

- Requerimiento del 26 de noviembre de 2012, dirigido a obtener la entrega de elementos de dotación correspondientes a los hogares comunitarios y respecto a otros que no resultaron funcionales y que pese a ello, se han continuado suministrando.
- Queja del 10 de septiembre de 2012, sobre la calidad de los alimentos suministrados, además se solicita la revisión de los compromisos adquiridos.
- Solicitud del 25 de abril de 2012, indagando por la afiliación de las madres comunitarias al sistema de riesgos profesionales.

7. Documentos relacionados con las falencias presentadas en el cumplimiento del contrato por parte del operador Diócesis de Mocoa – Sibundoy, en los programas PAIPI Entorno Familiar, PAE, y Hogares Comunitarios, se destaca sobre ellos los siguientes: (Archivo 1 PDF – fls. 143 – 171).

- Informe de pagos retrasados por la prestación de servicios a la Diócesis de Mocoa – Sibundoy.
- Informe del 20 de noviembre de 2012, suscrito por parte del Enlace Regional – ICBF – señora Balbina del Rosario Salas, el cual concluye la existencia de sedes que no son adecuadas para los niños.
- Informe del 9 de mayo de 2012, dirigido al Director Regional de ICBF, doctor Héctor Marino Aristizabal en el cual, se alude al incumplimiento del operador Diócesis de Mocoa, en virtud a que en el Municipio de Puerto Caicedo, los alimentos no perecederos

no están llegando en condiciones óptimas, y tampoco se han cancelado las tasas compensatorias.

8. Concepto de idoneidad técnica, administrativa y financiera sobre el operador Diócesis de Mocoa – Sibundoy fechado al 20 de diciembre de 2012, suscrito por la Doctora Ruth Nelsy Pantoja en condición de Coordinadora Centro Zonal Sibundoy, en el que se evalúan 9 ítems respecto al acatamiento de sus obligaciones por parte de la Diócesis con un resultado de 7 de ellos en cumplimiento parcial, 2 en cumplimiento y 0 en no cumplimiento. Se precisa que el Centro Zonal no cuenta con el resultado final de calidad del programa, y se concluye que **la entidad no es idónea para la prestación del servicio** (Archivo 1 PDF – fls. 173 – 174).

9. Concepto de idoneidad técnica, administrativa y financiera sobre el operador Diócesis de Mocoa fechado al 27 de noviembre de 2012, suscrito por la Supervisora del contrato, la doctora Claudia Lorena Ortega Erazo, con 6 ítems de cumplimiento parcial, 2 de cumplimiento, y 1 de no cumplimiento, se concluye que **la entidad no es idónea para la prestación del servicio** (Archivo 1 PDF – fls. 176).

10. Oficio No. 3013 del 24 de septiembre de 2012, mediante el cual el Personero Municipal de Villagarzón Putumayo solicita al Director Aristizabal informe las actividades de supervisión al programa de restaurantes escolares en el Municipio de Villagarzón y se informa de la queja interpuesta por el señor Eduardo Benavides como Representante legal del Centro Educativo Rural María Auxiliadora, manifestando que los niños en situación de desplazamiento no están siendo beneficiarios de programa de restaurantes escolares, requiriendo una supervisión sobre tal actuación (Archivo 1 PDF – fls. 177 – 180).

11. Correo electrónico al que se anexa copia del acta de la reunión del Comité Departamental del PAE celebrada el 11 de diciembre de 2012, en el que se manifiesta la inconformidad con el operador Diócesis de Mocoa – Sibundoy (Archivo 1 PDF – fls. 181 – 189). Se destaca del documento lo siguiente:



- Se inicia por dar lectura al correo electrónico remitido por el doctor Diego Molano, en el que sugiere contratar con la “Iglesia”, dado que, la convocatoria 003-2012 se declaró desierta.
- El Doctor Euler Guerrero en calidad de Diputado del Departamento del Putumayo, expuso su inconformidad con el proceso de convocatoria, así mismo, las irregularidades de programa PAE vigencia 2012. Señaló igualmente, encontrarse inconforme con la interventoría realizada por la Universidad de Antioquia, agregando que la Diócesis de Mocoa, no cuenta con un nutricionista.

