



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCIÓN “B”**

Consejera Ponente: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015)

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
Radicación: 17001-23-33-000-2013-00109-01 (1412-2014)
Actor: GLORIA MERCEDES SUAREZ GONZALEZ
Accionado: INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS.
Trámite: LEY 1437 DE 2011
Asunto: INSUBSISTENCIA – COMISIÓN DE SERVICIOS –
DECLARACIÓN DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE
LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.
Decisión: CONFIRMA SENTENCIA QUE NEGÓ PRETENSIONES

FALLO SEGUNDA INSTANCIA

Ha venido el proceso de la referencia el 23 de septiembre de 2015 y cumplido el trámite previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la señora Gloria Mercedes Suarez Gonzalez contra la sentencia de 7 de febrero de 2014 del Tribunal Administrativo de Caldas, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada contra el acto

¹ Ley 1437 de 2011, artículo 247. *Trámite del recurso de apelación contra sentencias*. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...).



administrativo que declaró insubsistente su nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción de la Industria Licorera de Caldas, una vez verificado que no hay irregularidades procesales o vicios de nulidad que sanear.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda y sus fundamentos

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo², la señora Gloria Mercedes Suarez Gonzalez, en nombre propio³, solicitó la nulidad de la Resolución N° 0724 del 17 de agosto de 2012 expedida por el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Especializado Grado 222-04 del área de Control Interno Disciplinario de esa entidad.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho la demandante solicitó: i) el reintegro, sin solución de continuidad, al cargo que ocupaba o a otro similar o de superior categoría; ii) el reconocimiento, pago e indexación de los salarios y demás emolumentos laborales así como el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral desde el

² Ley 1437 de 2011, artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (...).

³ La actora es abogada de profesión.



momento del retiro hasta que la fecha de reintegro y iii) el cumplimiento de la sentencia que ponga fin al proceso contencioso administrativo, en los términos de los artículos 176 y 177 del Decreto N° 01 de 1984.

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

Afirmó que mediante la Resolución N° 0667 del 28 de julio de 2005 proferida por el Gerente de la Industria Licorera de Caldas, fue nombrada en el cargo de libre nombramiento y remoción denominado Jefe Oficina Asesora del Departamento de Control Interno Disciplinario, cargo que mediante el Acuerdo N° 5 del 4 de abril del 2011 de su Consejo Directivo fue convertido en el de Profesional Especializado de la Oficina de Control Interno Disciplinario, con código 222 grado 04 también de libre nombramiento y remoción.

Señaló la demandante que a través del Oficio GG-2937 del 13 de julio de 2012 dirigido al Gerente General de la Industria Licorera de Caldas, informó que i) iba a ser sometida a una intervención quirúrgica el día 16 de julio de 2012, ii) que le había sido otorgada una incapacidad laboral desde el 16 de julio hasta el 16 de agosto del 2012, y iii) que se suspenderían los términos procesales de las investigaciones que adelantaba en la Oficina de Control Interno Disciplinario durante el tiempo de la incapacidad.

Manifestó que el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas se otorgó una Comisión de Servicios para la ciudad de Bogotá durante los días



17 y 18 de agosto de 2012 y que éste mediante la Resolución N° 0724 de 17 de agosto de 2012 declaró insubsistente su nombramiento en esa entidad, decisión que le fue comunicada por medio de oficio GH-3459 del 17 de agosto de 2012 suscrito por el área de Gestión Humana de la entidad.

Mencionó que mediante los Oficios de 17 de agosto y de 27 de noviembre de 2012 dirigidos al Gerente General de la Industria Licorera de Caldas solicitó i) copia de su hoja de vida, ii) que le indicaran los motivos por los cuales fue declarado insubsistente su nombramiento y iii) si en su hoja de vida existían anotaciones que dieran lugar a su desvinculación, frente a lo cual la administración le otorgó las copias solicitadas, le informó que no existían anotaciones en su hoja de vida y guardó silencio frente a los motivos de la desvinculación.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

La demandante citó como violadas las siguientes disposiciones:

- Los artículos 2, 6, 29, 122, 123 y 209 de la Constitución Política.
- El artículo 4º la Ley 1437 de 2011.
- El artículo 286 del Código Penal.
- El artículo 4 del Decreto 2127 de 1945
- Los artículos 4º y 26 del Decreto de 2400 de 1968.
- El Decreto 3135 de 1968.
- Los artículos 1º, 3º y 6º del Decreto 1848 de 1969.
- Los artículos 3 y 7 del Decreto 1950 de 1973.

Como concepto de violación señaló los siguientes:

Falta de competencia. Afirmó que el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas, no tenía competencia expedir la Resolución N° 0724 del



17 de agosto de 2012 por medio de la cual fue declarado insubsistente su nombramiento, por cuanto para la fecha del acto: i) estaba en comisión de servicios y ii) no se encontraba físicamente en la sede de la entidad; por lo cual no podía ejercer la función de remoción configurándose en consecuencia una falsedad ideológica.

Falta de motivación. Señaló que el Gerente de la Industria Licorera de Caldas violó los artículos 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 y el artículo 209 de la Constitución Política, por cuanto incumplió los deberes de motivar expresamente el acto administrativo de insubsistencia y de dejar constancia en la hoja de vida de los hechos que generaron el retiro del servicio.

Desviación de poder. Argumentó que el Gerente de la Industria Licorera de Caldas, al proferir el acto administrativo que declaró la insubsistencia incurrió en desviación de poder, por cuanto su desvinculación no tuvo como fin el mejoramiento del servicio dado que luego de su retiro del cargo: a) la Oficina de Control Interno Disciplinario, estuvo cerrada entre los días 17 de agosto al 5 de septiembre de 2012; b) se le asignaron funciones transitorias del cargo a una trabajadora oficial y luego se nombró de forma definitiva en su reemplazo a otra trabajadora oficial, pese a que de conformidad con los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado las actividades de dirección y confianza como es la disciplinaria solo pueden ser desempeñadas por empleados públicos.



1.3 Contestación de la demanda⁴

La entidad demandada a través de apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del libelo con los argumentos que se resumen a continuación:

Señaló el apoderado de la entidad demandada que el acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora se expidió con fundamento en las facultades que otorgan al Gerente General de la Industria Licorera de Caldas la potestad de disponer de la remoción de los funcionarios de libre nombramiento y remoción; que el actor no tenía fuero de estabilidad y que el acto enjuiciado no requiere de motivación expresa alguna ni el adelantamiento previo de ningún procedimiento.

Afirmó, en cuanto a la falta de anotación de las causas que dieron origen a la declaratoria de insubsistencia en la hoja de vida de la actora que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado esta irregularidad no constituye causal de inexistencia o invalidez del acto administrativo, en la medida en que las anotaciones en la hoja de vida a las que hace referencia el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 constituyen una actuación posterior a la expedición del acto administrativo.

