



---

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A**

**CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá, D.C. tres (3) de octubre de dos mil veintidós (2022)

**Referencia:** Nulidad y restablecimiento del derecho.  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01 (1192-2021)  
**Demandante:** MONICA BERNAL VANEGAS  
**Demandado:** INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA  
EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN- ICFES

**Tema:** Declaración de insubsistencia de nombramiento de servidor de libre nombramiento y remoción.

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA. Ley 1437 de 2011**

---

**I. ASUNTO**

La Sección Segunda, Subsección A decide el recurso de apelación interpuesto por la señora MONICA BERNAL VANEGAS contra la sentencia de 20 de febrero de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda de la referencia.



**II. ANTECEDENTES.**

**2.1. Pretensiones**

2.1.1. Se declare la nulidad de la Resolución 000626 del 12 de septiembre de 2014 expedida por la Directora General (e) del INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN- ICFES, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora MONICA BERNAL VANEGAS como Subdirector de Área Grado 02 de la Subdirección de Talento Humano de la entidad.

2.1.2. A título de restablecimiento del derecho se ordene:

- a) Reintegrar a la demandante al cargo de Subdirector de Área Grado 02 de la Subdirección de Talento Humano del ICFES.



- b) Reconocer y pagar los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que fue retirada del servicio hasta la fecha efectiva en que sea reintegrada al cargo.
- c) Reconocer y pagar el ajuste de valor conforme al IPC, tal como lo ordena el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
- d) Cumplir el fallo dentro del término de 30 días y pagar los intereses de mora a que se refiere el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

## **2.2. Hechos.**

En la demanda<sup>1</sup> se narraron los hechos relevantes que a continuación se resumen:

2.2.1 La señora MONICA BERNAL VANEGAS, previa participación en un proceso meritocrático de selección fue nombrada mediante Resolución 00647 del 27 de noviembre de 2013 en el cargo de Subdirector de Área, Grado 02 de la Subdirección de Talento Humano del ICFES, tomando posesión el día 2 de diciembre del mismo año como consta en acta 176.



2.2.2 El día 2 de enero de 2014 fue nombrado como Director del ICFES el Dr. Fernando Niño Ruiz y en ese mismo mes ingresaron los doctores Carlos Javier Rodríguez como Secretario General y Mauricio Murillo como Director de Tecnología.

2.2.3 Los doctores Rodríguez y Murillo junto con la demandante, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el Jefe de Planeación y una abogada contratista fueron los directivos con mayor cercanía al Director General y consolidaron un eficaz equipo de trabajo.

2.2.4 Mediante Resolución 390 del 24 de junio de 2014, el Dr. Fernando Niño declaró insubsistente al Director de Evaluación Dr. Julián Mariño.

2.2.5 El 3 de julio de 2014 se declaró insubsistente al Dr. Fernando

<sup>1</sup> Folios 3 al 21 del expediente.



---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

Niño como Director General y se encargó a la Viceministra de Educación Dra. Patricia del Pilar Martínez Barrios, quien tomó posesión el 4 de julio del mismo año.

2.2.6 El mismo 4 de julio la Viceministra citó a los funcionarios de nivel directivo para informar su encargo y asistió a dicha reunión el Dr. Julián Mariño quien ya no tenía vínculo laboral con el ICFES. El Dr. Mariño continuó asistiendo a varios comités y reuniones con posterioridad dando instrucciones a los altos directivos y tratando irrespetuosamente a los asistentes.

2.2.7 El Dr. Mariño fue vinculado nuevamente al cargo de Director de Evaluación mediante Resolución 00487 del 14 de julio de 2014 tomando posesión del cargo al día siguiente.

2.2.8 Mediante Resoluciones 10954 y 10955 del 11 de julio de 2014 expedidas por el Ministerio de Educación Nacional se confirió comisión de servicios a los doctores María de la Paz Mendoza y Carlos David Rocha para apoyar la gestión de la viceministra encargada de la Dirección General del ICFES.



2.2.9 Desde el ingreso de la Viceministra de Educación Superior dichos asesores impartieron órdenes a la actora relacionadas con los procesos de selección de personal con la instrucción clara y precisa de no rendirle ningún informe al jefe inmediato, es decir, al Secretario General, situación que fue angustiante para la señora BERNAL VANEGAS.

2.2.10 La Viceministra de Educación Superior durante el período de encargo que duró un mes y quince días sólo asistió al ICFES unas cinco veces aproximadamente, razón por la cual quienes daban las ordenes eran los asesores comisionados. El trato déspota de los asesores de la viceministra deterioro el ambiente laboral en el instituto.

2.2.11 La Asesora María Paz Mendoza le ordenó a la demandante efectuar un contrato de \$35.000.000 para realizar las pruebas psicotécnicas para los procesos de selección, especialmente para



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

el proceso del Director del ICFES, a pesar de que la señora BERNAL VANEGAS le informó que para el efecto existía un convenio que no generaba costo con el Departamento Administrativo de la Función Pública, DAFP. Sin embargo, el proceso de selección del Director no se hizo con la empresa contratada sino con el DAFP.

2.2.12 Mediante Decreto 1641 del 1 de septiembre de 2014 se aceptó la renuncia de la Dra. Martínez Barrios como Viceministra de Educación Superior, a partir del 15 de septiembre del mismo año, momento en el cual finalizó el encargo como Directora General del ICFES.

2.2.13 Mediante Resolución 00626 del 12 de septiembre de 2014, la viceministra encargada de la Dirección General del ICFES, tres días antes de terminar su gestión y a sabiendas de que la renuncia le había sido aceptada, declaró insubsistente el nombramiento de la demandante comunicándolo el mismo día y encargando a la Directora de la Oficina Jurídica de la entidad.



2.2.14 Mediante Resolución 00822 del 7 de noviembre de 2014 se modificó el manual de funciones y competencias laborales del cargo de Subdirector de Área Grado 02 de la Subdirección de Talento Humano del ICFES y se nombró en propiedad al Dr. German Vargas Guerrero a través de la Resolución 00837 del 20 de noviembre del mismo año.

2.2.15. El día 15 de enero de 2015 se expidió la Resolución 00056 por medio de la cual se aceptó la renuncia al Dr. German Vargas Guerrero como Subdirector de Área Grado 02 de la Subdirección de Talento Humano del ICFES.

### **2.3. Concepto de la violación.**

La apoderada de la demandante consideró como norma vulnerada el artículo 137 del CPACA.

Señaló como concepto de la violación la desviación de las atribuciones por parte de la Directora General (e) del ICFES al



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

proferir el acto administrativo de insubsistencia del nombramiento de la demandante configurándose la causal de “desviación del poder” consagrada en el artículo 137 del CPACA.

Sostuvo que el acto acusado está viciado de nulidad, por cuanto con su expedición no se mejoró el servicio porque (i) se ejerció la facultad discrecional del nominador encontrándose encargado en el cargo y a tres días de su retiro y (ii) el reemplazo del demandante se hizo a través de encargo sin que sea humanamente posible desempeñar ambos cargos con un óptimo rendimiento.

