



Rama Judicial

República de Colombia

## JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUE

Ibagué, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

**RADICACIÓN NO:** 73001-33-33-004-2018-00163-00  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**DEMANDANTE:** FERNANDO VARELA SÁNCHEZ  
**DEMANDADO:** MUNICIPIO DE IBAGUÉ- TOLIMA  
**Tema:** Insubsistencia empleado de libre nombramiento y remoción

### SENTENCIA

Procede el Despacho a dictar sentencia, sin que se observe nulidad que invalide lo actuado dentro del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **FERNANDO VARELA SÁNCHEZ** en contra del **MUNICIPIO DE IBAGUÉ- TOLIMA**, radicado bajo el No. **73001-33-33-004-2018-00163-00** al que fue vinculada en calidad de tercero con interés en las resultas del proceso la señora **ANGELICA MARÍA MORALES RUBIO**.

#### 1. Pretensiones

En audiencia inicial celebrada el pasado 25 de febrero de 2020, se establecieron como pretensiones las siguientes:

*“A través de la presente actuación la parte demandante pretende que se declare la nulidad del Decreto No. 1000-1009 del 09 de noviembre de 2017, por medio del cual, se declaró insubsistente el nombramiento efectuado al doctor Fernando Varela Sánchez en el cargo de Director, Código 009, Grado 17 adscrito a la Secretaría de Hacienda- Grupo de Presupuesto, y a título de restablecimiento del derecho, que se ordene su reintegro al cargo que venía ocupando, cancelando a su favor todos los emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir desde su desvinculación sin solución de continuidad, así como los intereses moratorios que se causen”.*

#### 2. Hechos

Igualmente, en la referida audiencia, se establecieron como hechos relevantes dentro del medio de control los siguientes:

1. Que a través del Decreto No. 1-0013 del 03 de enero de 2012, se nombró al doctor Fernando Varela Sánchez en el cargo de Director, Código 009, Grado 17 adscrito a la Secretaría de Hacienda- Grupo de Presupuesto del municipio de Ibagué.
2. Que mediante Decreto No. 1000-1009 del 09 de noviembre de 201 por el cual se declaró insubsistente el nombramiento efectuado al demandante en el cargo

para el cual había sido nombrado y cuya nulidad se pretende por esta vía, fue notificado el día 14 de noviembre de 2017.

3. Que el demandante cuenta con calificada formación profesional y amplia experiencia laboral, para desempeñar el cargo para el que había sido designado.
4. Que el día 09 de noviembre de 2017, se nombró y posesionó a la doctora Angélica María Morales Rubio en el cargo que ocupaba el demandante, sin que el mismo se encontrara vacante, por cuanto, el aquí demandante se encontraba en disfrute de comisión.
5. Que la declaratoria de insubsistencia, ocasionó al demandante y a su entorno familiar graves perjuicios morales.

### **3. Contestación De La Demanda.**

#### **3.1. Municipio de Ibagué- Tolima (Fol. 02 Pág. 20 a 27).**

El apoderado de la entidad se opone a las pretensiones de la demanda, por considerar que los empleados de libre nombramiento y remoción no les asiste fuero de estabilidad alguno a diferencia de los empleados de carrera, por lo que el nominador tenía la facultad para desvincular al demandante si consideraba que podía mejorar el servicio con otra funcionaria en este caso. Reseña igualmente que el acto demandado fue comunicado al accionante el 10 de noviembre de 2017 a la Secretaría del Grupo del cual era director, existiendo además la obligación de aquel de estar en permanente contacto con los asuntos que le concernían aún en el evento de encontrarse disfrutando de comisión de servicios.

Formuló como excepciones las que denominó *inexistencia de la obligación demandada a cargo del ente territorial, inexistencia de las causales de nulidad del acto, falta de vicio en los actos que se causan, falta de prueba e inexistencia de los perjuicios y prescripción.*

#### **4. Actuación procesal.**

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 29 de mayo de 2018, correspondió por reparto su conocimiento a este Juzgado (Fol. 1 Pág. 97), quien mediante auto de fecha 12 de junio de 2018, rechazó de plano la demanda, por considerar que había operado el fenómeno de la caducidad (Fol. 1 Pág. 102 a 103), decisión que fuera confirmada en su integridad por el H. Tribunal Administrativo del Tolima, mediante proveído de fecha 30 de agosto de 2018 con ponencia del Dr. José Andrés Rojas Villa ( Fol. 1 Pág. 115 a 119).

Pese a lo anterior, a través de proveído de fecha 17 de septiembre de 2018 el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima, al resolver solicitud de aclaración presentada por la apoderada del demandante el día 30 de agosto de 2018, dispuso

dejar sin efecto el auto de fecha 30 de agosto de 2018 y en su lugar, revocar la providencia proferida por este Despacho el día 12 de junio de 2018 (Fol. 1 Pág. 126 a 132).

Así, mediante proveído de fecha 29 de octubre de 2018, este Despacho dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por el H. Tribunal Administrativo del Tolima, y en consecuencia admitir la demanda presentada por el señor Fernando Varela Sánchez en contra del Municipio de Ibagué (Fol. 1 Pág. 139 a 141).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fol. 01 pág 146 y ss. Exp. digital) dentro del término de traslado de la demanda la Entidad demandada contestó la demanda, allegó las pruebas que pretendía hacer valer y formuló excepciones (Fol. 1 Pág. 158 y s.s. Exp. digital).

Luego, mediante providencia del 18 de junio de 2018, se admitió la reforma de la demanda propuesta por la parte demandante, en lo que respecta a la adición del acápite de hechos y pruebas y se ordenó vincular a la presente actuación a la señora ANGÉLICA MARÍA MORALES RUBIO, en calidad de tercero con interés en las resultas del proceso (Fol. 1 Pág. 219).

Una vez notificada la vinculada ANGÉLICA MARÍA MORALES RUBIO, dentro del término de traslado de la demanda, guardó silencio, tal y como da cuenta la constancia secretarial obrante a folio 2 página 10 del expediente digital.

Luego, mediante providencia del 31 de octubre de 2019 se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., la cual, se llevó a cabo el día 25 de febrero de 2020, agotándose en ella la totalidad de sus instancias en legal forma, fijando como fecha para la realización de la audiencia de pruebas el día 14 de mayo de 2020 a partir de las 08:30 am (Fol. 2 Pág. 50 a 57 del Exp. Digital). Seguidamente a través de auto de fecha 14 de septiembre de 2020 se fijó como nueva fecha para la realización de la referida diligencia de pruebas el día 29 de octubre de 2020 a partir de las 08:00 am (Fol. 7 Exp. Digital).

En la fecha y hora señaladas se llevó a cabo la diligencia de pruebas de que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A, agotándose en ella la totalidad de las instancias en legal forma, ordenando a las partes presentar por escrito los correspondientes alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la realización de la diligencia.

## **5. Alegatos de conclusión.**

### **5.1. Parte demandante (Fol. 16 Exp. Digitalizado).**

Reiteró que el acto administrativo cuya nulidad se pretende, es nulo por infracción de las normas en que debía fundarse, por falsa motivación y por desviación de poder.