12. Acta de reunión del Comité Departamental del PAE celebrada el 24 de octubre de 2012 (Archivo 1 PDF – fls. 189 – 204). Se destaca:

- Reclamos presentados por el servicio prestado por la Diócesis, según expone la doctora Jacqueline Piña, en calidad de Coordinadora temporal. Se precisa entre estos aspectos que: *“el operador no entrega a tiempo la Bienestarina a las unidades de servicio”, “el operador no ha cumplido con el 10% prometido a las unidades de servicio en la reunión realizada en el mes de Abril y Mayo en los tres municipios jurisdicción del centro zonal la Hormiga”, “El operador tardó en la entrega de uniformes a las manipuladoras y elementos de aseo a las unidades de servicio”, “el operador no cumple con la entrega de alimento proteico estipulado en la minuta en la parte rural del municipio de Orito”.*
- Asimismo, los representantes de la comunidad de rectores y padres de familia presentaron reclamos en contra del PAE y del operador Diócesis de Mocoa.

- No obstante lo anterior, también se destacan aspectos positivos como la entrega de alimentos de buena calidad y una mejora notable respecto a la vigencia anterior.

13. Correo electrónico cruzado del 26 de diciembre de 2012 entre: la Asociación de Rectores y Directores del Putumayo ASODIP, el Subdirector de Operación de la Atención de la Niñez y la Adolescencia del ICBF – Doctor Vladimir Olarte Cadavid, el doctor Orlando Ariza y el señor Aristizabal. Se destaca lo siguiente: (Archivo 1 PDF – fls. 204 – 208, y 212):

- Correo mediante el cual, el doctor Orlando Ariza remite respuesta del doctor Diego Molano - que según se señala es posterior a una reunión realizada- y en la cual, se manifiesta que: *“el director regional explore, concrete y emita concepto técnico, sobre el mejor esquema de operación del programa para garantizar que se inicie el primer día de clases con con criterios de calidad técnica y buena administración de recursos”*.
- Se consigna que no se había emprendido ningún proceso sancionatorio contra la Diócesis de Mocoa y que los niños, niñas y adolescentes recibían el servicio a satisfacción, asimismo, se comenta que el informe rendido por la Universidad de Antioquia calificó al operador con un 89%.

14. Correo electrónico del 13 de diciembre de 2012, remitido por el doctor Orlando Ariza Vesga – Presidente de la Asociación de Rectores y Directores del Putumayo dirigido al doctor Diego Molano en el cual, se pone en conocimiento que ante la inasistencia de funcionarios nacionales del PAE a una reunión previamente pactada, al intentar comunicarse con los funcionarios, se amenazó al Doctor Marino Aristizabal con abrirle un proceso disciplinario por no contratar con un operador que se había decidido en Bogotá –la Diócesis de Mocoa-, sobre la que se añade no ha prestado un buen servicio y no goza de aceptación entre la comunidad educativa de la región. Asimismo, se pone en

duda la evaluación realizada por la Universidad de Antioquia. Finalmente, se solicita el cambio de operador y se estudien posibilidades alternativas de contratación para obtener un mejoramiento en el servicio para el año 2013 (Archivo 1 PDF – fls. 209 – 210)

15. Resolución 9551 del 7 de diciembre de 2012, mediante la cual se declara parcialmente desierta la convocatoria pública No. 003 de 2012 – correspondiente al programa de Alimentación Escolar PAE (Archivo 1 PDF – fls. 215 – 221).

16. Resolución No. 9855 del 17 de diciembre de 2012, por la cual se otorga delegación especial al Director regional ICBF Putumayo, para **contratar directamente**, mediante contrato de aporte con el fin de desarrollar el Programa de Alimentación Escolar en el Departamento de Putumayo, con ocasión de la declaración de desierta de la convocatoria pública No. 003 del 2012 para el servicio de alimentación escolar (Archivo 1 PDF – fls. 223 – 224).