Adujo que la administración no puede alegar que por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción usó la facultad discrecional basada en la ausencia de confianza en la accionante, por cuanto resulta absurdo que faltando 3 días de gestión a la Directora encargada adoptara la decisión para mejorar el servicio, lo cual no ocurrió.

Además manifestó que, el nombramiento en propiedad del Subdirector de Talento Humano se tardó y se modificó previamente el manual de funciones del cargo para permitir que otros profesionales de la ingeniería o de administración pudieran acceder.



Afirmó que en el caso concreto se nombró en propiedad al Dr. Vargas Guerrero el 20 de noviembre de 2014, dos meses después del retiro de la demandante y la renuncia le fue aceptada el 15 de enero de 2015, por lo que se pregunta si se mejoró el servicio con el encargo de dos meses y el nombramiento por otros dos meses.

#### **2.4. Contestación de la demanda**

El **ICFES**, por medio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda<sup>2</sup>, con fundamento en los siguientes argumentos:

**Naturaleza jurídica del cargo de Subdirector de Área Grado 02 de la Subdirección de Talento Humano del ICFES.** Expuso que la

<sup>2</sup> Folios 109 al 129 del expediente.



---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

Directora (e) del ICFES en su condición de nominadora tenía la facultad discrecional para remover a la demandante del empleo y el hecho de que supiera hasta cuando estaría encargada no impide que ejecute sus funciones, pudiéndolo hacer hasta la fecha de retiro efectivo. Agregó que la remoción es discrecional y el acto administrativo no requiere de motivación.

**Presunto concurso meritocrático.** Preciso que en los antecedentes administrativos se encuentra un informe de verificación de competencias laborales en los que se deja constancia que la demandante cumple con las competencias para el desempeño del empleo y su perfil se ajusta al del cargo, razón por la cual no es cierto que se haya adelantado un proceso meritocrático para la selección como lo afirma la actora.

**De la figura del encargo.** Manifestó que el encargo es una figura que se encuentra prevista en la normatividad y no se puede tener como elemento estructural de desmejora del servicio como tampoco se puede cuestionar el que no se hubiere ratificado el nombramiento de la Dra. Martha Duarte, pues el encargo es de naturaleza temporal mientras se efectúa la vinculación en propiedad.



Además señaló que el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973 prevé no solamente la legalidad del encargo sino que aclara que el funcionario puede ser encargado desprendiéndose o no de las funciones del empleo del que es titular, quiere ello decir, que legalmente puede desempeñar dos cargos de manera simultánea.

En relación con **la desviación de poder al proferir el acto acusado** sostuvo que la demandante sólo realiza apreciaciones subjetivas y que de conformidad con la jurisprudencia le asiste la carga procesal de probar el vicio de nulidad sin que haya logrado desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo acusado.

Propuso las siguientes excepciones:

- **No se desvirtuó la presunción de legalidad del acto**





**acusado.** Afirmó que no hay ninguna evidencia de que la Resolución 00626 de 2014 haya sido expedida con algún vicio contemplado en el art. 137 del CPACA.

- **Inexistencia del derecho reclamado y omisión al deber de asumir la carga probatoria.** No se encuentra asidero probatorio de la causal de desviación de poder, carga que le impone la ley a la parte demandante. Expuso que gran parte de la argumentación de la demanda se refirió a los comportamientos de los asesores cuando el acto demandado no fue expedido por ninguno de ellos, y se omitió imputar cargos a quien sí era la nominadora.

## 2.5. Decisiones relevantes en la audiencia inicial<sup>3</sup>

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca indicó que las excepciones propuestas por la demandada no constituyen excepciones previas de las señaladas en el artículo 180 del CPACA o de las que se refiere el artículo 100 del CGP, no obstante serán consideradas como argumentos de la defensa que se resolverán al decidir el fondo del asunto.



**La decisión de excepciones no fue objeto de recurso por ninguna de las partes.**

El litigio fue fijado en los siguientes términos:

*« se contrae a determinar, si la Resolución No. 00626 de 12 de septiembre de 2014 , proferida por la Directora General encargada del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación- ICFES, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Mónica Bernal Vanegas en el cargo de Subdirectora de Área Grado 02 de la Subdirección de Talento Humano del ICFES, se encuentra incurso (sic) en algún vicio de ilegalidad que desvirtúe su presunción de legalidad, o si por el contrario, la actuación de la administración se encuentra ajustada a derecho »*

## 2.6. La sentencia apelada<sup>4</sup>

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de la sentencia de 20 de febrero de 2020 negó las pretensiones de la

<sup>3</sup> Folios 303 al 311 del expediente.

<sup>4</sup> Folios 439 al 450 del expediente.



---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

demanda con base en los argumentos que se resumen a continuación:

Consideró que las simples afirmaciones de los testigos no constituyen prueba para determinar que la Directora encargada de la entidad con la expedición del acto administrativo acusado incurrió en desviación de poder, pues es apenas lógico que haya tenido que delegar algunas de sus funciones para la buena marcha de la entidad. Por lo tanto, esta circunstancia no determina que las actuaciones desplegadas por los asesores haya incidido en la declaratoria de insubsistencia de la demandada, pues no obra prueba en el plenario de las irregularidades advertidas por la accionante.

Así las cosas, manifestó que no se encuentra acreditado que la Directora haya tomado la decisión de desvinculación por razones oscuras o alejadas a la transparencia administrativa siendo necesario en estos casos que la parte interesada ofrezca pruebas irrefutables de su dicho.



De otra parte, argumentó que la Directora encargada en su condición de nominadora tenía la facultad de remover a la accionante de su empleo, actuación que podía ejercer hasta el último día de su función, teniendo en cuenta que no existe límite para que los funcionarios en encargo ejerzan la facultad discrecional.

En relación con el argumento de la demandante sobre la desmejora del servicio por el encargo a la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del cargo de Subdirectora de Talento Humano, sostuvo que no obra prueba fehaciente de que algunos procesos quedaron paralizados y otros no se pudieron ejecutar, pues aunque la misma jefe de la oficina lo afirmó, no se allegaron pruebas sobre que así haya ocurrido.

Además, consideró que no le asiste razón a la jefe de la oficina cuando en su testimonio señaló que no pudo ejercer el cargo habida cuenta que no mediaba acta de posesión, debido a que la





jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que los funcionarios encargados no están obligados a posesionarse.

Por último, estimó que tampoco es válido el argumento de que el acto de retiro está viciado de nulidad porque para proveer el remplazo definitivo se modificó el manual de requisitos y funciones, pues dicha variación se presentó después de la desvinculación y no implica que sea el motivo para declarar la insubsistencia.

