



Sentencia 2013-00257 de 2020 Consejo de Estado

TRASLADO EXCEPCIONES PREVIAS EN LA AUDIENCIA INICIAL / SOLICITUD DE DECRETO DE PRUEBAS - Requisitos

Se advierte que las pruebas solicitadas no estaban encaminadas a contradecir los argumentos con los cuales se sustentaba la excepción previa propuesta por la Industria licorera de Caldas de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, por el contrario la intención del demandante fue aportar medios probatorios con el fin de demostrar los hechos narrados en el libelo introductor, esto es, que la declaratoria de insubsistencia fue arbitraria y que adolecía de desviación de poder. Bajo dicho entendido, resulta claro que el demandante con la recolección de dichas pruebas, no pretendía contradecir la excepción previa propuesta por la Industria Licorera de Caldas, denominada «falta de agotamiento de la conciliación prejudicial frente a la pretensión de reintegro», sino se encaminaban a demostrar supuestos fácticos y argumentación de la causa litigiosa, lo cual como se analizó de forma previa resulta improcedente procesalmente. En cuanto a lo solicitado en el recurso de apelación de que estas pruebas sean decretadas de oficio en esta instancia, se advierte que la parte demandante tuvo la oportunidad procesal para probar los hechos de la demanda, aunado a ello, tal y como se analizará más adelante, no se observan puntos oscuros o difusos en la presente Litis por esclarecer que hagan necesario hacer uso de aquella facultad. Conclusión, no procedía el decreto de las pruebas solicitadas por la parte demandante al descorrer el traslado de las excepciones que fueron negadas en la audiencia inicial, toda vez que estas deben estar encaminadas a desvirtuar los medios exceptivos previos, y no, para probar los hechos y fundamentos de la demanda, como ocurrió en el *sub lite*.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 212

INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - Ejercicio de la facultad discrecional / BUEN DESEMPEÑO DEL EMPLEO PÚBLICO - No inhibe a la administración para ejercer la facultad discrecional

Del material probatorio allegado, se advierte que la Resolución 5899 del 22 de octubre de 2012, visible a folio 17, por la cual la administración ordenó el retiro del servicio del demandante, no contiene motivación respecto de los supuestos de hecho y de derecho, pues solo se plasmó que era en uso de las atribuciones legales y especiales. En este sentido, al ser un cargo de libre nombramiento y remoción conlleva que el acto de insubsistencia no debe contener una motivación expresa porque se presume fundamentado en el mejoramiento del servicio y el interés general. Para desvirtuar dicha presunción, es a la parte demandante a quien le corresponde allegar todos los elementos probatorios tendientes a acreditar que la medida adoptada no tuvo las finalidades anotadas como lo invoca en la demanda. En este sentido, es indispensable que con pruebas así lo demuestre, en cumplimiento de la carga procesal señalada en el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual «[...] incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...]». (...). Debe señalarse que las condiciones profesionales y correcto desempeño de la función no le da al servidor de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad alguno, pues aquellas, son calidades que son exigibles de cualquier persona que preste un servicio público. En ese orden de ideas, el hecho de que el hoy demandante hubiese realizado una buena gestión como gerente lo afirma, no desdice de las aptitudes de quien fue encargado en reemplazo suyo para ejercer el cargo, como tampoco lo hace respecto de la presunción de mejoramiento del servicio que opera sobre el acto de insubsistencia pues aquella debe ser entendida en un contexto amplio que abarque el análisis de las competencias, experiencia, estudios y habilidades de los funcionarios saliente y entrante, como también las relaciones de confianza de estos con el nominador, cuestión última que resulta esencial para el buen desempeño y manejo de la administración pública. NOTA DE RELATORÍA: En lo que tiene que ver con la motivación del acto de insubsistencia del personal de confianza y manejo, ver: C. de E., Sección Segunda, sentencia de 8 de marzo de 2018, radicación: 2743-16. Sobre la desviación de poder como causal de anulación del acto administrativo, ver: C. de E., Sección Segunda, sentencia de 15 de febrero de 2018, radicación: 1615-16.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 5 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 23 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 41 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 44 / LEY 1564 DE 2012 - ARTÍCULO 167

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00257-02(2127-18)