En relación con el cargo de nulidad por infracción de las normas en que debía fundarse concluye, que el mismo se encuentra probado en tanto, se demostró que el acto de desvinculación, corresponde a una modificación de la nómina del Municipio de Ibagué,

que no atañe a provisión de cargos por faltas definitivas, por muerte, renuncia, irrevocable o aplicación de normas de carrera, por lo cual, al no estar la declaratoria de insubsistencia dentro de las situaciones permitidas o excepcionadas para la modificación de la nómina estatal en vigencia de la ley de garantías, tal circunstancia es una clara violación a la mentada restricción o prohibición, que por demás genera conducta grave para quien profirió el acto en tales condiciones.

Frente al cargo de nulidad por falsa motivación señala, que tanto la jurisprudencia como la doctrina, han sido enfáticas en señalar que el poder discrecional del agente nominador, debe encontrar límite en los fines que la ley imponga al servicio que se presta con la provisión, y de manera general, la remoción de los empleados siempre deberá obedecer al mejoramiento del servicio público, lo cual considera, no tuvo lugar en el acto administrativo cuya nulidad se pretende.

Finalmente, respecto al tercer cargo de nulidad, denominado desviación de poder indica, que dicha causal de nulidad se configura, por cuanto, el acto administrativo carece de motivación, lo cual, da lugar a que la facultad discrecional empleada, se constituye en una arbitrariedad, que conlleva a la nulidad del acto administrativo.

## **5.2. Parte demandada (Fol. 14 Exp. Digitalizado).**

Manifestó que el acto administrativo acusado fue expedido en uso de las facultades discrecionales que otorga la ley para el caso de empleados de libre nombramiento y remoción, por tal motivo, mal podría hablarse de notificación toda vez que el acto que declara la insubsistencia debe ser comunicado, por ende no debe tomarse el día 14 de noviembre de 2017 como fecha de notificación del acto, sino el día 10 de noviembre del mismo año, fecha en que este fue recibido por la secretaria del Despacho de presupuesto. Aclara frente al particular, que el accionante como jefe del grupo de la Dirección de presupuesto en su momento, tenía la obligación de estar pendiente del actuar del día a día en su despacho y no es de recibo el argumento según el cual por motivo de una comisión no se pudo dar por enterado el día 10 de noviembre del 2017, pues como se mencionó, el decreto número 1000-1009 del 09 de Noviembre del 2017 fue debidamente comunicado en su despacho.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia.**

Este Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia de carácter laboral de un empleado público, por el factor territorial, y por el órgano que profirió el acto administrativo que se demanda, todo ello de acuerdo con lo indicado en los artículos 104, 138, 155 -2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011.

## **2. Problema Jurídico.**

En armonía con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, realizada el 25 de febrero de 2020, el problema jurídico que aquí se plantea consiste en establecer, *si le asiste derecho al demandante a obtener su reintegro al cargo de libre nombramiento y remoción denominado Director, Código 009, Grado 17 adscrito a la Secretaría de Hacienda-Grupo de Presupuesto del municipio de Ibagué- Tolima, sin solución de continuidad, o si por el contrario, el acto administrativo acusado que declaró la insubsistencia de su nombramiento se encuentra ajustado a derecho.*

## **3. Tesis planteadas**

### **3.1. Tesis de la parte Demandante**

Sostuvo que el Decreto No. 1000-1009 del 09 de noviembre de 2017, mediante el cual, se declaró insubsistente de manera tácita el nombramiento efectuado al señor Fernando Varela Sánchez, se encuentra viciado de nulidad por infracción a las normas en que debía fundarse, falsa motivación y desviación de poder.

### **3.2. Tesis de la parte demandada.**

Indicó que contrario a lo manifestado por la parte demandante, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, en tanto, fue expedido con anterioridad a la entrada en vigencia de la restricción a que hace referencia la ley de control de garantías, además tratándose de un empleo de libre nombramiento y remoción el nominador cuenta con la facultad discrecional para decidir libremente dichos nombramientos, sin que el ejercicio de dicha facultad constituya arbitrariedad por desviación de poder.

## **4. Tesis del Despacho.**

De conformidad con el material probatorio allegado al expediente, el Despacho considera que el mandatario local del municipio de Ibagué- Tolima no desconoció la prohibición consagrada en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, al declarar insubsistente el nombramiento efectuado al señor Fernando Varela Sánchez en un cargo de libre nombramiento y remoción toda vez que la suspensión de la facultad nominadora no había empezado a operar en el momento en que se expidió el acto administrativo acusado.

## **5. Fundamentos de la tesis del Despacho.**

Previo a abordar el estudio del fondo del asunto, se hará referencia a la carrera administrativa, a la forma de proveer los empleos públicos en nuestro ordenamiento jurídico y a los límites constitucionales y legales para el ejercicio de la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción.

- **De los empleos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción.**

La Constitución Política en su artículo 125, determina las diferentes clases de empleos públicos, siendo la regla general la carrera administrativa, y exceptuando de la misma, los empleos de libre nombramiento y remoción, los ocupados por trabajadores oficiales y los demás que la ley determine. Dicha disposición constitucional señala a su vez, que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso se hará a través de la demostración del mérito.

Por su parte la Ley 909 de 2004, además de regular lo concerniente a la carrera administrativa como un sistema técnico de administración de personal, se encargó también de desarrollar lo concerniente al mérito, como uno de los principios que rigen la función pública, al señalar en su artículo segundo:

*“ARTÍCULO 2o. PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.*

*(..)*

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

*(..)”*

De lo anterior se desprende que, por disposición del Constituyente y del legislador, el principio de mérito se encuentra inserto en la esencia misma de los empleos de carrera, apareciendo como una de las formas en las que se proyecta la satisfacción de las necesidades del servicio y de los intereses de la comunidad. Lo anterior puesto que el hecho de que las calidades intelectuales, académicas y laborales aparezcan como criterios inherentes en su provisión, juega tanto a favor de los empleados como en beneficio del Estado.

Entendido así, el criterio de mérito concreta los principios de la función administrativa de transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad toda vez que permite asegurar que la función pública sea desarrollada por los mejores y más capacitados funcionarios.

Así las cosas, tenemos que el principio de mérito, se concreta en la celebración de concursos públicos, los cuales permiten la participación de todos aquellos que, reuniendo los requisitos que demanda el respectivo empleo público, buscan ingresar o ascender en el sistema de carrera administrativa.

Pese a lo anterior, existen eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

Para dichos casos, la Ley ha previsto una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos, puedan ingresar al servicio público a desempeñar empleos para los que se requiera el más alto grado de confianza, lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar las razones que lo llevan adoptar una u otra decisión.