## **2.7. Recurso de apelación.**

La apoderada de la parte demandante apeló<sup>5</sup> la anterior decisión solicitando la revocatoria, con base en los argumentos que a continuación se resumen:

Presentó una síntesis de los cargos que fundamentan la causal de nulidad de desviación de poder señalando: (i) desmejoramiento del servicio, (ii) desavenencias del Director con el Ministerio de Educación por la desvinculación del Dr. Mariño, (iii) declaración de insubsistencia del Dr. Fernando Niño y (iv) cercanía laboral de la demandante con el Director Niño; y reiteró los argumentos presentados en la demanda.



En relación con la sentencia recurrida adujo dos razones de inconformidad: **(i) Indebida valoración de la prueba testimonial, y (ii) omisión de valorar la prueba indiciaria.**

Respecto de la primera, sostuvo que se hizo una indebida valoración de la prueba testimonial y se endilgó a la parte demandante unos cargos que la apoderada no planteó.

Afirmó que el testimonio de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica fue desechado porque no aportó prueba de lo dicho, sin embargo, la testigo no podía conocer de antemano el cuestionario que le sería formulado para poder prepararse y el aportar documentos es una posibilidad facultativa, que no quiere decir, que la declaración sea falsa.

<sup>5</sup> Folios 460 al 478 del expediente



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

Expresó que el *a quo* tampoco cotejó lo dicho por la testigo con la declaración rendida por la señora NATALIA ANDREA RIOS quien coincidió con lo afirmado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

Agregó adicionalmente, que el argumento que se aduce en el fallo de primera instancia consistente en que la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica no tenía la obligación de posesionarse no es un razonamiento lógico, toda vez que no existe norma que impida la posesión, pero además el hecho cierto es que las funciones que le fueron encargadas no fueron ejercidas.

**En cuanto a la omisión de valorar la prueba indiciaria** argumentó que en la sentencia se omitió valorar la prueba indiciaria en relación con los hechos expuestos en la demanda concernientes a que la desvinculación del Dr. Mariño provocó que el Ministerio de Educación Nacional declara insubsistente al Director Fernando Niño y la Viceministra encargada volvió a nombrarlo y trajo dos asesores que ejercieron todo tipo de atropellos administrativos y laborales.



Adicionalmente, sostuvo que se declaró la insubsistencia de varios directivos cercanos al Dr. Niño procediéndose a encargar a otros funcionarios y en el caso de la demandante se modificó el manual de funciones y solo dos meses después se nombró en propiedad.

De otro lado, expuso que se consideraron argumentos de anulación que no fueron planteados en la demanda como la sentencia los refiere (i) el cargo de nulidad del acto de retiro que se presenta por la modificación del manual de funciones fue sólo un hecho demostrativo de la desmejora del servicio, pero no fue presentado como cargo de anulación, (ii) se solicitó valorar la conducta de los asesores como hecho previo a la expedición del acto demandado, sin embargo en la sentencia sin ningún sustento legal o probatorio se afirmó que la Directora delegó varias de sus funciones en los asesores, pero sostuvo que en gracia de discusión, esto no cambia el hecho de que atropellaron y administraron a su antojo y (iii) no se presentó argumento relacionado con que la Directora por estar encargada tenía un límite para el ejercicio de la facultad



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

discrecional sino que el nominador removió a la demandante a sabiendas que estaba a 3 días de dejar el cargo, lo que hace que no se demuestre el buen servicio, no se alegó la falta de competencia.

Por último, en cuanto a la condena en costas manifestó que no es automática sino que se debe tener en cuenta factores como la mala fe o la temeridad y aunque la Sección Segunda modificó su criterio a uno objetivo valorativo, igualmente, es necesario que el juez revise si efectivamente se causaron, lo que requiere un estudio sustentado, por lo que solicita sean revocadas.

## **2.8. Alegatos de conclusión.**

**La apoderada del demandante**<sup>6</sup> solicitó la revocatoria del fallo proferido por el *a quo* reiterando las razones expuestas en el recurso de apelación.

**La entidad demandada**<sup>7</sup> solicitó sea confirmada la decisión del Tribunal, por cuanto no se logró demostrar la ilegalidad del acto.



**El Ministerio Público** guardó silencio.

## **III. CONSIDERACIONES**

### **3.1. Competencia**

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,<sup>8</sup> el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

---

<sup>6</sup> Índice 16 de SAMAI

<sup>7</sup> Índice 12 y 13 de SAMAI.

<sup>8</sup> El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales 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 por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.



### **3.2. Marco de análisis de la segunda instancia.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso<sup>9</sup>, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante.

### **3.3. Problema jurídico.**

De acuerdo con los argumentos presentados por la parte demandante en el recurso de apelación, esta Sala deberá determinar si la Resolución 000626 del 12 de septiembre de 2014 expedida por la Directora General (e) del INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN- ICFES, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora MONICA BERNAL VANEGAS como Subdirector de Área Grado 02 de la Subdirección de Talento Humano del ICFES, se encuentra viciada de nulidad por haberse expedido con desviación de poder.

Igualmente, deberá revisarse la procedencia de la condena en costas.

Con el anterior fin, deberá analizarse (i) el acto administrativo de insubsistencia del nombramiento en cargo de libre nombramiento y remoción, (ii) el caso concreto y (iii) la procedencia de la condena en costas.

### **3.3. Marco normativo y Jurisprudencial.**

#### **3.4.1 Acto administrativo de insubsistencia del nombramiento en cargo de libre nombramiento y remoción.**

El artículo 125 de la Constitución Política establece que por regla general los empleos en las entidades del Estado son de carrera, sin embargo, se exceptúan, entre otros, los de libre nombramiento y remoción.

---

<sup>9</sup> «Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley [...]».





**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

En desarrollo de este precepto, la Ley 909 de 2004 en su artículo 1º distingue los empleos públicos de la siguiente manera:

*Artículo 1.º. Objeto de la ley.*

*(...)*

*De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:*

- a) Empleos públicos de carrera;*
- b) **Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;***
- c) Empleos de período fijo;*
- d) Empleos temporales. “(Negrilla fuera de texto)*

A su vez en el artículo 5º determinó como criterios para identificar los cargos de libre nombramiento y remoción, (i) por razón de las funciones atribuidas al cargo, tales como las de dirección, conducción y orientación institucionales, y (ii) la especial confianza que implica su ejercicio.

Adicionalmente, respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción la ley permite al nominador disponer libremente de su provisión y remoción, toda vez que, se hace en ejercicio de la facultad discrecional y no requiere motivación<sup>10</sup>, así se establece en el literal a) y el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.



Empero, no quiere ello decir que por ser una facultad discrecional ésta no tenga que ejercerse observando unos límites, así lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sección al sostener:

*“En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional indicó que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado<sup>11</sup> 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> Ley 909 de 2004 Art 41 “PARÁGRAFO 2o. (...) La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”

<sup>11</sup> Sentencia T-372 de 2012 del 16 de mayo de 2012. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Referencia: expediente T-3.215.182.