Actor: FRANCISCO EDUARDO QUINTERO DELGADO

Demandado: DEPARTAMENTO DE CALDAS E INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tema: Declaratoria de insubsistencia. Cargo de libre nombramiento y remoción. Desviación de poder

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-224-2020

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 8 de febrero de 2018 por el Tribunal Administrativo de Caldas que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Francisco Eduardo Quintero Delgado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011¹, formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones (folios 3 y 33 a 34):

1. Declarar la nulidad de la Resolución 5899 del 22 de octubre de 2012 expedida por el gobernador de Caldas, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Francisco Eduardo Quintero Delgado en el cargo de gerente general de la Industria Licorera de Caldas.
2. A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Industria Licorera de Caldas a reintegrar al demandante en un cargo de igual o superior categoría al que desempeñaba al momento de su desvinculación.
3. Ordenar el pago a favor del libelista de todos los sueldos, primas, bonificaciones y demás derechos dejados de percibir, desde su retiro hasta cuando se haga efectivo su reintegro, debidamente indexados en su valor y que se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.
4. Condenar en costas.

Supuestos fácticos relevantes indicados en la demanda (folio 4)

1. Mediante Resolución 0990 del 8 de marzo de 2012, el gobernador del departamento de Caldas nombró al señor Francisco Eduardo Quintero Delgado en el cargo de gerente general código 039, grado 04 de la Industria Licorera de Caldas.
2. El demandante durante el ejercicio del empleo cumplió totalmente las funciones, sin que mediaran llamados de atención o procesos administrativos que indicaran algún tipo de incumplimiento.
3. No obstante lo anterior, el gobernador de Caldas profirió la Resolución 5899 del 22 de octubre de 2012 y, sin que mediara motivación de esta, lo declaró insubsistente a partir de la fecha de dicho acto administrativo en el cargo de libre nombramiento y remoción, para el cual fue nombrado.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»², porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por las partes se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

Fecha de la audiencia inicial: 19 de junio de 2014 y 8 de febrero de 2018.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el acta se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones:

«EXCEPCIONES PREVIAS PROPUESTAS POR LA INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS: El apoderado de la demandada propone como excepciones previas las que denomina:

FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL FRENTE A LA PRETENSIÓN DE REINTEGRO: El (sic) apoderado de la Industria Licorera³ de Caldas esgrime que en el memorial de conciliación prejudicial nunca se puso de manifiesto la pretensión clara y expresa de intentar por la vía contenciosa administrativa el reintegro al cargo del Señor Quintero Delgado, y por ende, al no agotarse en debida forma el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial ante la Procuraduría, no le es dable ahora al Juez emitir un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión.

La parte demandante al pronunciarse sobre la excepción solicita se decreten como pruebas las siguientes:

ü Exhibición de todas las actas de la Junta Directiva de la ILC celebradas desde el 2012 hasta la fecha de la exhibición, informes de gestión y estados financieros, informes de revisoría fiscal, informe sobre el resultado de ventas, resultado de la gestión financiera, ahorros de gastos, informe de mejoramiento de la gestión administrativa, exhibición de los antecedentes que sirvieron de fundamento en la declaratoria de insubsistencia. No obstante, sobre las anteriores se pronunciará en el acápite de pruebas.

Siendo una decisión tomada en audiencia queda notificada en estrados.

Ahora bien, pasando a resolver la excepción propuesta por la ILC, lo primero que se debe poner de presente es que la pretensión de reintegro se encuentra inmersa en la solicitud elevada ante la Procuraduría, puesto que al solicitar la nulidad de la Resolución por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción, del señor Quintero Delgado como Gerente General de la ILC, indicando que el medio de control a incoar es la (sic) de Nulidad (sic) y restablecimiento del derecho, es lógica la consecuencia del reintegro.

De otro, si bien el (sic) apoderado de la Industria Licorera de Caldas afirma que no se agotó el requisito de procedibilidad frente a la pretensión de reintegro, no aporta prueba alguna que constate dicha afirmación, y por el contrario como se menciona en líneas anteriores del acta de la celebración de la audiencia de conciliación prejudicial se extrae que el medio de control a instaurar es el de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio del cual se pretende la declaratoria de nulidad de la Resolución por medio de la cual se separa del cargo de Gerente General de la Industria Licorera de Calda (sic) al señor Quintero Delgado, lo que conlleva sin lugar a dudas el restablecimiento automático del derecho, que consiste precisamente en el reintegro del actor al cargo que ocupaba en la Industria Licorera de Caldas.