17. Correos electrónicos remitidos por el señor Héctor Marino Aristizabal Giraldo al Director General del ICBF - el Doctor Diego Molano Aponte (Archivo 1 PDF – fls. 226 – 227 y 232 - 234). De los documentos se destaca la siguiente información:

Se explican los motivos que llevaron al Director Regional, a abstenerse de contratar los cupos PAIPI – modalidad familiar con la Diócesis Mocoa Sibundoy<sup>22</sup>. Finalmente, se añade que para la selección del operador se revisaron las ofertas de organizaciones sin ánimo de lucro, pero que algunos de ellos no cuentan con concepto de idoneidad de las supervisoras de contratos o no cumplen con la experiencia requerida. No obstante la fundación

---

<sup>22</sup> Se afirma por ejemplo que: - No se llevó a cabo acercamiento entre las instituciones municipales y locales. - Del seguimiento a los centros zonales, se concluyó que los espacios previstos para los encuentros familiares no cumplen con los lineamientos técnicos. - Concurrencia en la atención a pesar de haber solicitado al operador del programa, la base de datos con el objetivo de llevar a cabo el cruce de la información, lo cual resalta, no aconteció hasta la fecha.

“Villa Soñada”, al cumplir con los requisitos financieros, técnicos y jurídicos, será el remplazo de los cupos que atendía la Diócesis en el PAIPI.

18. Correo electrónico del 11 de diciembre de 2012, remitido por el Doctor Vladimir Olarte Cadavid dirigido al Director señor Marino Aristizabal, en el cual, se manifiesta: *“Para los casos de zonas desiertas en fase 1 y en fase 2- ronda 1 de la convocatoria, las regionales deberán explorar alternativas de contratación por aporte. Según lo acordado contigo, para el caso específico del Putumayo, se adelantará contratación de aporte directa **con la “Iglesia” al igual que en otros departamentos, donde la misma no tiene requerimientos formales, ni procesos sancionatorios y presenta evaluación satisfactoria (...)** Es fundamental que uses todo el apalancamiento que Putumayo tiene para contratación de PAE 2013 en las fechas límite referidas para que no se te expiren vigencias futuras (cupo de vigencias futura adjunto) y para que podamos sostener el reconocimiento de cuotas de participación el próximo año en tu departamento. El objetivo principal es que podamos iniciar el servicio de alimentación escolar el primer día de clase de los niños, niñas y adolescentes de Putumayo el 14 de enero de 2013 (...)*” (destaca la Sala) y se comparte documento titulado *“Instructivo para la Contratación del Programa de Alimentación Escolar para la vigencia 2013”* (Archivo 1 PDF – fls. 236).

19. Correo electrónico del 7 de diciembre de 2012, remitido por el señor Juan Carlos Lozano Arguello - Cogestor Macroregión Frontera Sur, Dirección General- al señor Aristizabal, mediante el cual, se reenvía queja interpuesta por la Diócesis de Putumayo, se solicita aclaración al respecto y la remisión de las quejas existentes contra el operador. En la queja, la Diócesis de Mocoa Sibundoy destaca las excelentes calificaciones de la interventoría respecto a sus labores y se cuestiona por el otorgamiento de la contratación del PAIPI a un operador que no se encuentra habilitado en el banco de oferentes, siendo resultado de la discriminación del Director en su contra (Archivo 1 PDF – fls. 240 – 242).

20. Oficio del 26 de Diciembre de 2012, mediante el cual el Gobernador del Putumayo presenta queja ante el Director General del ICBF, doctor Diego Molano, por la situación acontecida con el señor Héctor Marino Aristizabal Giraldo el 21 de diciembre de 2012, al pedírsele su renuncia mediante una carta previamente redactada para tal efecto. Entre otros aspectos, se destaca la buena relación del señor Aristizabal con las madres comunitarias y los menores a su cargo, su profesionalismo y buen actuar, así mismo, se pone en conocimiento las irregularidades en torno al servicio prestado por la Diócesis de Mocoa Putumayo. Finalmente, solicita revoque la decisión adoptada mediante la cual se le declaró insubsistente al señor Aristizabal (Archivo 1 PDF – fls. 248 – 249).

21. Respuesta suscrita por el señor Diego Molano en condición de Director General del ICBF al oficio del 26 de diciembre de 2012 firmado por el Gobernador del Putumayo. En esta oportunidad, se alude al proceso de selección y se expresa que con fundamento a las Leyes 7a de 1979 y 489 de 1998, la naturaleza del cargo de Director Regional es de libre nombramiento y remoción, por lo tanto, hay discrecionalidad para efectuar la remoción del mismo. Finalmente, expresa que en la entidad se adelanta un proceso de modernización y de mejora en la prestación de los servicios, motivo por el cual, se ha planteado la necesidad de realizar cambios a nivel nacional, regional y zonal (Archivo 1 PDF – fls. 251 – 252).