Indicó en cuanto al cargo de desviación de poder que, el acto de declaratoria de insubsistencia tiene presunción legalidad, en el sentido de haber sido proferido con la finalidad de mejorar la función administrativa o el servicio que

⁴ Folio 243 del expediente.



presta la Industria Licorera del Caldas, lo cual no fue desvirtuado por la actora teniendo la obligación de hacerlo.

Manifestó, frente al argumento de la falta de competencia para proferir el acto de insubsistencia y la configuración de falsedad ideológica que, por encontrarse el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas realizando gestiones relacionadas con su cargo en otra ciudad no pierde la competencia de remoción de empleados de la entidad, toda vez que los actos administrativos relativos a sus funciones pueden producirse en cualquier momento y en cualquier lugar.

Mencionó que la Procuraduría General de la Nación mediante la Resolución N° 037 del 29 de septiembre de 2011 sancionó a la demandante con un (1) mes de suspensión en el ejercicio del cargo por lo cual no es cierto que su desempeño en la entidad haya sido intachable. Preciso que en razón de la referida sanción disciplinaria la Industria Licorera de Caldas tuvo especial cuidado con el procedimiento para elegir el reemplazo de la actora, lo cual generó una demora para suplir esa vacante.

1.4 La sentencia apelada⁵

El Tribunal Administrativo de Caldas, mediante sentencia de 7 de febrero de 2014 negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la demandante, con base en los siguientes argumentos:

⁵ Folio 749 del expediente.



El A Quo señaló que de conformidad con el párrafo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, la Resolución N° 0724 del 17 de agosto de 2012 expedida por el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas que declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de libre nombramiento y remoción de Profesional Especializado Grado 222-04, no tenía que ser motivado de manera expresa, pues se presume que fue expedido en aras del mejoramiento del servicio.

Afirmó el Tribunal que, el incumplimiento del requisito consagrado en el artículo 26 del Decreto Ley N° 2400 de 1968, según el cual, ante la declaratoria de insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción debe dejarse constancia del hecho y de las causas que la ocasionaron en la respectiva hoja de vida, no genera la nulidad del acto administrativo, en la medida en que se trata de una actuación posterior a la configuración del acto.

Indicó que de conformidad con los artículos 22 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 75 y 76 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 al estar los empleados públicos en un lugar diferente al de la sede del cargo, cobijados por la figura legal de la comisión de servicios, no pierden la potestad para ejercer sus funciones, por lo cual el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas tenía competencia para proferir el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia.

Manifestó el A Quo que, la demandante no probó el desmejoramiento del servicio que diera lugar a la desviación de poder en el acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento teniendo el deber de hacerlo, por lo



tanto el acto de retiro conserva la presunción legal de validez. Precisó que las personas que reemplazaron de forma temporal y luego de forma definitiva a la demandante cumplían con los requisitos para desempeñar el cargo de Profesional Especializado grado 222-04 de la Oficina de Control Interno Disciplinario, el tiempo que tomó la administración para nombrar el reemplazó en propiedad fue prudencial y razonable, y que las calidades de la demandante en la prestación del servicio no le daban fuero de estabilidad.

1.5 El recurso de apelación⁶

La demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de 7 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en el cual expuso los mismos argumentos de la demanda y precisó además lo siguiente:

Indicó que de acuerdo con el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 la obligación de consignar en la hoja de vida los motivos de la declaratoria de insubsistencia no es un simple requisito formal, sino que hace parte del debido proceso y garantiza el derecho a la publicidad de las razones que animan a la administración para tomar este tipo de decisiones.

Mencionó que la desviación de poder en la declaratoria de insubsistencia está acreditada en el proceso contencioso administrativo por cuanto la función disciplinaria que desempeñaba solo podía ser asumida por

⁶ Folio 766 del expediente.



empleados públicos, sin embargo las personas que fueron encargadas transitoriamente de su empleo eran trabajadores oficiales.

1.6 Alegatos de segunda instancia⁷

La demandante en sus alegatos de conclusión expuso los mismos argumentos esgrimidos en el escrito de apelación y la entidad demandada reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

1.7. Concepto del Ministerio Público⁸

La Delegada del Ministerio Público rindió concepto en el cual solicitó confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos:

Señaló que la actora no accedió al cargo de Profesional Especializado de Control Interno Disciplinario a través de un concurso público de méritos y que según las funciones asignadas éste era de libre nombramiento y remoción, por ende, la Administración actuó con base en sus competencias legales para proceder a declarar la insubsistencia del nombramiento sin necesidad de motivar el acto de retiro.

Indicó que la actora no logró demostrar que la decisión acusada estuviese incurso en falsa motivación, que haya sido arbitraria o que persiguiera fines ajenos al buen servicio público.

⁷ Folios 798 del expediente.

⁸ Ver folio 811 del expediente.



II. CONSIDERACIONES

2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a los argumentos del escrito de apelación corresponde a la Sala establecer i) si por haber estado el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas en Comisión de Servicios carecía de competencia para expedir la Resolución N° 0724 del 17 de agosto de 2012 que declaró insubsistente el nombramiento de la actora.

Igualmente debe la Sala determinar si en el mencionado acto administrativo el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas incurrió en ii) causal de nulidad por falta de motivación al no expresar en el texto del acto administrativo ni en la hoja de vida de la actora las razones de esa decisión o iii) en desviación de poder por haber desmejorado el servicio al encargar temporalmente en remplazo de la actora a una trabajadora oficial.

A continuación la Sala expondrá los aspectos regulativos generales de cada uno de los problemas jurídicos para luego con base en ellos resolver los cargos presentados por la demandante.

2.2 RESOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO Y DEL CARGO DE FALTA DE COMPETENCIA.

Dado que el cargo de nulidad de falta de competencia del Gerente General de la Industria Licorera de Caldas para proferir la Resolución N° 0724 del 17



de agosto de 2012⁹, se sustenta en que el nominador no podía ejercer las funciones de su cargo por encontrarse en una comisión de servicios y fuera de la sede de la entidad, la Sala estima necesario abordar: i) las situaciones administrativas laborales, en especial la comisión de servicios, en la Industria Licorera de Caldas y ii) en análisis del cargo de falta de competencia.

(i) Las situaciones administrativas laborales, en especial la comisión de servicios, en la Industria Licorera de Caldas.

Debe señalar la Sala previamente que de conformidad con el artículo 1º de la Ordenanza N° 282 de 1998¹⁰ proferida por la Asamblea del Departamento de Caldas, la Industria Licorera de Caldas –ILC- es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de orden Departamental, vinculada a la Secretaria de Hacienda del departamento de Caldas, que tiene como actividades fabricar, producir, introducir, distribuir, vender alcoholes y sus derivados sujetos al monopolio departamental y cualquier otro producto relacionado con dicha actividad, así como fomentar la venta de sus productos en el país y en el exterior.

En cuanto al régimen laboral de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, el artículo 5º inciso 2º del Decreto-Ley 3135 de 1968¹¹ prescribe que las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado a) por regla general son trabajadores oficiales y b) que los empleados públicos serán solo aquellos que realicen actividades de

⁹ Mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Profesional Especializado Control Interno Disciplinario de la industria licorera de caldas.