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

*Asimismo, la Subsección ha sostenido<sup>12</sup> 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>13</sup> (Negrilla fuera de texto)*

Ahora bien, el hecho de que, el desempeño de un cargo de libre nombramiento y remoción no confiera “prerrogativa de permanencia”<sup>14</sup> o fuero de estabilidad al empleado que lo ocupa, y que por disposición de la ley, el nominador pueda ejercer la facultad discrecional de remoción sin motivar el acto y bajo la presunción legal de que se expide con el fin de mejorar el servicio público, obliga a que quien alegue su ilegalidad, tenga que desvirtuar la presunción aportando las pruebas.

### **3.5 Análisis del caso concreto.**

En el caso *sub lite* obran las siguientes pruebas:



#### **3.5.1. Pruebas obrantes en el expediente.**

##### **3.5.1.1 En relación con la vinculación laboral de la demandante.**

- Certificación del 15 de octubre de 2013<sup>15</sup> del Comité Técnico de Verificación de Competencias Laborales en la que se constata que la demandante cumple con las competencias requeridas para el desempeño del empleo y se ajusta al perfil del cargo.
- Informe de provisión del empleo de fecha 15 de octubre de 2013<sup>16</sup> suscrito por el Director de Evaluación, la Secretaria General y la Subdirectora de Talento Humano del ICFES, en el que se

<sup>12</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), M.P: William Hernández Gómez.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia 15 de noviembre de 2018, Expediente No. 05001-23-33-000-2013-01754-01 ( 4450-2015) M.P. William Hernández Gómez.

<sup>14</sup> Ver entre otras, sentencia de 23 de febrero de 2006, sección segunda, subsección A, expediente 25000-23-25-000-2002-01649-01 (7195-05), C. P. Jaime Moreno García; Sentencia 28 de octubre de 2021, Sección Segunda, Subsección B, expediente 25000-23-42-000-2015-03311-01(3373-19)

<sup>15</sup> Folio 21 del expediente.

<sup>16</sup> Folios 22 y 23 del expediente.





**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

concluye que la señora BERNAL VANEGAS posee las competencias laborales y las habilidades necesarias para desempeñar el empleo con base en sus puntajes promedio en la evaluación de competencias del 88% y la entrevista 4.7/ 5.0.

- Resolución No. 00647 del 27 de noviembre de 2013<sup>17</sup>, expedida por la Directora General del ICFES, por la cual se nombra a la señora MONICA BERNAL VANEGAS en el empleo de Subdirector de Área, Grado 02 de libre nombramiento y remoción adscrito a la Subdirección de Talento Humano del ICFES y acta de posesión 176<sup>18</sup> del 2 de diciembre de 2013.
- Resolución 000626 del 12 de septiembre de 2014<sup>19</sup> expedida por la Directora General del ICFES, por la cual se declara insubsistente el nombramiento de la señora MONICA BERNAL VANEGAS en el cargo de Subdirector de Área, Grado 02 de la Subdirección de Talento Humano de la planta del ICFES y se encarga a la señora Martha Isabel Duarte de Buchheim.
- Oficio del 12 de septiembre de 2014<sup>20</sup> en el que la Directora General del ICFES le comunica a la señora MONICA BERNAL VANEGAS la declaratoria de insubsistencia mediante Resolución 626 de 2014.



### **3.5.1.2 En relación con otros hechos de la demanda. Pruebas Documentales.**

- Resolución No. 000390 del 24 de junio de 2014<sup>21</sup> expedida por el Director General del ICFES a través de la cual se declara insubsistente el nombramiento del señor JULIAN MARIÑO como Director Técnico de la Dirección de Evaluación del ICFES.
- Decreto 1252 del 3 de julio de 2014<sup>22</sup> mediante el cual se declara insubsistente el nombramiento de FERNANDO NIÑO como

<sup>17</sup> Folio 24 del expediente

<sup>18</sup> Folio 25 del expediente.

<sup>19</sup> Folio 19 del expediente.

<sup>20</sup> Folio 18 del expediente.

<sup>21</sup> Folio 26 del expediente.

<sup>22</sup> Folio 27 del expediente.



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

Director General del ICFES y se encarga a la señora PATRICIA MARTINEZ BARRIOS, Viceministra de Educación Superior.

- Acta de posesión del 4 de julio de 2014<sup>23</sup> en la que consta que tomó posesión del cargo de Director General del ICFES la señora PATRICIA MARTINEZ BARRIOS, Viceministra de Educación Superior.
- Resolución No.000487 del 14 de julio de 2014<sup>24</sup> con la cual la Directora (e) del ICFES nombra al señor JULIAN MARIÑO como Director Técnico de la Dirección de Evaluación del ICFES.
- Resoluciones 10954 y 10955 del 11 de julio de 2014<sup>25</sup> expedidas por el Secretario General del Ministerio de Educación mediante las cuales se confiere una comisión de servicios a los señores MARIA DE LA PAZ MENDOZA y CARLOS ROCHA AVENDAÑO para brindar asesoría y acompañamiento a la Viceministra de Educación Superior mientras dura su encargo en el ICFES.
- Decreto 1641 del 1 de septiembre de 2014<sup>26</sup> por el cual se acepta la renuncia a la señora PATRICIA MARTINEZ BARRIOS al cargo de Viceministra de Educación Superior a partir del 15 de septiembre.
- Resolución No. 000822 del 7 de noviembre de 2014<sup>27</sup> expedida por la Directora General del ICFES, por la cual se modifica el Manual de funciones y Competencias laborales en el aparte que señala los requisitos de formación académica y experiencia establecidos para Subdirector de Área, Grado 02 de la Subdirección de Talento Humano ampliándolo a cualquier carrera de ingeniería o administración.
- Resolución No. 000837 del 20 de noviembre de 2014<sup>28</sup> expedida por la Directora General del ICFES, por la cual se nombra al



<sup>23</sup> Folio 28 del expediente.

<sup>24</sup> Folio 30 del expediente.

<sup>25</sup> Folios 31 y 32 y 35 y 36 del expediente.

<sup>26</sup> Folio 39 del expediente

<sup>27</sup> Folios 72 al 74 del expediente.

<sup>28</sup> Folio 75 del expediente.



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

señor GERMAN VARGAS GUERRERO en el cargo de Subdirector de Área, Grado 02 de la Subdirección de Talento Humano.