22. Testimonios de los señores Edna Liliana Hernández, Blanca Cecilia Eslava Montoya, Norha Elene Rueda Tabares, Gloria Lucia Navarro Vargas, Rosalba Palacios Palacios, Luis Antonio Villareal Muñoz, Rubiela Zambrano y María De Jesús (Archivo 4 Medio magnético de la audiencia de pruebas).

De los testimonios recaudados, se resaltan los siguientes apartes que resultan relevantes para el esclarecimiento de los hechos y que podrán ser consultados en su totalidad en el medio magnético de la diligencia:

**Edna Liliana Hernández (Minuto 32):**

Manifestó conocer al doctor Aristizabal por haber coincidido en las reuniones del ICBF, puesto que, ella también ostentaba el cargo de Directora Regional para el Departamento del Vaupés.

Sobre las razones de desvinculación, comentó que al igual que a ella, se les llevó a Bogotá y se les solicitó su renuncia a través de una carta preparada para tal fin –carta que reconoció y calificó como idéntica a la presentada por el señor Aristizabal dentro de la diligencia judicial-, explicándoles que se trataba de decisiones que atendían a compromisos políticos, según comenta, le fue expresado personalmente por el doctor Diego Molano, en calidad de Director General del ICBF.

Afirmó que no suscribió la carta y esperó su declaratoria de insubsistencia para luego demandar, actuación que no llevó a cabo finalmente.

Relató que acorde con el “semáforo de calificaciones” del señor Aristizabal, su desempeño profesional era excelente.

**Blanca Cecilia Eslava Montoya (a partir del minuto 1:04:00):**

Comenta conocer al señor Héctor Marino Aristizabal, puesto que, compartió el cargo de Directora Regional desde el Departamento del Casanare.

Expuso que también fue presionada para firmar su carta de renuncia en la ciudad de Bogotá, a lo que se rehusó pese a las amenazas de insubsistencia – reconoció la carta presentada al señor Aristizabal como similar a la que se le presentó a ella-. Narra que al no aceptar la renuncia, fue presionada bajo la amenaza de declararla insubsistente, dado que, los cargos se requerían por intereses políticos y no por motivos personales.

Explica que ellos – refiriéndose al actor y ella - contaban con buenas calificaciones en los indicadores del plan de acción y de metas por programa a

través del “semáforo” de avances. No obstante, fueron desvinculados de la entidad y a pesar de que otros empleados tenían indicadores inferiores.

Cuenta que recibían instrucciones en las cuales se les explicaba desde el ente central que al declararse desiertas algunas convocatorias, debían contratar con quien se les indicaba. Pese a ello, no precisó si esto aconteció con el señor Aristizabal y la Diócesis de Mocoa.

### **Nhora Elene Rueda Tabares (A partir del 1:39:10):**

Comentó conocer al señor Marino Aristizabal por ser compañera de un posgrado y ser funcionaria del ICBF regional Putumayo desde el 13 de junio de 2012.

Expuso el proceso de selección para el ingreso al cargo del demandante, y destaca los buenos resultados y dedicación en las labores que le eran encomendadas.

Expresó no conocer a ciencia cierta los motivos de la desvinculación del demandante, pero que por “*comentarios de pasillo*” y por la situación política, se sabía que no terminaría el cargo –lo que añadió, sabía también por lo que le expresó el señor Aristizabal-.

Sobre el cuestionamiento relacionado con la presión para contratar con un determinado operador, manifestó que en el proceso de contratación, algunos Diputados convocaron a una reunión porque se quería cambiar “*cierto operador*”, ya que unas partes querían su remplazo y otros querían mantenerlo. Expresa que el Director le encomendó estar presente en una reunión -dadas sus ocupaciones- y que se recibió una llamada de la sede nacional, pero que no le constan los términos de la misma, porque salió de la reunión a terminar una diligencia, no obstante, al retornar, el comentario era que se presionaba al demandante desde la sede central para contratar con el operador “Diócesis Sibundoy Mocoa”.

Comentó que la entidad brindaba unas directrices para la contratación cuando la convocatoria se había declarado desierta, pero al ser interrogada sobre este aspecto por el juez, manifestó no conocer en qué consistían dichas orientaciones, puesto que, había ingresado hace poco tiempo a la entidad.