¹⁰ Folio 259 del expediente -cuaderno N° 1-

¹¹ Proferido por el Presidente de la República de Colombia, por el por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.



gestión o confianza que determinen los estatutos¹² de la respectiva empresa¹³.

En ese orden solo las actividades que impliquen dirección o confianza son propias de quienes ostentan la calidad de empleados públicos y las demás serán propias de los trabajadores oficiales de manera que la calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la Empresa Industrial y Comercial del Estado a la cual presta servicios de índole laboral, no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la ley de manera general y por los estatutos de la entidad¹⁴.

Se tiene que de conformidad con la ley, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵ y el Acuerdo N° 5 de 4 de abril de 2011 proferido por el Consejo

¹² Acuerdo N° 5 de 4 de abril de 2011, por el cual se expiden los estatutos internos de la Industria Licorera de Caldas y se ajusta la planta de personal. Ver Folio 176 del expediente –cuaderno N° 2-.

¹³ La determinación contenida en el inciso 2o. del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, según la cual las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, tienen la categoría de trabajadores oficiales, fue declarada exequible por la Corte Constitucional, sentencia C-484 de 1995, Magistrado Dr. Fabio Morón Díaz.

¹⁴ Por lo tanto, en principio quienes prestan sus servicios a una empresa calificada como industrial y comercial del Estado tienen la calidad de trabajadores oficiales vinculados por una situación contractual de carácter laboral. Es la excepción la posibilidad de ostentar la calidad de empleado público, y para determinarla se ha adoptado el criterio de la actividad o función, pues sólo si se trata de tareas de dirección o confianza podrá darse ésta, regida por una relación legal y reglamentaria. Pero además, es necesario que en los estatutos de la respectiva empresa se indique qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos. Ver Acuerdo N° 5 de 4 de abril de 2011, por el cual se expiden los estatutos internos de la Industria Licorera de Caldas y se ajusta la planta de personal. Ver Folio 176 del expediente –cuaderno N° 2-.

¹⁵ El Consejo de Estado afirmó en sentencia de la Sección Primera, fechada en marzo 15 de 1976, que “en principio, la autonomía administrativa de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado las habilita, salvo disposición legal o estatutaria en contrario, para señalar la planta de su personal, con excepción del nivel directivo (junta o consejo directivo, gerente, director o presidente) que esté predeterminado en las leyes orgánicas de esta clase de servicios (artículo 16 y siguientes del Decreto 3130 de 1968); el artículo primeramente citado le asigna a la junta o al consejo directivo, como función específica la facultad de señalar el personal al servicio de la institución y más aún la de determinar su estructura administrativa sin sujeción a las pautas generales que rigen para los establecimientos



Directivo de la Industria Licorera de Caldas¹⁶, el Gerente General de esa entidad es un empleado público del nivel directivo de libre nombramiento y remoción del Gobernador del Departamento de Caldas, por lo tanto, al no existir disposición especial o específica alguna, ese cargo está sujeto al régimen general de carrera y a las situaciones laborales administrativas en el consagradas.

De conformidad con la doctrina¹⁷ las situaciones administrativas laborales hacen referencia al estado en que se encuentran los empleados públicos frente a la Administración en un momento determinado o las diversas situaciones que toma la relación del servicio de derecho público¹⁸.

El Decreto Ley 2400 de 1968¹⁹ en el artículo 18, señaló que los empleados públicos vinculados regularmente a la administración, pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: a) En servicio activo; b) En licencia; c) En permiso; d) En comisión; e) Ejerciendo las funciones de otro empleo por encargo; f) Prestando servicio militar; g) En vacaciones y h) Suspendido en ejercicio de sus funciones.

públicos (artículo 84 del Decreto 3130 de 1968). Anales del Consejo de Estado - Tomo XC Nos.449 y 450 - págs. 51 a 56. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla.

¹⁶ Por el cual se modifican los Estatutos Internos de la Industria Licorera de Caldas.

¹⁷ RAMÓN, Prada. Derecho Administrativo Tomo I. Ediciones OPEN. Madrid España, Septiembre de 2014. Página 586. "SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. EL SERVICIO ACTIVO Y LA SUSPENSIÓN DE FUNCIONES". También puede verse en el mismo sentido la doctrina nacional:

DUEÑAS Quevedo, Clara Cecilia. Derecho Administrativo Laboral. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia 2013.

¹⁸ YOUNES Moreno, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Editorial Temis. Bogotá – Colombia 2001, página 297.

¹⁹ Proferido por el Presidente de la República, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.



Decreto Ley 2400 de 1968.

Artículo 18. Los empleados vinculados regularmente a la administración pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: en uso de licencia o permiso; en comisión; ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; prestando servicio militar obligatorio, o en servicio activo.

En cuanto a la Comisión como situación administrativa laboral, el Decreto 1950 de 1973 en el artículo 75, indicó que puede darse en dos eventos generales transitorios o temporales: i) uno cuando el empleado sigue ejerciendo las labores del cargo pero en un lugar distinto al de la sede de la entidad, y ii) otro cuando el empleado va atender o ejercer labores oficiales distintas de las del cargo²⁰. Así señala la norma en mención:

Decreto 1950 de 1973.

Artículo 75. El empleado se encuentra en comisión cuando, por disposición de autoridad competente, ejerce temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular.

Ahora bien, el artículo 22 del Decreto Ley N° 2400 de 1968²¹ y el artículo 76 del Decreto 1950 de 1973, consagraron cuatro (4) clases de Comisiones a saber: i) de servicios; ii) para adelantar estudios; iii) para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción; y iv) para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones

²⁰ VILLEGAS Arbeláez, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Principios estructura y relaciones individuales. Tomo I. Leguis Editores S.A. Bogota - Colombia 2010. Página 420.

²¹ Proferido por el Presidente de la República, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil.



privadas, las cuales pueden agruparse en los dos eventos generales transitorios o temporales antes vistos. La norma en mención señala lo siguiente:

Decreto N° 2400 de 1968

Artículo 22. A los empleados se les podrá otorgar comisión para los siguientes fines: para cumplir misiones especiales conferidas por sus superiores; para seguir estudios de capacitación; para asistir a reuniones, conferencias, seminarios y para realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presten sus servicios, para ejercer las funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción cuando la comisión recaiga en un funcionario escalonado en carrera.

El Gobierno reglamentará las condiciones, términos y procedimientos para conceder comisiones.

PARÁGRAFO. En ningún caso podrá conferirse comisión para ejercer funciones que no sean propias de la administración pública.

Decreto 1950 de 1973

Artículo 76. Las comisiones pueden ser:

- a. De servicio, para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación, que interesen a la administración u que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.
- b. Para adelantar estudios.
- c. Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nombramiento recaiga en un funcionario escalafonado en carrera administrativa, y
- d. Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas.