Lo anterior, encuentra fundamento en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el cual, en relación con la remoción de los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción, dispone:

*“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) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;*

*c) <Literal INEXEQUIBLE>*

*d) Por renuncia regularmente aceptada;*

*e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;*

*f) Por invalidez absoluta;*

*g) Por edad de retiro forzoso;*

*h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;*

*i) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;*

*j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;*

*k) Por orden o decisión judicial;*

*l) Por supresión del empleo;*

*m) Por muerte;*

*n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.*

**PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>**

*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”.*

Para una mayor claridad frente al asunto, se permite el Despacho traer a colación, el siguiente cuadro comparativo efectuado por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado mediante sentencia de fecha 25 de febrero de 2021 con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, en relación con las diferencias más relevantes existentes entre el régimen de carrera administrativa y el régimen de libre nombramiento y remoción:

“(…)

<b>Criterio</b>	<b>Carrera administrativa</b>	<b>Libre nombramiento y remoción</b>
<i>Ingreso</i>	<i>Por concurso de méritos</i>	<i>Discrecional</i>
<i>Retiro</i>	<i>Reglada: por las causales artículo 41 Ley 909 de 2004.</i>	<i>Discrecional</i>
<i>Permanencia</i>	<i>Depende del buen ejercicio de sus funciones.</i>	<i>Discrecional</i>
<i>Grado de estabilidad</i>	<i>Mayor</i>	<i>Menor</i>
<i>Fundamento</i>	<i>El principio del mérito</i>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>Requieren un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, en razón de la trascendencia y grado de responsabilidad administrativa o política de las tareas encomendadas</i></li> <li>2. <i>Cargos que tengan funciones directivas, de manejo, conducción u orientación política o institucional, en razón a la responsabilidad encomendada y los necesarios direccionamientos político – administrativos de las entidades.</i></li> </ol>

(…)”<sup>1</sup>

De lo anterior es posible concluir, que son los empleos de carrera administrativa los que ofrecen seguridad y estabilidad, pues limitan en mayor grado la libertad del empleador para vincular y retirar al empleado, así el ingreso a la carrera depende del cumplimiento de los requisitos previstos en la Constitución y en el estatuto especial que la regula y la permanencia en ella solamente está condicionada a la idoneidad, el cumplimiento eficiente y eficaz de las funciones y a que se garantice la correcta prestación del servicio público, por lo cual, su retiro no puede obedecer a razones distintas a la calificación insatisfactoria de su desempeño laboral, la violación del régimen disciplinario, o alguna de las demás causas previstas en la Constitución y la ley.

<sup>1</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda de fecha 25 de febrero de 2021, CP. William Hernández Gómez; Rad. 25000-23-42-000-2013-06576-01(0934-17)

Por su parte, para los cargos públicos de libre nombramiento y remoción, a diferencia de aquellos de carrera, la vinculación, permanencia y retiro de sus empleos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder, puesto que el ejercicio de tal atribución se presume que obedece a razones inspiradas en el buen servicio.

- **De los límites constitucionales y legales para el ejercicio de la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción**

Sea lo primero señalar, que la existencia de los cargos de libre nombramiento y remoción en la administración pública encuentra su justificación en la necesidad de admitir el ejercicio de la discrecionalidad en la facultad nominadora como una atribución que reside en ciertos funcionarios para conformar su equipo de trabajo con personal de la más alta confianza, con miras al mejoramiento del servicio, potestad que se traduce en la libre escogencia de sus inmediatos colaboradores, máxime si se trata de seleccionar a aquellos que demandan una mayor confidencialidad y cercanía con las políticas a implementarse por parte del administrador de turno.

En consecuencia, se tiene que el factor determinante en la provisión de libre nombramiento y remoción es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional y es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Ahora bien, aunque el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2, contempla la facultad discrecional de remover a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción sin lugar a motivación, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, ha sido enfática en señalar que *“la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad”*<sup>2</sup>. En consecuencia, la facultad discrecional, debe ser ejercida dentro de los límites justos y ponderados.

Frente al particular, la Honorable Corte Constitucional, indicó que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, identificando 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>3</sup>.

---

<sup>2</sup>Sentencia Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección A de fecha 04 de marzo de 2021; CP. William Hernández Gómez; Rad. 25000-23-25-000-2012-00189-01(4527-16)

<sup>3</sup> Sentencia T-372 de 2012 del 16 de mayo de 2012. Referencia: expediente T-3.215.182.

En este sentido, el Honorable Consejo de Estado ha concluido que, *“la facultad de remoción de un empleado de libre nombramiento y remoción, debe ser ejercida bajo los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, y que el acto de insubsistencia al ser inmotivado, supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio”*<sup>4</sup>.

Por su parte, el artículo 44 del CPACA señala 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”*.

De lo hasta aquí expuesta se concluye, que la potestad discrecional en relación con el nombramiento y remoción de los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, supone la existencia de una razón o medida entre el fundamento de hecho y su conexidad con la decisión, es decir, tiene como medida la “razonabilidad”.

## **6. De lo probado en el proceso.**

Acorde con lo anterior, en el plenario se aportaron las siguientes pruebas, relevantes:

- **Documentales.**

1. Decreto No. 1-0013 del 03 de enero de 2012, mediante el cual, se nombró entre otros, al señor FERNANDO VARELA SÁNCHEZ en el cargo de Director, Código 009, Grado 17 adscrito a la Secretaría de Hacienda, Grupo de Presupuesto, con efectos fiscales a partir del 05 de enero de 2012, de conformidad con el acta de posesión allegada (Fol. 1 Pág. 7 a 8 y Pág. 182 a 184).
2. Resolución No. 0349 del 07 de noviembre de 2017, por la cual, se ordena comisionar al señor Fernando Varela Sánchez, los días 09 y 10 de noviembre de 2017, para asistir a la capacitación “Claves para un acuerdo cierre presupuestal 2017” a realizarse en la ciudad de Bogotá D.C. (Fol. 1 Pág. 10)
3. Decreto No. 1000-1009 del 09 de noviembre de 2017, por el cual, el Doctor Guillermo Alfonso Jaramillo Martínez, en calidad de Alcalde del Municipio de Ibagué, declara insubsistente el nombramiento efectuado al doctor Fernando Varela Sánchez (fol. 1 pág. 13 y 186).
4. Memorando No. 1041-054687 del 09 de noviembre de 2017, notificado el día 10 de noviembre de 2017, mediante el cual, se comunica al señor Fernando Varela Sánchez que mediante Decreto No. 1000-1009 del 09 de noviembre de 2017, fue declarado insubsistente en el cargo que venía ocupando (Fol. 1 Pág. 14 y 185).

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 15 de febrero de 2018, Expediente No. 76001-23-31-000-2010-01828-01(1615-16).