Señala que la contratación se cumplió cabalmente y que el Director fue felicitado por cumplir con la meta de contratación en la regional. Precisa que incluso, el actor accedió contratando a la Diócesis Mocoa Sibundoy. Sobre los servicios prestados por la Diócesis, manifiesta múltiples quejas por la calidad de los productos para la preparación de los alimentos en las unidades. Agrega que ella fue a realizar una visita y encontró los alimentos en buen estado, pero algunos no aptos para consumo humano.

**Gloria Lucia Navarro Vargas (A partir del 2:04:00)**

Comentó conocer al señor Aristizabal de la ciudad de Mocoa, por el barrio dónde vivió y posteriormente por coincidir trabajando en el ICBF, desde hace aproximadamente 20 años.

Señaló que estuvo vinculada al ICBF desde el año 2011 en el cargo de Profesional de Apoyo hasta el 31 de diciembre de 2014.

Sobre los motivos de vinculación del demandante, y sobre la desvinculación, dijo que desconocía las razones que dieron lugar a ello, aunque se comentaba que no fue acorde a la ley.

**Rosalba Palacios Palacios (A partir del 2:17:28)**

Explicó que se desempeña en el cargo de Coordinadora de asistencia técnica de la Regional Putumayo – ICBF.

Inicialmente, realizó un breve recuento del proceso para el ingreso al cargo de Director Regional, en el cual, el señor Marino Aristizabal obtuvo el primer



puntaje. Acto seguido, respecto al desempeño del actor, manifestó que fue “normal” y aportando nuevas ideas tratando de mejorar la prestación del servicio.

Comenta que recibió la Regional Putumayo en buen estado, sin embargo, habían cosas que eran susceptibles de mejorar.

Sobre los motivos de desvinculación del señor Marino, informó no saber a ciencia cierta cuales fueron, aunque escuchó que obedecía a factores políticos.

Expresó que ella manifestó su imposibilidad para continuar porque pertenecía a otro departamento, por lo que su remplazo inmediato fue la señora Miriam Tobar, luego encargaron a la doctora Francia Elena López hasta el mes de agosto de 2013, finalmente, por mérito, ingresó la doctora Olga Barrera, quien salió en el mes de septiembre de 2014.

Precisó que el señor Aristizabal como director de la entidad, contaba con autonomía para la contratación, no obstante, pese a ello, siempre hay manipulación a nivel nacional para que se contrate con un determinado operador.

Concretamente señala que todos los programas se contrataban con autonomía, a excepción del PAE del Departamento del Putumayo. Precisa que no se presentaron operadores que cumplieran los requisitos que establecía la convocatoria, por tal motivo, se autorizó la contratación por aportes y dada la baja cantidad de operadores, solamente se tenía como opciones: uniones temporales con quienes “*les había ido terrible*” y la Diócesis Mocoa Sibundoy. En tal caso, la orden del nivel central frente a esa situación fue que se contratara con la Diócesis.

Sobre la Diócesis como operadora, narra que hubo dificultades como con todos los operadores de la región, se presentaron muchas quejas en la prestación del servicio **y, por tal razón el siguiente año ya no se contrató con ellos el servicio.**

Precisó que del nivel central se reiteró la orden de contratar con el operador Diócesis Mocoa, dado que, la oferta de operadores que cumplieran con los requisitos mínimos para contratar era baja y la Diócesis Mocoa Sibundoy, además de cumplirlos no contaba con sanciones o impedimento alguno.

Al ser indagada sobre si los hechos de desvinculación del señor Marino atendían a su negativa para contratar con la Diócesis Mocoa Sibundoy, manifestó que no le constaba, pero cree que sí.

En relación con lo anterior, comenta que en una reunión convocada por los Diputados y líderes docentes y que se adelantó con funcionarios nacionales del ICBF, se expusieron las dificultades que presentaba el Programa de Alimentación Escolar. En esa oportunidad, cuando el señor Marino Aristizabal se comunicó con el nivel central y atendió la llamada en altavoz, le dijeron que so pena de un proceso disciplinario debía contratar a fin de garantizar la prestación del servicio a los niños que en el mes de enero iniciarían sus clases y debían de recibir los alimentos.