Así las cosas, del literal a) del artículo 76 del Decreto 1950 de 1973, antes transcrito, puede colegirse que la comisión de servicios también puede subdividirse de acuerdo a su objeto en tres (3) subclases, así:

- a. Para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo.
- b. Para cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios.
- c. Para realizar visitas de observación, que interesen a la administración o que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.

Atendiendo a todo lo anterior y a la doctrina²² puede afirmarse que la comisión de servicios hace parte de los deberes de todo empleado y no constituye forma de provisión de empleos y entre sus características principales están: i) la temporalidad, puesto que la ley limita su duración pues la normativa antes citada expresamente señala que están prohibidas las comisiones de servicio de carácter permanente; ii) constituye un deber de todo empleado y no es una forma de provisión de empleos; iii) debe guardar conexidad con la temática propia de la Administración pública y, por lo tanto, no son procedentes las comisiones que tengan como objetivo asuntos ajenos a ella.

²² DUEÑAS Quevedo, Clara Cecilia. Derecho Administrativo Laboral. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá – Colombia 2013, página 199.



En ese orden, también es válido afirmar que la situación administrativa denominada comisión: **a) en el evento general que implica el ejercicio de las labores del cargo** en un lugar distinto al de la sede de la entidad corresponde a la comisión de servicios en cualquiera de las tres (3) subclases antes mencionadas, mientras que b) **el evento general donde el empleado va a atender o ejercer labores oficiales distintas de las del cargo** corresponde a las i) las comisiones de estudio, ii) para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, y iii) para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas.

Así las cosas, debe concluir la Sala atendiendo a la redacción de las normas antes mencionadas así como al objeto que cosangra cada forma de comisión de las antes vistas, que en la situación administrativa de comisión de servicios el empleado sigue ejerciendo las funciones de su cargo aunque en un lugar distinto a la sede de la entidad y no podría por ejemplo llegarse a esa misma conclusión para el caso de las comisiones para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remisión, para estudios o atender invitaciones, pues en esos eventos el objeto de la comisión por su naturaleza resulta incompatible o interfiere con el ejercicio de las funciones del empleo.

En ese orden, al estar los empleados públicos en la situación administrativa de comisión de servicios en un lugar distinto al de la sede de la entidad, no pierden sus competencias, toda vez que la finalidad de esta forma de comisión, por imperativo legal, está dirigida al cumplimiento de la función



pública necesaria y expresamente a través del ejercicio de las funciones propias del cargo del cual se es titular.

Ahora bien, teniendo presente las anteriores conclusiones, la Sala procederá a analizar el cargo de falta de competencia planteado por la actora.

(ii) Análisis del cargo de falta de competencia del Gerente General de la Industria Licorera de Caldas para proferir un acto de insubsistencia estando en comisión de servicios.

a) La actora en el escrito de demanda y de apelación a la sentencia de primera instancia, señala que el señor Gerente General de la Industria Licorera de Caldas no tenía competencia para expedir la Resolución N° 0724 del 17 de agosto de 2012 por la cual declaró insubsistente su nombramiento, porque para esa fecha éste estaba comisión de servicios fuera de la sede de entidad.

Debe señalar la Sala que en el expediente no obra el acto administrativo por medio del cual al Gerente General de la Industria Licorera de Caldas se le otorgó para el día 17 de agosto de 2012 la mencionada comisión, pues la demandante ni la entidad demandada lo aportaron o solicitaron en sus escritos de demanda o contestación y el A Quo no lo decretó de oficio.

Pese a lo anterior, observa la Sala que en el curso de la primera instancia en la audiencia inicial²³ de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en la fijación del litigio con la anuencia de las partes se dio por hecho la

²³ Acta de audiencia inicial de 9 de octubre de 2013, ver folio 704 del cuaderno principal.



existencia de la comisión en favor del Gerente General de la Industria Licorera de Caldas para el día 17 de agosto de 2012, así:

“FIJACIÓN DEL LITIGIO.

Conforme a los hechos y pretensiones plasmados en precedencia, considera el Magistrado que la fijación del litigio, se contrae a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿Requieren de motivación los actos administrativos que desvinculan del servicio a servidores públicos que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción?

(...)

¿El hecho de que el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas se encontrara en comisión de servicios, el día que se expidió el acto de insubsistencia de la demandante, afectó la validez y eficacia del mismo?

Se interroga entonces a las partes frente al hecho de si están de acuerdo con la anterior definición del litigio, cuestionamiento que la demandante objeta en el primer planteamiento, puesto que considera que el acto administrativo se considera válido y no debe ser motivado en su expedición, lo que si debe estar en la hoja de vida del empleado.

Por lo anterior, el Magistrado considera la posibilidad de cambiar el primer problema jurídico, al cual quedará así:

1.- Las constancias que deben reposar en la hoja de vida son presupuestos para la existencia y validez de los actos de desvinculación de servidores públicos en cargo de libre nombramiento y remoción.”.

Por otra parte también obran en el expediente: i) los comprobantes de pago de viáticos por comisión para los días 16 y 17 de agosto de 2012²⁴, ii) la certificación de pago de viáticos por esos mismos días en el cual se lee *“Por concepto de: valor a pagar por concepto de viáticos a la ciudad de Bogotá el (los) día (s) 16 de agosto de 2012 pernoctando el (y) 17 de agosto sin pernoctar con el fin de atender reunión para posibles planes con*

²⁴ Folio 67 a 69 del expediente –cuaderno N°1-



*representantes de la India*²⁵; y iii) la solicitud de Comisión – Personal de la Industria Licorera de Caldas, en la que se autoriza la comisión²⁶, la cual está firmada por el Gerente de la Industria Licorera de Caldas, donde se lee:

“NOMBRE: FRANCISCO EDUARDO QUINTERO DELGADO.
CARGO: GERENTE GENERAL
ÁREA: GERENCIA GENERAL
LUGAR DE LA COMISIÓN: BOGOTÁ

TIEMPO (FECHAS) DE LA COMISIÓN: 16 Y 17 DE AGOSTO DE 2012.
(1) DÍAS PERNOCTANDO
(1) DÍAS SIN PERNOCTAR

DESCRIBA CLARAMENTE EL MOTIVO DE LA COMISIÓN

- Reunión para posibles planes de negocios con representantes de la India.”

De las pruebas documentales antes expuestas, cuya veracidad no fue puesta en duda, así como de las actuaciones de la parte demandada en el curso de la primera instancia, se desprende que:

a) El señor Gerente General de la Industria Licorera de Caldas, solicitó una comisión a la ciudad de Bogotá, la cual él mismo autorizó y por la que le fueron pagados viáticos, dando lugar a inferir válidamente que ésta existió aun cuando no obre en el expediente el acto administrativo que la confirió²⁷.