5. Hoja de vida del señor Fernando Varela Sánchez (Fol. 1 Pág. 20 a 55).
6. Decreto No. 1000-1010 del 09 de noviembre de 2017, mediante el cual, se nombró a la doctora Angelica María Morales Rubio, en el cargo de Director, Código 009, Grado 17 adscrito a la Secretaría de Hacienda- Grupo de Presupuesto, con efectos fiscales a partir del día 10 de noviembre de 2017, tal y como da cuenta la correspondiente Acta de Posesión (Fol. 1 Pág. 64 a 65).
7. Constancia de fecha 09 de noviembre de 2017, suscrita por la doctora Amparo Betancourt Roa, Directora del Grupo de Gestión de Talento Humano del Municipio de Ibagué, según la cual, *“en virtud de lograr un mejoramiento en la prestación del servicio, se puso a consideración la hoja de vida de la doctora Angelica María Morales Rubio, quien cumple con los requisitos y condiciones para desempeñar el cargo de Director, posee título de Administradora Financiera con especialización en Gerencia Estratégica y experiencia en el sector público, de lo cual se colige que tiene grandes capacidades para el desempeño del cargo, circunstancia que redundará en la prestación del servicio”* (Fol. 1 Pág. 66)
8. Certificado laboral No. 2018-0357 del 16 de abril de 2018, el cual, da cuenta de la historia laboral del señor Fernando Varela Sánchez en la administración municipal, entre el 05 de enero de 2012 y el 09 de noviembre de 2017 (Fol. 1 Pág. 68 a 72).
9. Certificación suscrita por la Secretaria Administrativa de la Entidad Territorial, según la cual, revisada la historia laboral del señor Varela Sánchez, no se encontró ningún documento relacionado con llamados de atención, ni procesos sancionatorios en su contra, que hayan sido ejecutoriados durante el ejercicio de su cargo (Fol. 1 Pág. 67)
10. Hoja de vida de la señora Angelica María Morales Rubio (Fol. 01 Pág. 1 a 11 Cdo Pruebas Parte Demandante)

- **Testimonial.**

- Se recepcionó el testimonio de la señora **YOLANDA VALBUENA ACUÑA**, secretaria de la Oficina de Presupuesto de la Secretaria de Hacienda del Municipio de Ibagué desde hace 27 años, quien a las preguntas formuladas contestó:

**PREGUNTADA:** *¿Sabe las razones por las cuales se encuentra rindiendo esta declaración?* **CONTESTÓ:** *Si señora.* **PREGUNTADA:** *Ya que dice saberlas, ¿Qué nos puede indicar al respecto?* **CONTESTÓ:** *Como es conocido el Dr. Varela era el Director de Presupuesto, salimos a comisión lo que fue el 9 y 10 de noviembre de 2017, eso fue un jueves y viernes, llegamos el martes a la oficina a trabajar y la sorpresa de que el Dr. Varela ya no era el director, me acuerdo mucho de eso.* **PREGUNTADA:** *Usted nos indica que salieron a la comisión, es decir que ¿usted también tuvo comisión para el mismo evento?* **CONTESTÓ:** *Si señora, en la misma resolución en donde está el Dr.*

Varela, me encuentro yo. PREGUNTADA: ¿Él era su superior jerárquico? CONTESTÓ: Si señora. PREGUNTADA: Nos indica usted que llegaron el martes, ¿el lunes era festivo? CONTESTÓ: Si señora. PREGUNTADA: Llegaron el martes a trabajar y ¿Cómo se entera el señor Fernando de que ya no es el director? CONTESTÓ: Cuando llegamos a la oficina el Dr. Varela, el Dr. Varela llegó más puntual, él es muy madrugador, cuando yo llegué a la oficina me enteré que el Dr. Varela ya no era el Director, pero él ya estaba ahí en la oficina revisando una correspondencia, fue cuando él se dio cuenta. PREGUNTADA: Por favor manifieste al Despacho cómo se desarrolló la capacitación, las reglas de la capacitación, si todo el tiempo usted estuvo con el Dr. Varela y si fueron los únicos de la Alcaldía que participaron en el seminario. CONTESTÓ: Si doctora, nosotros viajamos el miércoles en la tarde, podíamos viajar desde el miércoles 8 de noviembre, la capacitación era en FC Consultores, manejo de cierre presupuestal de 2017, llegamos a las 7:00 de la mañana, el taller era de 7 de la mañana como hasta las 5:00 de la tarde con almuerzo incluido, eso fue el jueves, el viernes empezamos un poquito más tarde a las 8:00 am y salimos como a las 06:30 pm, el Dr. Varela siempre estuvo conmigo, nosotros nos hicimos en el mismo puesto, el almuerzo fue en la misma F&C Consultores. PREGUNTADA: Por favor manifieste si usted tuvo conocimiento que en el transcurso de esos días del seminario el Dr. Varela hubiese recibido llamada o comunicación por parte de alguien de la oficina o por parte de la Alcaldía de Ibagué comunicándole la decisión de la insubsistencia. CONTESTÓ: Doctora tan pronto entra uno a la capacitación, lo primero que hacen los docentes es solicitar que apaguen los celulares, entonces en el momento no hubo ninguna señal de celular ni nada de eso, el Dr. Varela estuvo en la capacitación, participó en el taller sin ninguna novedad. PREGUNTADA: ¿Durante el tiempo que estuvo trabajando con el Dr Varela, en el Despacho, no manejaban ningún grupo de WhatsApp para estar comunicándose? CONTESTÓ: No señor, en el momento no había grupo de WhatsApp, solo era de pronto las llamadas, pero el día de las capacitaciones, a penas entrábamos a clase de una vez se apagaban los celulares. PRUNTADA: ¿Es decir que no había comunicación directamente con sus compañeros? CONTESTÓ: No, porque estábamos en clase y era apagado totalmente el celular. PREGUNTADA: ¿Usted sabe si con ocasión de la comisión, le fueron cancelados viáticos al señor Fernando Varela? CONTESTÓ: Si señora, todos los viáticos a él se le pagaron, él estaba en la misma resolución de la comisión donde aparezco yo y los viáticos del señor Varela se cancelaron sin ninguna novedad. PREGUNTADA: ¿Posteriormente? CONTESTÓ: Si señora, ahí no nos pagan viáticos antes, los pagan después. PREGUNTADA: ¿Usted pudo advertir esa situación debido a su cargo? CONTESTÓ: Pues se nos hizo muy raro, pero los viáticos tenían que pagárselos, diría yo, porque no fue revocada la Resolución, él estaba en la comisión, estábamos ambos en la comisión. PREGUNTADA: ¿Por qué supo usted que sí se los cancelaron? CONTESTÓ: Doctora porque yo trabajo en la oficina de presupuesto y en ese momento por mis manos pasaban esas cuentas. PREGUNTADA: ¿Usted lleva 27 años en el mismo cargo? CONTESTÓ: Serían más o menos 18 años. PREGUNTADA: ¿Desde que entró el Dr. Fernando Varela usted estuvo teniéndolo como superior? CONTESTÓ: Si señora. PREGUNTADA: ¿Tuvo conocimiento de alguna queja en relación con su desempeño o que se le estuviera siguiendo algún proceso? CONTESTÓ: No doctora para nada, el Dr. Varela, no porque esté aquí presente, fue un excelente jefe y sabía muy bien del tema de lo que se trataba la oficina de presupuesto”.