- Resolución No. 000056 de 15 de enero de 2015<sup>29</sup> expedida por la Directora General del ICFES, por la cual se acepta la renuncia al señor GERMAN VARGAS GUERRERO como Subdirector de Área Grado 02 de la Subdirección de Talento Humano.
- Acta de declaración extra proceso<sup>30</sup> de la señora NATHALIE ANDREA RIOS abogada de la Subdirección de Talento Humano mientras la demandante era la Subdirectora del área, en la que declaró que *“CUANDO SE FUE MONICA BERNAL EL INSTITUTO ESTUVO 10 DIAS SIN DIRECTOR GENERAL SIN SECRETARIO GENERAL, SIN SUBDIRECTOR HUMANO Y SIN DIRECTOR DE TECNOLOGIA, POSTERIORMENTE FUE ENCARGADA MARTHA DUARTE QUIEN DESEMPEÑA EL CARGO DE JEFE JURIDICA DEL ICFES. DURANTE TODO ESTE TIEMPO LAS ACTIVIDADES PLANEADAS EN LA SUBDIRECCION TALENTO HUMANO PRESENTARON DEMORAS Y LA MAYORÍA DE ELLAS NO SE PUDIERON LLEVAR ACABO, POR TANTO LA GESTION DE TALENTO HUMANO, ESTUVO MERMADA POR LA FALTA DE DIRECTRICES CLARAS Y CONCRETAS Y POR FALTA DE VOLUNTAD DE LA NUEVA ADMINISTRACIÓN.”*



### 3.5.1.3 Pruebas testimoniales.

**Adriana Moreno<sup>31</sup>. Profesional especializado Grado 04 de la Subdirección de Talento Humano, subalterna de la demandante.**

*PREGUNTADO: Le ruego informarle al Despacho lo que le conste acerca de si los asesores mencionados, [Carlos Rocha y María de la Paz] impartieron instrucciones sobre la imposibilidad de informarle al Secretario General del curso de los procesos de selección de empleados CONTESTÓ: Realmente no me consta, yo no estaba presente en la conversación simplemente fue Mónica en su momento la persona que me informó pues que el tema no podía seguir pasando por el Secretario General que le habían dado esa instrucción, pero yo no estaba presente en la conversación con los asesores cuando le dijeron eso a Mónica.*

<sup>29</sup> Folio 76 del expediente.

<sup>30</sup> Folios 89 al 92 del expediente.

<sup>31</sup> Folio 346 al 349 del expediente



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

*PREGUNTADO: Le ruego en relación con esa respuesta, aclararle a Despacho qué le comento la doctora Mónica Bernal. CONTESTO: Pues que los procesos de selección, los teníamos que manejar nosotros directamente con ellos que todo lo que tenía que ver con procesos de selección y todo, pues no podíamos informárselo ni hacérselo conocer al Secretario General. PREGUNTADO: Ruego aclararle al Despacho si esos procesos de selección, dentro de la estructura del Instituto, tenían que ser informados a la Secretaría General. CONTESTÓ: Pues normalmente es el conducto regular, o sea como está establecido y como se ha manejado siempre, es el conducto regular que el subdirector le informa al Secretario General.”*

*“ PREGUNTADO: Usted fue testigo presencial de algún acto de abuso, de maltrato, de los asesores de quien ejerció el cargo de Directora encargada, es decir los señores Carlos David Rocha y María de la Paz Mendoza, en contra de su jefe inmediata en ese momento la doctora Mónica Bernal Vanegas CONTESTÓ: Jamás.”*

*“MAGISTRADO: Infórmele al Despacho cómo eran las relaciones entre los asesores del Ministerio que estaban en ese momento destacados en el ICFES, asistiendo a la viceministra, frente a la señora demandante Mónica Bernal Vanegas, cómo eran esas relaciones laborales. CONTESTÓ: Ellos siempre fueron muy amables, muy educados muy cordiales, muy cercanos hasta cierto punto, tanto con la señora Mónica como conmigo.”*

**Martha Isabel Duarte de Buchheim<sup>32</sup>, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica para la fecha de los hechos.**



*PREGUNTADO: Le ruego informarle al Despacho lo que le conste acerca del clima laboral que se vivió en el ICFES con la llegada a la Dirección General en encargo de la viceministra de educación doctora Martínez Barrios. CONTESTO: El clima laboral de ese momento fue bastante tensionante, yo diría que muy desagradable, a toda la entidad tomó por sorpresa la llegada de la doctora Patricia Martínez como directora encargada y en ese momento ocurrió la remoción del director que se encontraba nombrado en propiedad y que venía ocupando el cargo, yo creo que hacía unos 6 o 7 meses. (...)*

*...en segundo lugar porque digamos que uno de las principales anuncios que hizo la administración entrante con la doctora Patricia Martínez, fue que iban a reversar algunas actuaciones administrativas adoptadas por el director anterior, entre esas, el director había declarado la insubsistencia del director de evaluación, el doctor Julián Mariño, hacía tal vez como una semana y la viceministra encargada de la dirección del ICFES, manifestó el mismo día que ingresó al Instituto que una de las primeras actuaciones que iba a adelantar era revocar la insubsistencia del doctor Mariño y que él volvería a ocupar su cargo(...) Él se vinculó ese mismo día a la entidad y estuvo atendiendo como director de evaluación, sin el nombramiento*

<sup>32</sup> Folios 349 al 357 del expediente.





**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

*correspondiente, otra de las circunstancias que también tuve ocasión de vivir en ese momento, es que la directora encargada del ICFES, la doctora Patricia Martínez, vino acompañada de dos asesores, la doctora María de la Paz Mendoza y el doctor Carlos Rocha, esas dos personas, digamos que además de lo traumático que fue la llegada de la viceministra como directora, esas dos personas revisaban todas las actuaciones administrativas en la entidad y casi que la paralizaron, es decir, no se volvió a hacer un nombramiento, no se volvió a firmar un contrato hasta que ellos no revisaran absolutamente toda la contratación (...)*  
**PREGUNTADO:** *Infórmele al Despacho doctora Martha, cuánto tiempo duró el encargo que le hicieron a usted, en la subdirección de Talento Humano, si usted se posesionó a ese cargo, asumió funciones o si se presentó alguna dificultad en su gestión laboral.* **CONTESTO:** *Bueno pues para todos en la administración, fue también sorpresivo el hecho de que el día que la directora encargada terminaba con el encargo de su función en el Instituto, ese día se produjo la insubsistencia del Secretario General del ICFES y de la subdirectora de talento humano y del director de tecnología, se fueron esas personas o pues fueron comunicadas sus insubsistencias (...) me encargaron a mí de la subdirección de talento humano, sin embargo, eso todo ocurrió en un día y ese día la directora se fue y a nosotros nadie nos alcanzó a posesionar, sin embargo tampoco llegó la nueva directora nombrada en propiedad, esa directora en propiedad se demoró más o menos unas 2 semanas en venir o sea que el Instituto quedó completamente paralizado. Yo era la jefe de Talento Humano encargada por un acto administrativo de la administración saliente, pero nunca me pude posesionar o pues en ese momento no me pude posesionar porque no había una autoridad nominadora, tampoco había un ordenador del gasto, porque el secretario general que es en términos generales quien tenía esas funciones, tampoco se podía posesionar el encargado porque no había ante quién posesionarnos, entonces pues fue bastante traumático; (...) de esa manera pues casi que durante las dos primeras semanas después de que terminó la administración de la Dra. Patricia Martínez pues yo no pude ejercer funciones como subdirectora de Talento Humano solamente cumplía mis funciones como jefe de la oficina jurídica(...).*