²⁵ Folio 70 del expediente –cuaderno N°1-

²⁶ Folio 71 del expediente –cuaderno N°1-

²⁷ Debe señalarse que en este evento está siendo enjuiciado el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia y no el acto administrativo que otorgó la comisión al gerente, en ese orden la ausencia en el expediente del documento físico que otorgó la comisión no resulta ser absolutamente necesario en la medida en que lo que se requiere en este evento es acreditar la existencia de la comisión y las condiciones en que ésta se dio a fin de establecer si era o no de servicios, lo cual puede ser acreditado mediante distintos medios probatorios.



b) Del objeto de la comisión, transcrito previamente, es válido concluir que esta fue de servicios, pues fue conferida para gestionar posibles negocios de la empresa lo cual hace parte de las funciones del cargo de Gerente de la Industria Licorera de Caldas²⁸, en la medida en que como representante legal es quien tiene la competencia para suscribir contratos en nombre de la entidad, y por el contrario tal objeto no encaja dentro de aquellos que describen las demás formas de comisión, pues claramente no se desprende que haya sido otorgada para i) adelantar estudios²⁹, ii) para asumir un cargo de libre nombramiento y remoción³⁰ o iii) para atender invitaciones de gobiernos extranjeros.

En ese orden es claro que la Comisión otorgada al Gerente General de la Industria Licorera de Caldas fue de servicios, la cual en términos del análisis realizado por la Sala en el acápite anterior por su naturaleza no implica para

²⁸ Acuerdo N° 5 de 4 de abril de 2011, proferido por el Consejo Directivo de la Industria Licorera de Caldas, por el cual se ajusta la planta de personal y se modifica la estructura interna de la entidad. ARTÍCULO SEXTO: (...)

I. Actividades De Dirección. 1.1. Identificación del empleo. Denominación: Gerente General. (...) PROPÓSITO PRINCIPAL DEL EMPLEO: Es un cargo del nivel directivo, ejerce la representación legal de la empresa, hace parte de los órganos de dirección y administración, y es el responsable de orientar el equipo de trabajo de la empresa, con el fin de obtener resultados financieros satisfactorios y crecimiento permanente del patrimonio de la empresa. FUNCIONES ESENCIALES.

(...)

1. Dirigir, coordinar, vigilar, controlar y evaluar la ejecución y cumplimiento de los objetivos, funciones, políticas, planes y programas inherentes al objeto de la empresa.

2. Ordenar los gastos, dictar los actos administrativos, realizar las operaciones y celebrar los contratos y convenios necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funciones de la entidad, dentro de los límites legales y estatutarios.

²⁹ Además de acuerdo con la doctrina se ha entendido que la comisión de estudio está referida a los empleados de carrera dada su articulación con la calificación de servicios como presupuesto para su concesión y en el presente caso el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas es un empleado de libre nombramiento y remoción. Ver VILLEGAS Arbeláez, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Principios estructura y relaciones individuales. Tomo I. Legis Editores S.A. Bogota - Colombia 2010. Página 423.

³⁰ Además de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, la Comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, solo puede otorgarse a empleados de carrera y en este caso el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas es de libre nombramiento y remoción.



el empleado un desprendimiento de las funciones del cargo del que se es titular, pues precisamente se otorga para permitir que se ejerzan temporalmente en un lugar distinto al de la sede de la empresa.

Así las cosas, teniendo presente que el señor Gerente General de la Industria Licorera de Caldas estaba en comisión de servicios el 17 de agosto de 2012 para la ciudad de Bogotá y en tal caso tenía el ejercicio de las funciones de su cargo, estaba facultado para ejercer la función de remoción de funcionarios de libre nombramiento³¹, en otras palabras, la comisión de servicios no le suspendió el ejercicio de las funciones de su cargo.

b) También afirma la demandante, en este mismo cargo de falta de competencia, que en la Resolución N° 0724 del 17 de agosto de 2012 expedida por el Gerente General³² de la Industria Licorera de Caldas, se indicó que fue suscrito por el Gerente General de esa entidad en la ciudad de Manizales³³, lo cual constituye una falsedad en la medida en que para la fecha de expedición éste se encontraba en comisión en la ciudad de Bogotá. Frente a esta acusación la parte demandada en la contestación de la demanda y en los escritos de alegatos sostiene que el nominador sí estuvo en la ciudad de Manizales en el día al que hace referencia el acto administrativo.

³¹ Acuerdo N° 5 de 4 de abril de 2011, proferido por el Consejo Directivo de la Industria Licorera de Caldas, por el cual se ajusta la planta de personal y se modifica la estructura interna de la entidad. ARTÍCULO SEXTO: (...)

I. Actividades De Dirección. 1.1. Identificación del empleo. Denominación: Gerente General. FUNCIONES ESENCIALES. (...) 7. Nombrar, remover y contratar al personal de la entidad.

³² Señor Francisco Eduardo Quintero Delgado.

³³ Folio 16 del expediente -cuaderno N° 1-.



Para resolver lo anterior, debe la Sala señalar además de lo expuesto en párrafos anteriores, que de las pruebas antes señaladas³⁴ en especial de los comprobantes de pago de viáticos y la certificación de pago de viáticos, se desprende que la comisión de servicios del Gerente General de la Industria Licorera de Caldas solo le permitía pernoctar en la ciudad de Bogotá el 16 de agosto de 2012, de manera que debía regresar a la sede de la entidad en el curso del día 17 del mismo mes y año.

Aunado a lo anterior observa la Sala que también obra en el expediente una certificación de 12 de noviembre de 2013 expedida por la Aerolínea Avianca en la que se indica que el señor Gerente General de la Industria Licorera de Caldas utilizó tiquetes aéreos Manizales - Bogotá, Bogotá - Pereira, saliendo de Bogotá y llegando a Pereira el 17 de agosto de 2012 en el Vuelo N° 8539, el cual según la página Web de Avianca, corresponde al itinerario de 5:53 A.M., con llegada a la ciudad de Pereira a las 7:01 A.M.³⁵.

Las anteriores pruebas analizadas en conjunto, permiten dilucidar que el señor Gerente General de la Industria Licorera de Caldas, en ejercicio de la comisión de servicios otorgada para ejercer funciones de su cargo en la ciudad de Bogotá los días 16 (pernoctando) y 17 (sin pernoctar) de agosto de 2012, viajó por la aerolínea Avianca a la ciudad de Bogotá, estuvo allí el 16 y

³⁴ i) El formato de Solicitud de Comisión – Personal de la Industria Licorera de Caldas, en el cual se autoriza la comisión; ii) los comprobantes de pago de viáticos por comisión por los días 16 y 17 de agosto de 2012; ii) la certificación de pago de viáticos por la comisión de los días 16 y 17 de agosto de 2012.

³⁵ Ver folio 74 y 75 del cuaderno de pruebas parte demandante.

17 (en horas de la mañana) de ese mes y año y este último día en la mañana viajó por esa misma aerolínea a la ciudad de Pereira³⁶.