Añadió que de no haberse contratado en esa fecha límite, se corría el riesgo de que en el mes de enero no iniciará la prestación del servicio a tiempo, retrasándose con la ejecución del programa. Lo que implicaría dificultades para financiar el programa en su totalidad a futuro.

Finalmente, comentó que antes de que saliera el doctor Marino, los reunió en el auditorio y les comentó que “*habían rumores de que él no iba a pasar de diciembre*”, pero que mientras tanto siguieran trabajando bajo los lineamientos de la institución.

### **Luis Antonio Villareal Muñoz (A partir del 2:17:28)**

Manifestó estar presente en una reunión del nivel central en Bogotá como delegado del Procurador, en la que se enteró que se tratarían temas

relacionados con la contratación de los programas escolares. Informó que el doctor Aristizabal puso el teléfono en altavoz, así escuchó que le dijeron que tenía que contratar con la Diócesis o de lo contrario le abrían un disciplinario, pero solo escuchó ese aparte de la conversación.

### **Rubiela Zambrano (A partir del 3:03:45)**

Comenta que se desempeñó durante 8 años como Madre Comunitaria y que conoció al demandante a raíz de ello.

Destaca su compromiso, atención y prestación del servicio con las Madres Comunitarias de la región.

Comenta que se rumoraba desde un inicio que al mes de diciembre ya no continuaría sus funciones por contingencias políticas, lo cual escuchaba en la radio, o en la calle.

Sobre las razones de la insubsistencia del demandante, comenta que se pudo enterar que le abrieron un proceso disciplinario “o algo así”.

Sobre el operador Diócesis Mocoa Sibundoy y una presunta presión para contratar con el mismo, manifestó que no podía asegurar nada.

### **María De Jesús Pinta (A partir del 3:19:30)**

Afirmó ser Madre Sustituta y resaltó los servicios del señor Aristizabal. Informa que sabían que lo iban a destituir, a raíz de que “todo eso era por política” por lo que escuchaba en la emisora.

Sobre las exigencias para contratar con un operador en particular, manifestó no saber nada.

De igual manera, no recordó nada sobre los operadores para la época de los hechos.

Sobre la Diócesis Mocoa manifestó no tener ningún conocimiento.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas documentales y testimoniales recaudadas, se concluye que la parte actora no demostró que el ICBF, al ejercer la potestad discrecional que le asiste respecto a los cargos de libre nombramiento y remoción, tuviese motivos diferentes o arbitrarios.

En efecto, es cierto que todo indica que hubo dificultades en la prestación del servicio por parte del operador Diócesis Mocoa Sibundoy, sin embargo, no puede afirmarse con certeza que la causa principal de la remoción en el cargo fue la retaliación política por no contratar con aquel.

Ciertamente, aunque a través de las comunicaciones vía correo electrónico en consonancia con los testimonios, se evidenció que desde el nivel central se impartieron directrices para que la contratación se efectuase con el precitado operador, también lo es que a través de los mismos medios probatorios, se puede afirmar que ello se debía a que por tratarse de vigencias futuras y por encontrarse *ad portas* de un nuevo periodo escolar –el cual se iniciaba el 14 de enero de 2013-, se requería de los servicios de alimentación de manera inmediata. Dicho contexto lleva a mantener la presunción de legalidad que rige las decisiones de administración.

En relación con el mismo aspecto, esto es, los motivos que supuestamente originaron la desvinculación del demandante, es la verdad que ninguno de los testigos, pudo afirmar a ciencia cierta cuales fueron, más allá de rumores. Se precisa que aunque algunos de ellos, mencionan lo relativo a la llamada que recibió el actor para contratar con el operador, esta circunstancia tiene explicación en lo ya anotado. De igual manera, es necesario aclarar que, aunque las señoras Hernández y Eslava son contestes en relación con la carta de renuncia, lo cierto es que este tipo de actuaciones en esa clase de cargos