**“PREGUNTADO:** *doctora usted le puede precisar a esta Magistratura si efectivamente de parte de los asesores hubo maltrato hacia los funcionarios, hacia los cargos directivos que estaban en el ICFES.* **CONTESTÓ:** *Yo no sabría decir en relación con las demás personas del Instituto, en lo que a mí concierne, manejamos una relación respetuosa, no me sentí maltratada, me consultaban absolutamente todo y todo me lo revisaban. No puedo afirmar en relación con las demás personas si hubo maltrato o no hubo maltrato.”*

*(...) diga al Despacho si sabe conoce o puede señalar las razones por la cuales había, desconfianza con la administración que se venía desarrollando en el ICFES por parte de la viceministra y los asesores en particular.* **CONTESTÓ:** *yo pienso que el origen de la salida del Dr. Niño tuvo como florero de Llorente, como piedra en el zapato, el hecho de que el declara insubsistente al Director de Evaluación del ICFES, que era el Dr. Julián Mariño, cuando*



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

*eso sucede se genera una tensión muy fuerte digamos que administrativa con el Ministerio;”*

**Julián Mariño Von Hildebrand.<sup>33</sup> Director de Evaluación del ICFES para la época de los hechos.**

*“MAGISTRADO: quiero preguntarle lo siguiente: cuál cree que es la razón por la cual los asesores Carlos David Rocha y María de la Paz Mendoza, según se ha informado en estas diligencias por otros testigos, tuvieron una actitud de revisión permanente en todos los procedimientos, en todas las áreas, al punto de que se informa que se paralizaron todas las actuaciones, la contratación. CONTESTO: habían muchísimas voces y demasiados rumores, y demasiadas cosas de que había habido serias irregularidades; hubo una serie de denuncias acerca del particular de los procesos de contratación que ocurrieron durante la administración del Dr. Niño, que ameritaban una revisión de fondo, no tengo ninguna duda. Había una serie de rumores y de cosas que sucedieron, de hechos que pasaron, hubo que suspender una serie de cosas porque salió el rumor de que se estaba arreglando por debajo, pues creo que era apenas natural que esta administración que entraba llegara a hacer una revisión. Esa fue la impresión que yo tuve.”*

**Mauricio Murillo.<sup>34</sup> Director de Tecnología e Información para la época de los hechos.**



*“PREGUNTADO: Le ruego informar al Despacho lo que le conste acerca del funcionario Julián Marín. CONTESTÓ: Todo este caos se generó porque el Dr. Niño más o menos el 26 de junio, definió que Julián Mariño debía ser retirado del Instituto y le solicitó su renuncia, o la terminación de su actividad como director técnico de evaluación; esto suscitó una serie de encononazos entre la Sra. ministra y el director, que llevaron al retiro del Dr. Fernando Niño y luego ingresó la Dra. Patricia, con el ingreso de ella inmediatamente posesionó a Julián Mariño nuevamente en su cargo.(...) Esto generó que todos los procesos y tareas que el Dr. Niño nos había encargado, se tuvieran que devolver esas acciones para poder continuar con nuestro trabajo, que fue imposible a partir de eso.”*

**Nathalie Andrea Ríos Muñoz.<sup>35</sup> Subalterna de la demandante para la época de los hechos.**

*PREGUNTADO: Le ruego informar al Despacho qué situación laboral y de eficiencia en el cumplimiento de funciones se vivió después de la declaratoria de insubsistencia de la Dra. Mónica Bernal en talento humano. CONTESTÓ: luego de la declaratoria de insubsistencia de la Dra. Mónica el cargo quedó vacante, no recuerdo cuánto tiempo, por tanto muchos procesos quedaron detenidos, procesos que veníamos adelantando quedaron suspendidos, muchos procesos no se*

<sup>33</sup> Folios 361 al 367 del expediente.

<sup>34</sup> Folios 381 al 384 del expediente.

<sup>35</sup> Folios 384 al 389 del expediente.





**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

*podieron tramitar, todo quedó como en un estado de suspensión hasta que encargaron a la Dra. de jurídica, no me acuerdo el nombre. PREGUNTADO: Le ruego informarle al Despacho si usted tiene conocimiento si los asesores de la directora encargada, que eran los doctores Carlos Rocha y María de la Paz Mendoza, impartían instrucciones a la Dra. Mónica Bernal de no contarle sus actividades laborales a su jefe inmediato, que era el secretario general. CONTESTÓ: Sí, lastimosamente tuve conocimiento de varios hechos en que ella estaba entre la espada y la pared porque el jefe inmediato de ella es el secretario general; llegaban los asesores y empezaron a impartir instrucciones, muchas veces en contra de los procedimientos y procesos que se seguían y le pedían a ella que no le contara al secretario general.”*

*“PREGUNTADO: Tiene usted algún conocimiento que pueda informarle al Despacho, acerca del trato que le deban a los empleados del ICFES los asesores de la Sra. viceministra encargada de la dirección. CONTESTÓ: Tuve conocimiento de algunos maltratos por parte de los asesores, pues en realidad no me constan porque yo con ellos no tuve ningún evento, de hecho yo los conocía de antes, porque yo venía del Ministerio de Educación Nacional, entonces pues ellos conmigo en lo personal no tuvieron inconveniente, pero si escuche, no me consta de haberlo visto, que tuvo maltratos con otras personas. “*

*“PREGUNTADO: Quiero solicitarle que le precise al Despacho si las irregularidades que cometieron los asesores generaron en su criterio alteraciones de procedimiento administrativo y no penales. CONTESTÓ: Sí, fue un total inconveniente administrativo muy muy complicado que tuvimos que afrontar todos, porque se va Mónica Bernal, no sé al cabo de cuánto tiempo encargan a Martha Duarte, es decir fue una insubsistencia sin que fuese para mejorar el servicio, en mi criterio y en los conocimientos que tengo de talento humano, en ese caso no hubo una mejora en el servicio, por el contrario estuvo vacante, posteriormente encargaron a Martha Duarte como me lo recordó el doctor en la declaración que hice antes de irme del país, no tenía conocimiento de muchas cosas de talento humano, había firmas que tenía que registrar y no se registraban, muchos procesos se volvieron lentos, se cancelaron, se cambiaron, todo cambió de rumbo, entonces claramente hay una desorganización administrativa porque uno desde principio de año viene planeando unos temas y ya justamente mitad de año, que fue más o menos cuando ocurrió eso, uno viene con un grado de avance, cuando le dicen a uno que se declara la insubsistencia... entonces el ICFES quedó en un estado de desorganización, sin conocimiento de lo que hay que hacer o cómo hay que hacerlo...”*

*“MAGISTRADO: Dígame al Despacho si usted sabe cuáles fueron los motivos por los que declararon insubsistente a la Dra. Mónica Bernal. CONTESTÓ: Los motivos los desconozco. “*





### 3.5.2 Desviación de poder.

La parte demandante en el recurso de apelación realiza una síntesis de los argumentos sobre los cuales considera se estructura la causal de anulación de desviación de poder: (i) desavenencias del Director con el Ministerio de Educación por la desvinculación del Dr. Mariño, (ii) declaración de insubsistencia del Dr. Fernando Niño (iii) cercanía laboral de la demandante con el Director Niño y (iv) desmejoramiento del servicio.