También obran en el expediente los siguientes documentos: i) comprobantes de pago de viáticos por comisión de servicios para los municipios de Aguadas y Anserma (Caldas) por los días 18, 19 y 20 de agosto de 2012³⁷, ii) la certificación de pago de viáticos por esos mismos días en el cual se lee *“Por concepto de: valor a pagar por concepto de viáticos a la ciudad de Aguadas, Anserma el (los) día (s) 18 y 19 de agosto de 2012 pernoctando el (y) 20 de agosto sin pernoctar con el fin de Acompañamiento al distribuidor en fiestas en dichos municipios”*³⁸; y iii) la solicitud de Comisión – Personal de la Industria Licorera de Caldas, en la que se autoriza la comisión³⁹ la cual está firmada por el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas donde se indica el objeto de la comisión, el cual coincide con el descrito en la certificación de pago viáticos.

De lo anterior y analizadas las evidencias en conjunto, puede señalar la Sala que atendiendo a las reglas de la sana crítica entre las cuales se encuentran la lógica y la experiencia, es razonable y creíble el argumento de la parte demandante cuando afirma que el 17 de agosto de 2012 -fecha de la

³⁶ Debe señalarse además que el Decreto 1042 de 1978, por el cual el Presidente de la República de Colombia, estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos, indica que el pago de viáticos diarios sin pernoctar tiene lugar cuando el empleado no va permanecer ese día completo en el lugar de la comisión. Artículo 64º.- *De las condiciones de pago.* Dentro del territorio nacional solo se reconocerán viáticos cuando el comisionado deba permanecer por lo menos un día completo en el lugar de la comisión, fuera de su sede habitual de trabajo. Cuando para el cumplimiento de las tareas asignadas no se requiera pernoctar en el lugar de la comisión, sólo se reconocerá el cincuenta por ciento del valor fijado en el artículo 62.

³⁷ Folio 74 a 76 del expediente –cuaderno N°1-

³⁸ Folio 77 del expediente –cuaderno N°1-

³⁹ Folio 78 del expediente –cuaderno N°1-



suscripción del acto administrativo de insubsistencia- el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas, estuvo en la ciudad de Manizales – Caldas porque iba de regreso a esa ciudad vía la ciudad de Pereira, más aun cuando de conformidad con la segunda comisión de servicios debía pasar por Manizales para estar en los municipios de Aguadas – Caldas y en Anserma – Caldas el 18 de agosto de 2012.

En ese orden, ateniendo a las pruebas obrantes en el expediente no hay elementos de juicio que permitan a la Sala dar por acreditado que el acto administrativo acusado fue suscrito en una ciudad diferente a la que en el mismo se expresa, por el contrario además de la presunción de veracidad que ampara todo el contenido de ese acto administrativo *–incluyendo su fecha y lugar de expedición–* puede inferirse de manera lógica que el defecto aducido por la demandante no existió, a mas que hipotéticamente de haberse configurado tal irregularidad, en el presente caso, no podría tener la virtud de viciar la voluntad de la administración y menos aún de afectar la competencia del titular de la función de remoción en la Industria Licorera de Caldas, pues como se indicó en acápites anteriores la comisión de servicios no impedía al Gerente General el ejercicio de las funciones propias de su empleo en un lugar diferente a la ciudad de Manizales – Caldas⁴⁰.

⁴⁰ Ahora bien, independientemente del lugar donde haya sido expedido el acto administrativo, de conformidad con los artículos 22 del Decreto 2400 de 1968 y 75 y 76 del Decreto N° 1950 de 1993, la situación administrativa de comisión de servicios en la que se encuentre un empleado público, como en este caso por virtud del artículo 5° del Decreto Ley 3135 de 1968 lo es el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas, no suspende el ejercicio de las funciones de su cargo, de manera que puede ejercer todas aquellas todas aquellas asignadas por el ordenamiento jurídico incluyendo la remoción



En atención a lo previamente expuesto, la Sala entiende que el cargo de nulidad por falta de competencia no prospera, y en consecuencia debe proceder al análisis del segundo cargo presentado por la demandante relacionado con la falta de motivación en el acto administrativo de insubsistencia y en la hoja de vida de la actora.

2.3 RESOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO DEL CARGO DE FALTA DE MOTIVACIÓN

Para resolver el segundo problema jurídico la Sala considera necesario abordar: i) la naturaleza jurídica del cargo desempeñado por la demandante en la Industria Licorera de Caldas así como las formas de retiro del servicio en el sistema de carrera general aplicable a la Industria Licorera de Caldas y ii) el análisis del cargo de falta de motivación.

Lo anterior por cuanto la demandante aduce como segundo cargo que la Resolución N° 0724 del 17 de agosto de 2012 expedida por el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas, mediante la cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Especializado de Control Interno Disciplinario, debía haberse motivado expresamente o por lo menos anotado en su hoja de vida los argumentos de esa decisión.

(i) La naturaleza jurídica del cargo desempeñado por la demandante en la Industria Licorera de Caldas, el retiro del servicio a través de insubsistencia y su motivación.



De conformidad con el artículo 125⁴¹ de la Constitución Política, en la Administración Pública, existen empleos de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, de elección popular, los trabajadores oficiales, y los demás que determine la Ley.

De acuerdo con el artículo 5° inciso 2° del Decreto-Ley 3135 de 1968, quienes prestan servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado por regla general son trabajadores oficiales, salvo quienes ejerzan funciones de dirección o confianza, para lo cual los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos de libre nombramiento y remoción.

Los artículos 25 y 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, señalan que el retiro de los empleados públicos puede producirse por varias causas, entre ellas la declaratoria de insubsistencia del nombramiento y que una vez proferido el acto administrativo correspondiente debe dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron el retiro en la respectiva hoja de vida.

Decreto 2400 de 1968.

Artículo 25. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3074 de 1968.

La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos:

- a). Por declaración de insubsistencia del nombramiento.
- b). Por renuncia regularmente aceptada.
- c). Por supresión del empleo.
- d). Por retiro con derecho a jubilación;
- e). Por invalidez absoluta;

⁴¹ Constitución Política. Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.



- f). Por edad
- g). Por destitución y
- h). Por abandono del cargo.

En ese mismo orden los artículos 105⁴² y 107⁴³ del Decreto Reglamentario 1950 de 1973⁴⁴ expresan que el retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones, tiene lugar por la declaración de insubsistencia del nombramiento y remoción, y no necesita motivación.

La Ley 909 de 2004, en el artículo 41, respecto del retiro de servicio establece que puede producirse mediante acto administrativo que no requiere motivación en el cual se declare la insubsistencia del nombramiento del empleado de libre nombramiento y remoción, siendo por tanto una competencia discrecional.

⁴² Decreto Reglamentario N° 1950 de 1973.

Artículo 105.- El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce:

1. Por declaración de insubsistencia del nombramiento.
2. Por renuncia regularmente aceptada.
3. Por supresión del empleo.
4. Por invalidez absoluta.
5. Por edad.
6. Por retiro con derecho a pensión de jubilación.
7. Por destitución.
8. Por abandono del cargo.
9. Por revocatoria del nombramiento, y
10. Por muerte.