- **Declaración de parte**

- Se recepcionó la declaración del señor **FERNANDO VARELA SÁNCHEZ**, quien a las preguntas formuladas contestó:

*“PREGUNTADO: Infórmele al Despacho, durante el año 2017, qué cargo usted ocupaba  
CONTESTÓ: En el año 2017 me desempeñaba en el cargo de Director de Presupuesto  
de la Alcaldía Municipal, dependiendo de la Secretaría de Hacienda. PREGUNTADO:  
De acuerdo a los hechos probados en este proceso, es cierto que durante los días 9 y  
10 de noviembre de 2017, se encontraba en una comisión en la ciudad de Bogotá.  
CONTESTÓ: Si doctor efectivamente fui comisionado para asistir a la capacitación el  
día 9 y 10 a F&C Consultores en el tema de clave para un adecuado cierre presupuestal  
2017. PREGUNTADO: Informe al Despacho quién ordenó que asistiera a esa comisión.  
CONTESTÓ: La comisión fue autorizada por el doctor Juan Vicente Espinosa Reyes,  
jefe inmediato Secretario de Hacienda y aprobado por el Alcalde Municipal del momento.  
PREGUNTADO: ¿Durante esos días 9 y 10 de noviembre de 2017, nunca se comunicó  
con algún superior suyo? CONTESTÓ: No señor, con ningún superior. PREGUNTADO:  
Infórmele al Despacho cuando volvió a retomar a la Oficina de presupuesto, ¿de qué se  
enteró? CONTESTÓ: Yo llegué, como lo decía ahora Yolanda, el día 14 de noviembre,  
me gusta llegar temprano, abrí a la oficina y vi la correspondencia y vi que un documento  
estaba para mí. PREGUNTADO: ¿Quién estaba en su cargo en ese momento?  
CONTESTÓ: No sabía en ese momento quién estaba en el cargo, pero creo que era la  
Dra. Angelica, no sé si ya estaba o no estaba legalmente ahí”.*

- Se recepcionó la declaración de la señora **ANGÉLICA MARÍA MORALES RUBIO**, tercero con interés en las resultas del proceso quien ocupó el cargo de Directora de Presupuesto del municipio de Ibagué entre el 09 de noviembre de 2017 y el 08 de enero de 2019, quien a las preguntas formuladas contestó:

*“PREGUNTADA: ¿Podría informar al Despacho, en el año 2017 dónde se encontraba  
laborando o qué cargos ocupó? CONTESTÓ: En el 2017 estuve ejerciendo el cargo de  
Directora del Grupo de Rentas y a partir del 08 de noviembre de 2017 estuve como  
Directora del Grupo de Presupuesto, si no me equivoco fue el 09 de noviembre de 2017  
que me nombraron como Directora de Presupuesto. PREGUNTADA: ¿Previo a ese  
nombramiento le comunicaron que iba a ser Directora de Presupuesto? CONTESTÓ:  
No, en ese momento se hicieron cargos en la Alcaldía y a mí me informaron ese día que  
iba para la Dirección de Presupuesto. PREGUNTADA: ¿Cuando se posesionó en el  
cargo de Directora de presupuesto, tuvo alguna comunicación con la persona que  
anteriormente ejercía ese cargo? CONTESTÓ: No. PREGUNTADA: ¿No se hizo algún  
acta de entrega? CONTESTÓ: Posterior ya al nombramiento, se hace una entrega del  
cargo por parte del funcionario que estaba anteriormente, ante los entes de control y se  
hace un empalme con mi persona para lo correspondiente. PREGUNTADA: ¿Tiene  
algún conocimiento, de si algún superior suyo en ese momento, le había manifestado a  
la persona que antes ejercía ese cargo, que se iba a sustituir? CONTESTÓ: No,  
realmente eso ya es competencia de la Secretaría Administrativa cuando hace esos  
nombramientos, ellos son los que informan, yo no tengo conocimiento si al Dr. Varela le  
informaron o no con anterioridad”.*

## 7. Caso concreto.

El fondo del asunto consiste en determinar, si el acto administrativo contenido en el Decreto No. 1000-1009 del 09 de noviembre de 2017, mediante el cual, se declaró insubsistente el nombramiento del señor FERNANDO VARELA SÁNCHEZ en el cargo de Director, Código 009, Grado 17 adscrito a la Secretaría de Hacienda, Grupo de

Presupuesto del municipio de Ibagué, se encuentra viciado de nulidad por 1) infracción de las normas en que debía fundarse; 2) falsa motivación; y 3) desviación de poder.

En consecuencia, pasa el Despacho a analizar cada uno de los cargos de nulidad invocados por la parte demandante para determinar, si en efecto el acto administrativo demandado se encuentra viciado de nulidad o si por el contrario se encuentra ajustado a derecho.

### **1) Infracción de las normas en que debía fundarse.**

Sea lo primero indicar que cuando se predica como causal de anulación del acto administrativo, su expedición con violación directa de la Ley, ésta se configura cuando la decisión que toma la administración y se plasma en el acto administrativo objeto de debate, es violatoria de esta o de la Constitución.

En relación con el referido cargo de violación, argumenta la parte demandante que el acto administrativo demandado resulta violatorio del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, por cuanto, fue notificado al aquí demandante cuando ya había empezado a regir la restricción de modificación de la nómina de las Entidades Territoriales a que hace referencia la norma en cita, la cual, conforme al calendario electoral, comenzó a regir a partir del 11 de noviembre de 2017.

La referida disposición, cuya violación se alega en el presente asunto, dispone:

*“Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:*

*(...)*

*Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.*

*Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.*

*No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.*

***La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa***". (Se destaca)

La referida disposición normativa, fue objeto de estudio de constitucionalidad por parte de la H. Corte Constitucional, quien mediante Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005 con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, dispuso:

"(...)

*b. Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos (...) La Sala observa que todas las limitaciones previstas en el artículo 38 están claramente encaminadas a garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución, en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones. En esa medida, en términos generales, el artículo 38 no contraría disposición alguna de la Carta, sino que la desarrolla. (...) Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.*

*Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del parágrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.*

*En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.*

*Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos. Por tanto, el inciso cuarto del parágrafo del artículo 38 será declarado exequible*

"(...)"

Ahora bien, en relación con la aplicación de dicha disposición normativa a los empleos de libre nombramiento y remoción, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia de fecha 11 de noviembre de 2010, se pronunció bajo el siguiente tenor literal:

*“En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral<sup>5</sup>, este precedente se ratifica ahora<sup>6</sup>, bajo la consideración de que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, podría ser burlada, si es que se acude al expediente de sustituir empleados de libre nombramiento y remoción, para reemplazarlos por otros, pues la importancia y número de estos cargos, constituiría una posibilidad de eludir los fines de la norma, en particular si se considera que los demás empleados están protegidos por la estabilidad que es propia del régimen de carrera, por lo que la vulnerabilidad en etapas de agitación electoral recae con énfasis en los servidores de libre nombramiento y remoción.*

(...)

*Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral que la misma ley pretende evitar<sup>7</sup>.*

El referido pronunciamiento fue reiterado por dicha corporación, mediante sentencia de fecha 12 de abril de 2012 con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, así:

*“(…) La disposición en cita prohíbe expresamente a sus destinatarios hacer vinculaciones en las nóminas durante los cuatro meses anteriores a “las elecciones a cargos de elección popular”, con lo cual está ordenando a las autoridades territoriales que en los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales, de Congreso de la República, d Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, no pueden hacer modificaciones en la nómina del respectivo organismo o entidad territorial, salvo las excepciones consagradas: a) la aplicación de la carrera administrativa, y b) cuando en la nómina se produzcan vacantes por “muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada”, es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo 41 de la ley 904 de 2004.*

**La interdicción para hacer nombramientos comprende absolutamente todos los certámenes comiciales celebrados en Colombia y se extiende a los empleos de libre nombramiento y remoción, como lo ha venido sosteniendo la Sala,** pues a pesar de que la reelección presidencial fue el motor de la expedición de la ley de garantías electorales, la finalidad del legislador fue depurar los procesos electorales, introduciendo principios de ética política, motivo por el cual su aplicación extensiva a todos los procesos electorales “favorece la

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, Sentencia 18 de octubre de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00420-02(00420), Actor: Dohor Edwin Varón Vivas, Demandado: Gobernador del Departamento del Tolima, Anuló una designación.

<sup>6</sup> En el mismo sentido puede citarse la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, consejera ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, Sentencia de 10 de mayo de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00419-01(0419)

<sup>7</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección B de fecha 11 de noviembre de 2010; CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Rad. 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10)

*democracia, en la medida en que introduce transparencia en los certámenes comiciales alejando estrategias, conductas y costumbres que conspiran contra la pureza del sufragio (...)*”.

De lo anterior es posible colegir, que de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, las nóminas de los respectivos entes territoriales, como es el caso del municipio de Ibagué, no puede ser modificada dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, prohibición que cubija en igual medida a los empleos de libre nombramiento y remoción.

Descendiendo al caso concreto, se encuentran acreditados los siguientes supuestos fácticos:

1. Que mediante **Decreto No. 1-0013 del 03 de enero de 2012**, el Alcalde Municipal de Ibagué nombró al señor Fernando Varela Sánchez en el cargo de Director, Código 009, Grado 17 adscrito a la Secretaría de Hacienda- Grupo de Presupuesto.
2. Que mediante **Resolución No. 0349 del 07 de noviembre de 2017**, el Secretario de Hacienda del municipio de Ibagué, concedió comisión de servicios al señor Fernando Varela Sánchez para asistir a la capacitación “Claves para un adecuado cierre presupuestal”, la cual, se llevaría a cabo en la ciudad de Bogotá D.C., durante los días 09 y 10 de noviembre de 2017.
3. Que mediante Decreto No. **1000-1009 del 08 de noviembre de 2017**, el Alcalde del municipio de Ibagué, declaró insubsistente el nombramiento del señor Fernando Varela Sánchez, en el cargo de Director, Código 009, Grado 17 adscrito a la Secretaría de Hacienda- Grupo de Presupuesto.
4. Que mediante memorando No. **1041-054687 del 09 de noviembre de 2017**, se comunica al señor Fernando Varela Sánchez que mediante Decreto No. 1000-1009 del 08 de noviembre de 2017, fue declarado insubsistente en el cargo que venía ocupando.
5. Que el Decreto No. **1000-1009 del 08 de noviembre de 2017**, se notificó personalmente al señor Fernando Varela Sánchez, el día 14 de noviembre de 2017.
6. Que las elecciones para Congreso de la República se realizaron el día **11 de marzo de 2018**, de conformidad con lo establecido en el calendario electoral adoptado por la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante Resolución No. 2201 del 04 de marzo de 2017.

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, las autoridades territoriales en los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales, de Congreso de la República, de Asambleas y Consejos, de Gobernadores y de Alcaldes, no pueden hacer modificaciones en la nómina del respectivo organismo o entidad territorial, salvo que se trate de la aplicación de la

carrera administrativa, o cuando la vacante se produzca por muerte o renuncia irrevocable al cargo.

La referida prohibición para hacer modificaciones a la nómina, comprende absolutamente todos los tipos de empleos públicos, es decir, que se extiende a los empleos de libre nombramiento y remoción, por cuanto, dada su importancia, el nivel de dirección, manejo y confianza y el alto número de cargos, resultan en ocasiones más atractivos para los intereses clientelistas en etapas de agitación electoral.

Bajo este contexto encuentra el Despacho, que el señor FERNANDO VARELA SÁNCHEZ ocupaba el cargo de Director, Código 009, Grado 17 adscrito a la Secretaría de Hacienda- Grupo de Presupuesto, el cual, por ser un cargo de dirección, confianza y manejo se encuentra catalogado como un empleo de libre nombramiento y remoción en la Planta de Empleos del municipio de Ibagué.

Para el caso concreto, tenemos que la elección de Congresistas, para el periodo constitucional 2018-2022, se efectuó el día 11 de marzo de 2018, de tal manera que la nómina de la Entidad demandada no podía ser modificada a partir del 11 de noviembre de 2017 (4 meses anteriores).

Así, se tiene que el **Decreto No. 1000-1009 del 09 de noviembre de 2017**, mediante el cual el Alcalde Municipal de Ibagué, declaró insubsistente el nombramiento del señor FERNANDO VARELA SÁNCHEZ en el cargo de Director, Código 009, Grado 17 adscrito a la Secretaría de Hacienda- Grupo de Presupuesto, fue proferido cuando aún no había iniciado la restricción consagrada en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 1995.

Entonces, lo primero que se concluye es que el acto administrativo fue proferido antes de la entrada en vigencia de la restricción consagrada en la Ley de garantías electorales.

En lo que atañe a la eficacia del referido acto administrativo, se ha de señalar lo siguiente:

*“De conformidad con la abundante y decantada jurisprudencia de la Corporación, bien es sabido, que aunque el acto administrativo nazca a la vida jurídica habiendo cumplido los requisitos de validez, tales como su conformidad con el ordenamiento jurídico superior y con las normas sustanciales especiales, su emisión por el órgano competente y con la observancia del procedimiento correspondiente; **ello no significa que goce de eficacia, pues un acto administrativo es eficaz, en la medida en que cumpla con la formalidad posterior a su nacimiento para poderlo hacer efectivo. Tal aptitud surge no solo de su presunción de legalidad, sino además de su publicidad y de su firmeza, elementos a través de los cuales adquiere potencialidad. Concretamente, la publicidad del acto administrativo, se erige como principio rector de carácter constitucional de las actuaciones administrativas; por manera, que se constituye en obligación de la Administración ponerlo en conocimiento de sus destinatarios, con el fin de que no solo se enteren de su contenido y lo observen, sino que además, puedan impugnarlo a través de los recursos y acciones correspondientes. Existen formas varias formas de publicidad del acto administrativo tales como la comunicación, cuando se trata de dar a conocer las decisiones o respuestas que pongan fin a la actuación***

*administrativa iniciada por petición en interés general; la publicación, para dar a conocer los actos administrativos generales o la decisión particular a terceros indeterminados no intervinientes en la decisión administrativa, cuando los pueda afectar en forma directa e inmediata; la ejecución, cuando se trata de decisiones que requieran cumplimiento inmediato*<sup>8</sup>.