El artículo 137 del CPACA consagra como causal de nulidad del acto administrativo, que sea expedido “ con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió” es decir, cuando quien lo expide utiliza sus atribuciones o poderes con una finalidad diferente a la prevista por las normas a las que debe someterse.

Al respecto , esta Corporación ha sostenido<sup>36</sup> :

*«[...]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>37</sup>.“(Subraya fuera de texto)*



Establecido lo anterior, se abordará el análisis probatorio, frente a los temas que sustentan el cargo de desviación de poder.

(i) Se analizarán los primeros tres temas señalados por la parte actora, por cuanto tienen relación entre sí. En la demanda y en el recurso de apelación se ha expuesto que existían desavenencias entre el Ministerio de Educación Nacional y el Director General del ICFES, Dr. Niño, que llegaron a su mayor tensión cuando se declaró por parte de éste la insubsistencia del Director de Evaluación del ICFES el Dr. Julián Mariño.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</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.



---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

Según lo afirmado por la demandante, como consecuencia de lo anterior, la Ministra de Educación Nacional declaró la insubsistencia del nombramiento del Dr. Fernando Niño, Director General del ICFES y encargó a la Viceministra de Educación Superior, quien a su vez reintegró al Dr. Julián en el cargo de Director de Evaluación.

Además, se señaló que había un grupo directivo cercano al Director General del ICFES del cual hacía parte la señora MÓNICA BERNAL VANEGAS.

Dentro del plenario obra prueba de (i) las declaratorias de insubsistencia de los nombramientos del Director de Evaluación del ICFES ( 24 junio de 2014) y a los 9 días ( 3 julio) del Director General del ICFES y (ii) del reintegro del Director de Evaluación el 14 de julio de 2014, diez días después de la posesión de la Viceministra de Educación Superior como Directora General del instituto.



Así las cosas, es claro que el Ministerio de Educación no estuvo de acuerdo con el retiro del Dr. Julián Mariño como Director de Evaluación; tanto es así, que una vez asumió el cargo la Viceministra de Educación Superior lo reintegró.

Además, los testimonios de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, del Director de Evaluación y del Director de Tecnología dieron cuenta de la disconformidad entre el Ministerio de Educación y el entonces Director del ICFES por el retiro del Dr. Mariño.

También se encuentra acreditado con las declaraciones presentadas y lo afirmado por la propia demandante que existía un grupo directivo cercano al Director General, Dr. Niño, conformado por el Secretario General, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, Director de Tecnología y la accionante como Subdirectora de Talento Humano, los cuales fueron retirados por la administración de la Viceministra, salvo la Jefe de la Oficina Jurídica quien alegó su condición de prepensionada.



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

Conforme con todo lo anterior, se observa que se ha probado que la Viceministra de Educación Superior, Directora encargada de la entidad, desconfiaba del equipo directivo de la administración anterior, es decir, que entre la nueva Dirección del Instituto y su equipo directivo no existía la confianza que es una condición esencial para la buena prestación del servicio, y que constituye una causa plausible del retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción.

La Corte Constitucional ha sostenido<sup>38</sup>:

*“En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cubre 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.” ( Subraya fuera de texto)*

A su vez esta Sección ha dicho<sup>39</sup>:

*“En tal virtud, el referente fundamental de los cargos de libre nombramiento y remoción es el mantenimiento de las condiciones de fidelidad y confianza entre el jefe y subordinado, las cuales se pueden alterar en cualquier momento al margen del ejercicio laboral, calificación obtenida en la evaluación del desempeño o de gestión si se realiza, la que no desnaturaliza al empleo<sup>40</sup>, y que autorizan al nominador a disponer el retiro del servicio en circunstancias que solo obedecen a su fuero interno.”*

*Incluso, bien puede un empleado de confianza obtener el logro de las metas propuestas, pero también puede gestar circunstancias que impidan un mejor entendimiento con su nominador, lo cual como se precisó es el núcleo esencial de este tipo de empleos, y que lo habilita para disponer su retiro del servicio.” ( Subraya del texto)*

En este orden de ideas, frente a los hechos alegados por la actora solo se encuentra que la relación de confianza se rompió no solo

<sup>38</sup> C 734-00

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Segunda , Sentencia 11 de marzo de 2021, Rad.630012333000201700429 01.(3291-2018)

<sup>40</sup> Sentencia del 2 de septiembre de 2003, Sala Plena del Consejo de Estado. Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola. Radicación número: 23001-23-21-000-1997-8661-01(S-531).



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

con la señora MONICA VANEGAS sino con todo el equipo directivo cercano al Director General Dr. Niño y esta circunstancia explica el retiro de la demandante, por lo que su insubsistencia no constituye ninguna actuación arbitraria ni demuestra un interés particular diferente al establecido en la ley o al del mejoramiento del servicio.

(ii) **Desmejoramiento del servicio.** Consideró la parte demandante que con el acto administrativo de retiro no se cumplió la finalidad de mejora de la prestación del servicio, por cuanto se ejerció la facultad discrecional del nominador encontrándose encargado y a tres días de su retiro; y porque el reemplazo se hizo a través de encargo sin que sea posible desempeñar simultáneamente dos empleos con un óptimo rendimiento.

Como se expuso en el marco normativo, el acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no requiere ser motivado, toda vez que se presume ha sido expedido con la finalidad de mejoramiento del servicio, por lo que para desvirtuar dicha presunción esta Sección ha sostenido que la parte interesada debe *“llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma”*<sup>41</sup>.



Así las cosas, se examinará sí con los elementos probatorios narrados se encuentra probado el desmejoramiento del servicio.

El 4 de julio de 2014, la Viceministra de Educación Superior tomó posesión del cargo de Director General del ICFES mediante la situación administrativa de encargo hasta el 14 de septiembre, por cuanto a partir del 15 de septiembre se le aceptó la renuncia al cargo de Viceministra.

Igualmente, obra prueba en el expediente de que el día 12 de septiembre de 2014 se declaró insubsistente el nombramiento de la señora MONICA BERNAL VANEGAS en el cargo de Subdirector de Área Grado 02 de la Subdirección de Talento Humano de la planta

<sup>41</sup> Sentencia del 23 de febrero de 2011; Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; expediente. 170012331000200301412 02(0734-10).





---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

del ICFES por acto administrativo expedido por la Viceministra de Educación Superior encargada en la Dirección General del ICFES.