⁴³ Decreto Reglamentario N° 1950 de 1973.

Artículo 107º.- En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña.

⁴⁴ Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 2400 1968.



Ley 909 de 2004

Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

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

PARÁGRAFO 2º: (...)

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

Ahora bien, de acuerdo con las normas antes transcritas, a quien desempeñe un empleo de libre nombramiento y remoción el nominador le puede declarar insubsistente de forma discrecional, sin que se requiera motivar el acto administrativo que así lo disponga, a pesar de lo anterior, la insubsistencia debe estar conforme a derecho, so pena de que pueda declararse su nulidad por desviación de poder o por las causales previstas en la ley, exceptuando la de falta de motivación del acto comoquiera que por la referida disposición legal la autoridad competente no está y obligada a hacerlo.

Esta forma de retiro definitivo del servicio mediante insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción, ha sido objeto de pronunciamiento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en la cual se ha señalado que implica que la autoridad administrativa puede *“apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la*



*función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional*⁴⁵ y, valorar, juzgar y escoger libremente la oportunidad y el contenido de su decisión⁴⁶.

En ese mismo orden de ideas, en cuanto a la obligación de la administración de dejar constancia en la hoja de vida del afectado de los motivos del retiro del servicio, la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado⁴⁷ ha señalado que esa exigencia no hace parte de la etapa de formación del acto y en consecuencia su inobservancia no convierte en ilegal la decisión de insubsistencia.

Por todo lo anterior es válido concluir que, en el caso de los empleados que ejercen cargos de libre nombramiento y remoción en las entidades públicas – *entre ellas las empresas industriales y comerciales del estado como lo es la Industria Licorera de Caldas*- el nominador: i) tiene una potestad discrecional de retirar del servicio al empleado, ii) mediante un acto de declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, iii) que no requiere motivación, iv) pero está en el deber de dejar en la hoja de vida del afectado los motivos del retiro,

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia T-372 de 2002.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de mayo de 2003, referencia: 3274-02.

⁴⁷ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", del 29 de marzo de 2001, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, Radicado No.2055-99, en la cual se señaló "(...) *la omisión de dejar de cumplir con la obligación de dejar constancia en la hoja de vida del hecho y de las causas que ocasionaron la declaración de insubsistencia, exigida en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, no puede constituir un vicio del acto.*". Esta posición ha sido reiterada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Jesús María Lemus Bustamante, sentencia del veintitrés (23) de junio de 2005. También puede verse las sentencias de 23 de septiembre de 1991, expediente 944, actora Hilda María de los Ángeles Parra de Posada; 19 de noviembre de 1993, expediente 6836, actor Jorge Hernán Betancur Aguilar; y de 18 de marzo de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.



v) deber que ser incumplido puede llevar consecuencias disciplinarias para el nominador pero no afecta la validez del acto.

(ii) Análisis del cargo de falta de motivación en el acto de declaratoria de insubsistencia y en la hoja de vida de la actora.

Obran en el expediente la Resolución N° 667 de 28 de julio de 2005, por medio de la cual el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas nombró a la señora Gloria Mercedes Suarez Gonzalez en el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario⁴⁸ el cual de conformidad con el Acuerdo N° 12 de 17 de marzo de 2006⁴⁹ y la Resolución N° 540 de 1 de junio de 2006⁵⁰ proferidos en su orden por el Consejo Directivo y el Gerente General de Industria Licorera de Caldas, era un empleo de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, el Acuerdo N° 24 de 16 de agosto de 2008 del Consejo Directivo de la Industria Licorera de Caldas por medio del cual se restructuró la planta de personal de esa entidad transformó el empleo de Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario en el de Profesional Especializado Grado 222 – 04 también de libre nombramiento y remoción, en el cual fue nombrada la señora Gloria Mercedes Suarez Gonzalez, tal y como consta en la Resolución N° 824 de 22 de agosto de 2008⁵¹ proferida por el Gerente General de esa entidad, del cual en atención al Acta N° 34/2008 de 22 de agosto de 2008⁵² tomó posesión en esa misma fecha y fue de ese cargo que

⁴⁸ Folio 14 del expediente –cuaderno N°1-

⁴⁹ Folio 17 del expediente –cuaderno N°1-

⁵⁰ Folio 23 del expediente –cuaderno N°1-

⁵¹ Folio 173 del expediente –cuaderno N°1.-

⁵² Folio 171 del expediente –cuaderno N°1.-



el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas mediante la Resolución N° 724 de 17 de agosto de 2012⁵³ la declaró insubsistente.

Observa la Sala que de conformidad con el Acuerdo N° 5 de 4 de abril de 2011⁵⁴ proferido por el Consejo Directivo de la Industria Licorera de Caldas, por medio del cual se reforman los estatutos de esa entidad, en el numeral 7° del artículo sexto, señala entre las funciones del Gerente General la de *“nombrar, remover y contratar al personal de la entidad”*.

Ahora bien, es cierto que el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Profesional Universitario Grado 222 – 04 de la Industria Licorera de Caldas no fue motivado y que en la hoja de vida de la actora no obra anotación alguna referida a los motivos por los cuales fue desvinculada del servicio.

No obstante lo anterior, retomando lo señalado en líneas previas, esto no da lugar a la nulidad del mencionado acto administrativo en atención a lo siguiente:

a) En el presente evento el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas dentro de sus competencias (Acuerdo N° 5, artículo 6° numeral 7°), ejerció la facultad de retiro del servicio (artículo 25, Decreto Ley 2400 de

⁵³ Folio 16 del expediente –cuaderno N°1-.

⁵⁴ Folio 43 del expediente –cuaderno N°1-.



1968; artículo 105 del Decreto 1950 de 1973), la cual cuando se aplica sobre empelados de libre nombramiento y remoción como es el caso de la demandante (Resolución N° 824 de 16 de agosto de 2008) no requiere motivación (artículo 14 de la Ley 909 de 2004), y,

b) La falta de anotación de los motivos de la declaratoria de insubsistencia en la hoja de vida de quien ejerciendo un cargo de libre nombramiento y remoción ha sido afectado con esa medida de retiro del servicio (artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968), no es un elemento de la validez del acto administrativo sino un incumplimiento del nominador frente a sus obligaciones con la entidad que gerencia, que en nada afecta la configuración jurídica del acto más aun cuando tal obligación es posterior.

En atención a lo previamente expuesto, la Sala entiende que el cargo de nulidad de falta de motivación no prospera, y en consecuencia debe proceder al análisis del tercer cargo presentado por la demandante relacionado con la desviación de poder.

2.4 RESOLUCIÓN DEL TERCER PROBLEMA JURÍDICO Y DEL CARGO DE DESVIACIÓN DE PODER.

Ahora bien, dado que la demandante también argumenta como causal de nulidad la existencia de un vicio de desviación de poder en el acto que declaró insubsistente su nombramiento en un cargo de libre nombramiento y



remoción, la Sala debe i) abordar el contenido jurídico de la noción de desviación de poder para luego proceder a ii) analizar el cargo en concreto.