El Consejo de Estado además ha dicho lo siguiente:

*“En lo que corresponde a la falta de notificación del acto administrativo de insubsistencia, dirá la Sala que al ser el deber de la administración simplemente enterar al funcionario que ha sido retirado del servicio por cuanto ya fue nombrada la persona que integró la lista de elegibles para el cargo, lo procedente es la simple comunicación del acto y en el presente caso, según lo manifestó la petente en la demanda de tutela, dicho acto le fue comunicado el 26 de abril de 2012. En ese orden de ideas, cabe concluir que en el presente asunto no existe la vulneración de los derechos al debido proceso e igualdad alegados*<sup>9</sup>”.

De esta manera, destaca el despacho que el acto administrativo por el que se declaró insubsistente el nombramiento del actor se pretendió **comunicar** a éste mediante oficio adiado 09 de noviembre y radicado en la dependencia correspondiente el 10 de noviembre de 2017, fecha en la cual se encontraba disfrutando de comisión fuera de la ciudad de Ibagué, por lo que mal se entendería que aquel tuvo la posibilidad real y material de acceder al oficio de comunicación de manera personal en dicha fecha.

Mírese al efecto que el empleado público se encontraba dentro de una de las situaciones administrativas previstas en el Decreto 1083 de 2015, así:

**“ARTÍCULO 2.2.5.5.1 Situaciones administrativas.** El empleado público **durante su relación legal y reglamentaria** se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas:

1. **En servicio activo.**
2. *En licencia.*
3. *En permiso.*
4. **En comisión.**
5. *En ejercicio de funciones de otro empleo por encargo.*
6. *Suspendido o separado en el ejercicio de sus funciones.*
7. *En periodo de prueba en empleos de carrera.*

---

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, veintiuno (21) de noviembre de dos mil once (2011). Radicación número: 44001-23-31-000-2002-00728-01(0592-05)

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, dieciséis (16) de octubre de dos mil doce (2012), Radicación número: 47001-23-31-000-2012-00413-01(AC)

8. *En vacaciones.*

9. *Descanso compensado*

(...)

**ARTÍCULO 2.2.5.5.21 Comisión.** *El empleado se encuentra en comisión cuando cumple misiones, adelanta estudios, atiende determinadas actividades especiales en sede diferente a la habitual o desempeña otro empleo, previa autorización del jefe del organismo. La comisión puede otorgarse al interior del país o al exterior”.*

La comisión de servicios es definida como la situación administrativa en virtud de la cual se ejercen temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o se atienden transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular; no genera vacancia del empleo; puede dar lugar al pago de viáticos y gastos de transporte, de acuerdo con la comisión y el comisionado tiene derecho a la remuneración del cargo del cual es titular.

De acuerdo con lo anterior, para el despacho no es de recibo la aseveración que se hace en la contestación de la demanda en la que se sostiene que el accionante se encontraba en la obligación de estar atento a las funciones y deberes propios de su cargo durante el término de la comisión, y además al desempeño propio de las actividades en virtud de las cuales se otorgó la comisión, como si se encontrara en la plenitud del servicio activo, lo que no sólo constituye una imposibilidad física sino que desdice de los términos propios de la normatividad en comento, toda vez que su consagración obedece precisamente a la necesidad de regular la situación del servidor que para desempeñar actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular, debe disfrutar de una comisión. De ahí que se diferencie del servicio activo como situación administrativa.

En el caso concreto entonces, una vez revisado el material probatorio allegado a la actuación, encuentra este Despacho, que durante los días 09 y 10 de noviembre de 2017 el señor Fernando Varela Sánchez se encontraba en comisión de servicios en la ciudad de Bogotá D.C., participando en la capacitación “*Claves para un adecuado cierre presupuesta*”, por lo cual, en dichas fechas -09 y 10 de noviembre de 2017-, era materialmente imposible realizar la comunicación del acto administrativo contenido en el **Decreto No. 1000-1009 del 08 de noviembre de 2017**, mediante el cual, se declaró insubsistente el nombramiento del doctor Varela Sánchez, en la forma en la que se realizó por la parte accionada, esto es, por medio de Oficio radicado en su despacho el 10 de noviembre del año 2017.

Ahora bien, como quiera que los días 11 (sábado), 12 (domingo) y 13 (lunes festivo-independencia de Cartagena) de noviembre de 2017 eran días inhábiles, la comunicación del acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del Dr. Fernando Varela Sánchez, solo pudo llevarse a cabo el día **14 de noviembre de 2017**, esto es, cuando ya había entrado en vigencia la restricción consagrada en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Entonces, el acto administrativo demandado existiendo y siendo válido, no cobró eficacia frente a su destinatario, Dr. FERNANDO VARELA SÁNCHEZ sino a partir del 14 de noviembre del año 2017, no antes.

Sin embargo, en criterio del despacho, ello no contradice lo previsto en la Ley 996 de 2005, pues el **ejercicio de la facultad nominadora** se llevó a cabo cuando aún no iniciaba el término contemplado en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Nótese entonces que la prohibición de afectar o modificar la nómina contenida en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005 comporta en principio la suspensión temporal de la facultad que tiene la autoridad pública nominadora para realizar nuevas vinculaciones o desvincular a los actuales servidores. Asimismo, implica que no se pueden crear nuevos cargos.

De esta forma, la suspensión de la facultad operó en el caso concreto desde el 11 de noviembre de 2017 y no antes. Así, la comunicación de la decisión contenida en el acto administrativo demandado se constituye, se reitera, en requisito para su oponibilidad y obligatoriedad sin que incida en la validez misma del acto.

Entonces, en criterio del despacho, la administración podía, como en efecto lo hizo, expedir el **Decreto No. 1000-1009 el día 09 de noviembre de 2017**, solamente que su obligatoriedad y oponibilidad al directo interesado, señor FERNANDO VARELA SÁNCHEZ, solamente tendría lugar a partir del 14 de noviembre de 2017.

Mírese que en todo caso, a raíz de la comisión concedida, la comunicación no podía haberse realizado, como equivocadamente se pretendió, en data 10 de noviembre de 2017, sino apenas el 14 de noviembre de 2017, como lo depreca el demandante, pero sin las consecuencias que aquel reclama.

De esta manera, se impone para el despacho mantener la legalidad del acto acusado.