Ciertamente, la Directora General encargada ejerció su facultad discrecional de remoción 2 días antes de su retiro como Viceministra de Educación Superior y a sabiendas de que ya le había sido aceptada su renuncia, con plena competencia para hacerlo, situación que en el presente proceso no se cuestiona.

Para la accionante una nominadora saliente no puede perseguir el mejoramiento del servicio, circunstancia que para la Sala no constituye *per se* una presunción de intención o finalidad desviada, toda vez que, los Directores o Gerentes de las entidades de la administración pública mientras ostentan su cargo responden por la prestación óptima del servicio que presta su entidad.

Por otra parte, el hecho de que una vez declarado insubsistente el nombramiento de la demandante, el cargo haya sido provisto mediante encargo, tampoco es indicativo de desmejoramiento del servicio, por cuanto es una situación administrativa contemplada legalmente que le permite a la administración resolver las dificultades que se puedan presentar en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado. Y es legítimo que se acuda a este mecanismo mientras se realiza el nombramiento en propiedad.



Bajo el entendido de que el encargo es una situación de provisión temporal que admite la posibilidad de que el servidor público ejerza simultáneamente las funciones de otro cargo conservando las propias, no se puede afirmar que dicha situación configura una desmejora en la prestación del servicio.

Ahora bien, en relación con las declaraciones rendidas por los testigos y que en sentir de la parte accionante no fueron debidamente valorados por el *a quo*, evidencia la Sala que la señora Martha Duarte funcionaria que fue la encargada en la Subdirección de Talento Humano una vez se produjo el retiro de la demandante, manifestó que el instituto duró “*más o menos unas 2 semanas*” paralizado debido a que varios nombramientos de





**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

funcionarios directivos habían sido declarados insubsistentes, no había Director General y por lo tanto, no pudo posesionarse de manera inmediata en el cargo, lo cual se explica por ser una situación netamente coyuntural.

En relación con el testimonio de Nathalie Andrea Ríos coincide en que la Subdirección paró sus funciones mientras se posesionaba la funcionaria encargada, (dice 10 días), escenario que fue transitorio; incluso afirmó que en su criterio no hubo mejora del servicio pero sin explicar las razones de su percepción.

Además, hace referencia a que *“posteriormente encargaron a Martha Duarte (...) no tenía conocimiento de muchas cosas de talento humano, había firmas que tenía que registrar y no se registraban, muchos procesos se volvieron lentos, se cancelaron, se cambiaron, todo cambió de rumbo” “ algunas actividades que después de la llegada de la secretaria general no se hicieron, porque ella decía que no le parecían, porque no le gustaba, porque no entendía”*.



En los antecedentes administrativos que reposan en el expediente relacionados con la hoja de vida<sup>42</sup> de la Dra. Martha Duarte se encuentra que la misma se desempeñó como Coordinadora del Grupo de Gestión del Recurso y Talento Humano de la Secretaría General del Ministerio de Salud por un período cercano a los 7 meses, lo que contrasta con la afirmación de que “no tenía conocimiento” . Ahora bien, la circunstancia de que los procesos se volvieron lentos se explica debido a que la funcionaria ejercía simultáneamente dos cargos, lo que no significa que la intención de la nominadora haya sido el desmejoramiento del servicio.

De otro lado, que los procesos que se tenían planeados no se hayan ejecutado porque la nueva administración no los consideraba pertinentes o adecuados tampoco demuestra *per se* que el servicio se haya visto afectado, toda vez que no se conoce la incidencia de los mismos en el desarrollo de las funciones de la entidad.

<sup>42</sup> Folios 88 al 91 del Cuaderno Anexo en el expediente. Certificación de la Coordinadora del Grupo de Gestión del Recurso y Talento Humano del Ministerio de Salud.



---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

En conclusión, los hechos que señala la apoderada de la demandante como constitutivos de la desmejora del servicio aunque se encuentran probados no demuestran ninguna afectación permanente o relevante del mismo y no se aportó prueba que evidencie que la Directora General encargada del ICFES tuviera móvil o intención diferente a la prevista en la normatividad, que desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo del retiro.

Por último, es de resaltar que las afirmaciones sobre el maltrato a la señora BERNAL VANEGAS por parte de los asesores comisionados para apoyar a la Viceministra no se encontraron probados ni la incidencia que pudieron tener en el acto de retiro.

### **3.5.3 Procedencia de la condena costas en primera instancia.**

Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho<sup>43</sup> que corresponde a los gastos de defensa judicial relacionados con el apoderamiento del proceso.



Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016 respecto a la condena en costas en vigencia del CPACA concluyó que para la imposición de costas la legislación varió de un criterio subjetivo con el CCA a uno objetivo valorativo con el CPACA.

De manera que, se pasó de tener en cuenta la conducta de las partes por parte del Juez (temeridad o mala fe) a un criterio “objetivo” en que en toda sentencia se debe disponer sobre las costas, ya sea para condenar total o parcialmente o para abstenerse de imponerlas y “valorativo” porque se requiere que el juez revise si se causaron.

En el caso *sub examine* el *a quo* para condenar en costas se fundamentó en el numeral 1º del artículo 365 del CGP imponiéndolas a la parte vencida.

---

<sup>43</sup> Artículo 361 del Código General del Proceso.



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

Frente a la causación no es necesario realizar un estudio como lo sostiene la demandante sino simplemente verificar que se hayan originado, un criterio que tiene esta Subsección para constatarlo es que se haya ejercido la defensa judicial en la instancia, en el caso *sub lite* la entidad demandada actuó contestando la demanda, en las audiencias iniciales y de pruebas, alegando de conclusión, por lo que para la Sala las costas si se causaron como lo estimó el Tribunal de instancia.

En consideración a lo expuesto, la Sala señala que tal como lo consideró el Tribunal, no se configuró la causal de nulidad del acto administrativo acusado por desviación de poder y en consecuencia se confirmará la sentencia proferida por el a quo.

#### **4. Costas.**

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias en derecho<sup>44</sup>, los llamados en la Ley 1437 de 2011 gastos ordinarios del proceso<sup>45</sup> y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.



En cuanto al recurso de apelación surtido ante esta Corporación, se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandante, toda vez que, se cumplen los presupuestos de los numerales 1, 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso,<sup>46</sup> puesto que se ha resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, y se acreditó que se causaron, ya que la entidad demandada alegó de conclusión.

<sup>44</sup> Artículo 361 del Código General del Proceso.

<sup>45</sup> Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

<sup>46</sup> 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este Código. (...).”



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-01822-01(1192-2021)  
**Demandante:** Mónica Bernal Vanegas

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia de 20 de febrero de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda en el proceso promovido por Mónica Bernal Vanegas contra el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación- ICFES

**SEGUNDO. CONDENAR** en costas a la parte demandante en esta instancia. Las mismas se liquidarán de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

**TERCERO.** Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el programa «SAMAI».



### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el tres (3) de octubre de dos mil veintidós (2022).

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**  
Consejero de Estado

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**    **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**  
Consejero de Estado                      Consejero de Estado

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>