(i) El contenido jurídico de la noción de desviación de poder

La desviación de poder de acuerdo con la doctrina⁵⁵ y la Jurisprudencia de esta Sala⁵⁶ se estructura cuando el fin que persigue el acto administrativo responde a intenciones particulares, personales o arbitrarias de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en oposición a la búsqueda de un fin acorde a las normas a las que debe someterse, es decir, que en la desviación de poder el fin no se haya en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia y la doctrina⁵⁷ también han clasificado las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en grandes grupos:

⁵⁵ GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. Lecciones de derecho procesal administrativo, Volumen 1. Pág. 331. “Claro está que una actuación bajo la desviación de poder podrá dar lugar también a una falsa motivación, en la medida en que la actuación del ente administrativo sea movida por finalidad diferente de la plasmada en la ley y se trate de enmascarar ese indebido proceder en la motivación del acto. Dos criterios servirán, entre otros, para distinguir ambos vicios: a) la desviación de poder hay que buscarla en la intención o finalidad del obrar de la administración, es decir, por fuera del acto, mientras que la falsa o indebida motivación debe indagarse en el cuerpo del mismo; la falsa motivación es una discrepancia entre la razón expresada en el acto y la real, mientras que la desviación de poder es la discrepancia entre la finalidad legal o de interés público y el real motivo que condujo la actuación de la administración. Cada caso será diferente, y en cada indagación será preciso buscar los medios de prueba que sean procedentes, para lo cual se impone adecuada investigación del actuar público y una creativa solicitud de medios de probanza.”.

⁵⁶ consejo de Estado, sección Segunda. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Sentencia de 27 de enero de 2011. Radicación número: 85001-23-31-000-2004-01989-02(0730-08). Actor: Gustavo Alfredo Gomez Guerra. Demandado: Departamento de Casanare.

⁵⁷ Sentencia Paristet de 1875, como se ilustra en “Le grands arrêts de la jurisprudence administrative” 11 Ed. Dalloz, Paris, 1996, pag. 26 a 35.



aquellos casos en que (i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario-, (ii) el acto es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.

Ahora bien, atendiendo a la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, le corresponde al actor probar el supuesto de hecho constitutivo de la desviación de poder de manera clara y que *“que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.⁵⁸”*, lo cual se debe apreciar de conformidad con las evidencias obrantes en el expediente observando la concordancia entre unas y otras, así como su precisión o vaguedad de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En ese orden debe señalar la Sala que frente a los empleos de libre nombramiento y remoción el nominador puede ejercer la potestad de retiro

⁵⁸ Sentencia de 31 de Agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda C.P. Clara Forero de Castro.



del servicio a través de la *insubsistencia* sin motivación expresa tiendo como sustento general el mejoramiento del servicio y que en atención a la presunción de legalidad del acto que ejerce esa facultad discrecional le corresponde al actor probar el defecto por el cual lo acusa, entre estos el de desviación de poder.

En ese orden de ideas, la Sala a continuación procederá a analizar en el caso concreto el cargo desviación de poder.

(ii) Análisis del cargo de nulidad por desviación de poder

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente se encuentra acreditado que los funcionarios que sustituyeron de forma provisional y luego de manera definitiva a la demandante no eran de inferiores calidades a ésta, dentro de un análisis de comparación objetiva por títulos académicos de idoneidad y experiencia con la sustituida y de las condiciones personales de los funcionarios, saliente y entrante.

Lo anterior por cuanto por medio de las Resoluciones N° 0777 del 24 de agosto de 2012 y 0933 de 18 de octubre de 2012, se nombraron transitoriamente, mientras se proveía en propiedad el cargo, a las señoras María Isabel Palacio Henao y Carolina Pineda Hoyos, las cuales cumplían con los requisitos para el desempeño del empleo de Profesional Especializado Control Interno Disciplinario, la primera de las mencionadas a través de las equivalencias señaladas en el Manual de funciones del cargo



de Profesional Especializado de la Oficina de Control Interno Disciplinario⁵⁹ y la segunda de manera directa.

Ahora, si bien es cierto que el remplazo en propiedad de la demandante no fue inmediato, no se observa que dicha situación implique un desmejoramiento del servicio, habida consideración, que es normal y razonable que las entidades estatales se tomen un tiempo prudencial mientras encuentran la persona que al parecer del nominador reúna los requisitos para ocupar el cargo y el perfil buscado.

Por otra parte en cuanto al argumento de haberse nombrado en encargo, en su reemplazo, a quienes dentro de la entidad se desempeñaban como trabajadores oficiales cuando esto solo podía hacerse con quienes ostentaran la categoría de empleados públicos, debe señalar la Sala que este argumento presenta una situación que no se encuentra plenamente acreditada en el proceso y que aun cuando lo estuviera hace alusión a movimientos de personal posteriores a la expedición del acto administrativo que no tienen la virtud de afectar de nulidad el acto administrativo que declaró la insubsistencia ni de demostrar una desviación de poder.

Lo anterior por cuanto, ha sido generalizada la jurisprudencia administrativa en señalar, que demostrar la causal de desviación de poder, implica llevar al

⁵⁹ Ver folios 109 a 110 del expediente –cuaderno de pruebas de la parte demandante-. En particular se puede establecer que posee con superioridad los dos (2) años de experiencia profesional, acredita su título de abogada y ostenta más de un (1) de estudios profesionales adicionales al título profesional exigido en el requisito del respectivo empleo (especialista en derecho administrativo y en legislación comercial y financiera), ver folios 8 a 14 del cuaderno de pruebas de la parte demandante.



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.

En ese orden, cuando se invoca este vicio, necesariamente la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión. De allí que, acreditar la existencia de condiciones fácticas anteriores al acto administrativo objeto de impugnación, con actuaciones realizadas con posterioridad al mismo, con la finalidad de destruir la presunción que lo ampara no es procedente. Así lo ha señalado esta Corporación:

“... demostrar la causal de desviación de poder implica 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. Cuando se invoca este vicio, necesariamente la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión”⁶⁰.

En suma, la parte demandante no acreditó que la desvinculación estuviese viciada por una desviación de poder y los argumentos en los cuales sustenta este cargo no son recibo en la medida en que legal y jurisprudencialmente hacen alusión a situaciones de movimiento de personal posteriores a la

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia de 24 de Marzo de 2011. Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardua en proceso con radicación interna 1587-09.



expedición del acto de insubsistencia, por lo cual la acusación no tiene vocación de prosperidad.

En estas condiciones, se concluye que la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA

CONFÍRMASE, la sentencia de 7 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento incoada por la señora Gloria Mercedes Suarez Gonzalez contra la Industria Licorera de Caldas por haber proferido la Resolución N° 0724 del 17 de agosto de 2012, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Especializado Control Interno Disciplinario de esa entidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

CARMELO PERDOMO CUÉTER