## **2) Falsa de motivación y desviación de poder del acto administrativo demandado**

En lo que atañe a la **falsa motivación** expone la parte accionante, que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento NO se produjo en beneficio del buen servicio. El sustento de la misma concierne medularmente a la comparación de las hojas de vida de accionante y del tercero con interés,

Al respecto empieza el despacho por indicar que existe concordancia entre las partes respecto a la naturaleza del cargo y a que tanto el accionante como quien le sucedió en el cargo ostentaban los requisitos mínimos para su ejercicio.

Es así como revisada la prueba documental se evidencia que la señora Angélica María Morales Rubio cuenta con una Especialización en Gerencia Estratégica y se trata de una profesional en Administración Financiera.

El accionante a su turno es Contador Público especialista en Finanzas Públicas, con amplia experiencia en el sector público

En este punto es necesario destacar que la provisión de estos cargos omitiendo todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos tiene sustento en que el factor determinante en la para ello es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional y es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2.º, contempla la facultad discrecional de remover a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, como ya se explicó aunque la remoción de empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad. En otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.

Por su parte, el artículo 44 del CPACA señala 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.

Adentrados entonces a lo probado en el proceso, **se debe señalar que la presunción de mejoramiento del servicio no fue desvirtuada por la parte demandante**, pues en concordancia con lo que se ha dicho, la buena gestión del demandante no desdice de las aptitudes de quien fue nombrada en su reemplazo, menos aún cuando tampoco se arrimó material probatorio alguno que indique que se desmejoró el servicio o que la nombrada en reemplazo no cumpliera con los requisitos mínimos exigidos.

Es necesario en este ítem relieves que la presunción de mejoramiento del servicio que opera sobre el acto de insubsistencia *debe ser entendida en un contexto amplio que abarque el análisis de las competencias, experiencia, estudios y habilidades de los funcionarios saliente y entrante, **como también las relaciones de confianza** del nombrado en reemplazo con el nominador, cuestión última que resulta esencial para el buen desempeño y manejo de la administración pública*<sup>10</sup>.

Por lo anterior no basta con una simple comparación de hojas de vida pues conforme se inició el análisis del cargo de anulación, los dos nombrados cumplían con los requisitos mínimos para desempeñarse en el cargo de Director. Tampoco basta con demostrar la inexistencia de llamados de atención y buen desempeño para desvirtuar la presunción en comento.

En lo que respecta a la **desviación de poder** se achaca a que el acto administrativo no contiene motivación alguna, reclamando la explicación de los motivos que mejoran el servicio con la declaración de insubsistencia o con el nuevo nombramiento.

---

<sup>10</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16)

Sobre la desviación de poder, se ha dicho que se configura cuando quien ejerce función administrativa expide un acto de dicha naturaleza que, si bien puede ajustarse a las competencias de que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión.

En lo que atañe a la desviación de poder considera el Despacho oportuno, traer a colación lo indicado por el H. Consejo de Estado al respecto:

“El debate se orienta a definir sobre la estabilidad del demandante frente al ejercicio de la facultad discrecional del nominador, tratándose de un empleo al que las normas asignan el carácter de libre nombramiento y remoción, y a verificar en materia probatoria, la existencia de desviación del poder en el funcionario que declaró la insubsistencia. De acuerdo con el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, la declaratoria de insubsistencia del demandante por ser discrecional, no requería de motivación explícita en su texto; ni el actor se encontraba amparado por fuero alguno de estabilidad. Debe tenerse en cuenta, cuando se pretenda un debate judicial en torno a la violación del artículo 36 del C.C.A. por el ejercicio de la facultad discrecional, que el acto administrativo goza de presunción de legalidad y que ella, como todas las presunciones, constituye una excepción al principio del derecho procesal que asigna a quien alega un hecho, la carga de su prueba. **Para el caso presente, el hecho presumido es que la motivación de la insubsistencia, se orientó por razones del buen servicio y debe el demandante -que considere que ello no ha ocurrido-, demostrar en el proceso, con suficiencia, que la verdadera motivación del acto discrecional obedeció a razones ajenas y diferentes al buen servicio, que por ser tales, constituyen una desviación del poder que la ley otorga la funcionario nominador.** Ahora bien, para que la desviación del poder pueda entenderse acreditada como vicio del acto de insubsistencia discrecional, tratándose de un empleado que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, debe soportarse en pruebas pertinentes y suficientes, con la contundencia necesaria para que no quede duda de que la motivación del acto fue diferente al buen servicio; o de que el cambio de empleado generó o generará -con certeza-, una desmejora del servicio público. Solo así se puede aceptar -causal o consecencialmente-, que ocurrió una desviación del poder del nominador, situación que no es la del presente proceso”.

También ha señalado el órgano de cierre:

*«[...] A su turno, la desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un*

*sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse”<sup>11</sup>.*

De esta manera *“la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observa”<sup>12</sup>.*

Para desvirtuar dicha presunción, es a la parte demandante a quien le corresponde allegar todos los elementos probatorios tendientes a acreditar que la medida adoptada no tuvo las finalidades anotadas como lo invoca en la demanda. En este sentido, es indispensable que con pruebas así lo demuestre, en cumplimiento de la carga procesal señalada en el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*

En el plenario no existe prueba alguna que demuestre una finalidad distinta a la mencionada en el acto, pues no puede el despacho deducir -sin otro fundamento más que la fecha de expedición del acto y el dicho del demandante-, que la premura con la que se desvinculó al demandante y correlativamente se nombró a quien pasó a ocupar el cargo de Director Código 009 grado 17 adscrito a la Secretaría de Hacienda -Grupo de Presupuesto, haya tenido que ver con la entrada en vigencia de la ley de garantías electorales con miras a los comicios que se realizarían en el mes de marzo del año 2018.

En conclusión, con la declaratoria de insubsistencia efectuada mediante Resolución 1000-1009 del 09 de noviembre de 2017, no se demostró la existencia de fines distintos al mejoramiento del servicio, por ende, no se puede predicar desviación de poder ni la falsa motivación alegadas.

## **COSTAS**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala los parámetros para su fijación.

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009), Actor: Silvio Elías Murillo Moreno.

<sup>12</sup> ídem

Así las cosas, se condenará en costas de primera instancia a la PARTE DEMANDANTE, siempre y cuando se hubieren causado y en la medida de su comprobación; incluyendo en la liquidación el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a favor del ente demandado.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** NEGAR las pretensiones de la demanda, interpuesta por el señor FERNANDO VARELA SÁNCHEZ en contra del MUNICIPIO DE IBAGUÉ, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Condenar en costas a la parte demandante por las razones expuestas con antelación, incluyéndose como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, a favor de la demandada. Por Secretaría, liquídense.

**TERCERO:** ORDÉNASE la devolución de los remanentes que por gastos del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previas las constancias de rigor y anotaciones en el Sistema Informático Justicia Siglo XXI.

**QUINTO:** RECONOCER personería jurídica al abogado MILTON FLORIDO CUELLAR identificado con C.C.No. 93.388.472 y T.P No. 112.523 para que represente los intereses de la parte demandante conforme al poder conferido por el demandante, visto en documento No. 025 del expediente digitalizado.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**



**SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO**  
**JUEZA**