no se considera como desviación del poder<sup>23</sup>. A lo anterior, se suma que, la sinceridad del testimonio se enturbia en virtud del interés que les asiste, ya que también afirman que fueron declaradas insubsistentes y una de ellas, pensó en interponer demanda. Por último, acerca del ejercicio arbitrario de la facultad discrecional y una supuesta falta de intención en mejorar el servicio, lo cierto es que la revisión del informe de “*Mejoramiento Integral de Gestión Regional 2013*”<sup>24</sup> permite concluir que para el año 2012, la Regional del Putumayo obtuvo el puesto No. 15 entre 33 sedes del ICBF y aunque cayó al puesto 24 y 16 en febrero y marzo, respectivamente, ocupó siempre un mejor lugar en los meses siguientes -a excepción de diciembre. Lo anterior significa que bajo la dirección del señor Aristizabal Giraldo, la Regional ocupó el puesto 15 en el mes de diciembre de 2012 – fecha de la insubsistencia-, supuesto que permite saturar la conclusión a la que ha llegado la Sala acerca de la presunción de legalidad del acto cuestionado.

Por las razones expuestas, se revocará la sentencia acusada y se negarán las pretensiones.

## **VI. COSTAS.**

### **Criterio objetivo. Diferencia entre condena en costas y su liquidación.**

Las costas procesales son aquellos gastos en que incurren las partes por razón del proceso, comprenden tanto las expensas como las agencias en derecho.

---

<sup>23</sup> El Consejo de Estado en sentencia del 8 de febrero de 2018, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez dijo: “También se ha sostenido, que en niveles directivos de libre nombramiento y remoción la insinuación de la presentación de la renuncia no es ilegal, pues ello obedece en razón de la naturaleza del cargo, a la posibilidad de la máxima autoridad de la entidad de conformar su equipo de trabajo y de permitirle al funcionario una salida ajena a cualquier connotación negativa, que aunque equivocada, tiene la decisión de que su cargo sea declarado insubsistente. Obsérvese cómo en sentencia de 29 de mayo de 2008, se confirma lo mencionado<sup>13</sup>: “(...) En efecto, esta Corporación ha sostenido en varias oportunidades que la presentación de esta clase de renunciaciones, suscritas por personas que tienen calidades profesionales y un alto status jerárquico, como es el caso del actor, en atención a la discrecionalidad de que goza el nominador para separarlos del servicio, no irradia un propósito que pueda calificarse como desviado sino que tal postura atiende a consideraciones de distinta índole dada la importancia del cargo, que le permiten al respectivo funcionario desvincularse de una manera más decorosa de la entidad, evitando la declaratoria de insubsistencia.”. Así las cosas, la solicitud de renuncia a funcionarios públicos del nivel directivo, por parte de la autoridad nominadora (investida de la facultad de libre nombramiento y remoción) no constituye una conducta desviada de la administración, atendiendo el rango y las atribuciones de responsabilidad y confianza que deben manejar quienes ocupan dichos cargos”.

<sup>24</sup> Archivo No. 2 PDF – fls. 574 a 575.

Las expensas abarcan los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso, se trata de erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado. Así, por ejemplo, las sumas destinadas a obtener la producción de determinada prueba como el pago de peritos o los honorarios de los auxiliares de la justicia (secuestres), el valor de las notificaciones, los aranceles, los gastos de publicación de emplazamientos, pólizas, copias, entre otros, constituyen ejemplos de expensas. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por apoderamiento dentro del proceso que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios previstos en el artículo 366 del Código General del Proceso, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado.

Sobre las costas procesales, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena de las mismas, de conformidad con el Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso, norma que establece un criterio objetivo<sup>25</sup>.

**El artículo 365 del C.G.P., dispone de igual manera un criterio eminentemente objetivo, siendo suficiente ostentar la condición de parte vencida en el proceso, independientemente de si es el demandante o demandado.** Consagra además que la condena debe hacerse en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella. Adicionalmente, precisa que si la demanda prospera parcialmente, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

---

25 Al respecto en la sentencia del 7 de abril de 2016 del Consejo de Estado, expediente 1291-14, sostiene que las normas en las que se evidencia que se acogió un régimen objetivo en cuanto a la condena en costas, son las siguientes:

- i. El artículo 178 que se refiere a condena en costas en casos de desistimiento tácito
- ii. El artículo 188 que regula la condena en costas cuando se trate de sentencias, salvo en los procesos en los que se ventile un interés público.
- iii. El artículo 267, regula que en caso de que fuere desestimado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, se condenará en costas al recurrente.
- iv. El artículo 268, regula la condena en costas en caso de que alguno de los recurrentes desista del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, salvo que se interponga ante el Tribunal antes de haberse enviado al Consejo de Estado. No obstante, anuncia el Tribunal que dicho criterio no es uniforme al interior del Consejo de Estado, en la medida en que algunas providencias de las subsecciones de la Sección Segunda, verbigracia, la **sentencia 25000234200020120056102 (03722017) del 2 de febrero de 2018. C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez, señala que se deben observar factores como la temeridad, mala fe, así como la existencia de pruebas sobre el particular, donde el juez debe ponderar y sustentar la decisión, existiendo un margen de apreciación limitado.**

Así entonces, el juez no puede realizar un juicio de valor respecto al comportamiento procesal de la parte vencida en el proceso, para establecer si condena o no en costas, porque basta con advertir que se trata de la parte vencida en el debate procesal para imponerle condena en costas.

De otra parte, se colige que uno es el momento en el que se profiere la condena y otro, la fase procesal en la que se liquida, la suma concreta que debe ser pagada por quien previamente ha perdido el proceso o el recurso.

En efecto, para tasar las costas es necesario verificar de forma objetiva los gastos acreditados en el proceso, tales como: copias, desgloses, certificaciones, autenticaciones, notificaciones y similares (cuyos valores se atienen a la regulación que sobre el arancel judicial determine el Consejo Superior de la Judicatura). Frente a las agencias en derecho, para su fijación deben aplicarse los Acuerdos 1887 de 2003 o PSAA16-10554 –vigente a partir del 5 de agosto de 2016–, según sea el caso.

Los referidos acuerdos autorizan al juez, en algunos procesos, a moverse dentro de los parámetros que allí se fijan; además, si se trata de establecer un parámetro mínimo y máximo debe acudirse a lo dispuesto en el numeral 4º del art. 366 del CGP, cuando establece que el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

La fijación de agencias en derecho que haga el magistrado sustanciador o juez (según corresponda), se hará aunque la parte hubiera litigado sin apoderado (art. 366 numeral 3º del CGP).

Aunado a ello, la tasación de agencias en derecho no puede hacerse en la sentencia, de lo contrario, se desconocería de plano el derecho de contradicción de las mismas, toda vez que la tasación que se haga en sentencia de segunda instancia no podrá ser impugnada, tal como lo autoriza el

artículo 366 del CGP, según el cual, las agencias en derecho se impugnan a través de los recursos de reposición y apelación frente al auto que las aprueba.

Al respecto, no se puede olvidar que la tasación de agencias en derecho, corresponde al juez de primera instancia mediante auto, lo anterior en obediencia a la sentencia que impone costas y conforme a las reglas jurídicas ya enunciadas (art. 366 numeral 3º del CGP), así que, una vez fijadas las agencias en derecho por parte del juez, el Secretario procederá a liquidar las costas – incluyendo el monto por concepto de agencias en derecho-, luego de lo cual, le compete al juez su aprobación mediante auto, el cual es pasible del recurso de apelación, según lo establecido en el numeral 5º del art. 366 de la normatividad citada.

En ese orden, al prosperar el recurso de apelación propuesto, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a las reglas de los artículos 365 y siguientes del Código General del Proceso.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Nariño, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- REVOCAR** la sentencia dictada el día 17 de agosto de 2016, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Mocoa (Putumayo), y en consecuencia **NEGAR las pretensiones de la demanda.**

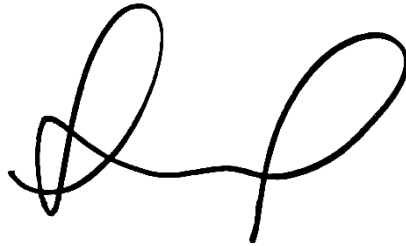
**SEGUNDO.-** Condenar en costas de primera y segunda instancia a la parte demandante, en favor de la parte demandada. La liquidación será realizada a través de secretaría de primera instancia en los términos de los artículos 365 numeral 4º y 366 del C.G.P.



**TERCERO.-** Ejecutoriado este fallo, envíese el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Sentencia discutida y aprobada en sesión de Sala de fecha



**SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY**

**Magistrada**



**ANA BEEL BASTIDAS PANTOJA**

**Magistrada**

AUSENTE EN COMISIÓN

**PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA**

**Magistrado**