Es por ello que se entiende que efectivamente frente a la pretensión de reintegro se agotó en debida forma el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial.

En consecuencia se niega la excepción propuesta por la ILC.

Siendo una decisión tomada en audiencia queda notificada en estrados.

LA GOBERNACIÓN DE CALDAS no propone excepciones previas.

Frente a las excepciones de fondo, advierte que las mismas serán resueltas en la sentencia y sobre las pruebas se pronunciará en el acápite respectivo». (Ortografía y mayúsculas del texto original) (folio 175 anverso a 176).

Se notificó la decisión en estrados y no se presentaron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«[...] Conforme a los hechos y pretensiones, considera el Despacho que la fijación del litigio se contra (sic) a resolver los siguientes problemas jurídicos:

Ø Requieren de motivación los actos que declaran la insubsistencia de nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción. El no motivarlos conlleva falsa motivación?

Ø ¿Se probó que el acto por el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Francisco Eduardo Quintero Delgado como Gerente de la Empresa Licorera de Caldas entidad incurrió en desviación de poder y/o desmejoramiento del servicio?

Se pregunta entonces si están las partes de acuerdo a lo que responden afirmativamente [...]» (folio 176 anverso y reverso).

SENTENCIA APELADA (folios 201 a 206)

El 8 de febrero de 2018, el *a quo* profirió sentencia en audiencia inicial en la cual denegó las pretensiones de la demanda, de conformidad con los siguientes argumentos:

Citó el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y apartes jurisprudenciales de la sentencia del 25 de septiembre de 2017 proferida por esta Corporación⁴, para indicar que quien desempeña un cargo de libre nombramiento y remoción puede ser declarado insubsistente en forma discrecional, sin que medie motivación del acto administrativo que así lo disponga, el cual goza de presunción de legalidad que puede ser desvirtuada con cualquiera de las causales expuestas en el artículo 137 del CPACA.

Seguidamente, afirmó que tanto la parte demandante como demandada aceptaron que el cargo desempeñado por el libelista era de libre nombramiento y remoción, ello, en concordancia con lo previsto en el literal b, numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, el cual regulaba que los gerentes de entidades descentralizadas cuyo ejercicio implicaba la adopción de políticas y directrices, tenía dicha naturaleza.

Analizó las pruebas aportadas al plenario y señaló que no se advertía en el cartulario prueba alguna que demostrara la desviación de poder y mucho menos un desmejoramiento del servicio con la declaratoria de insubsistencia del demandante, afirmación que carecía de sustento probatorio. Agregó que la ausencia de motivación del acto demandado no implicaba *per se* desviación de poder.

RECURSO DE APELACIÓN (folios 209 a 219)

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitó se revoque y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Las razones en que fundamenta su recurso son las siguientes:

Aseveró que la inconformidad contra de la sentencia apelada, radica en la negativa de decretar pruebas oportunamente solicitadas a partir de argumentos que no poseían la fuerza necesaria «para abrirse paso», dado que fueron diferentes las oportunidades probatorias en las que se solicitaron las y fueron desestimadas sistemáticamente por el *a quo*, por lo que cercenó de esta forma, la capacidad probatoria a la que tenía derecho.

Arguyó que, si bien en el escrito del libelo introductor solicitó pruebas que fueron decretadas y practicadas, la parte demandante contaba con otra oportunidad procesal para aportarlas, esto es, en la contestación de las excepciones, con el fin de desvirtuar los medios exceptivos propuestos por las aquí demandadas, conforme al parágrafo 2 del artículo 175 del CPACA en concordancia con el artículo 370 del CGP.

Sostuvo que la parte demandante tenía todo el derecho de peticionar medios probatorios que considerara necesarias para contraponerse a las excepciones presentadas, las cuales se servirían para reforzar sus pretensiones en atención al principio de comunidad de la prueba.

Transcribió el aparte pertinente de la audiencia inicial llevada a cabo el 19 de junio de 2014, en la cual se denegaron las pruebas solicitadas por la parte demandante al descorrer el término de las excepciones, para aludir que la «única manera de atacar frontalmente la legalidad del acto de declaratoria de insubsistencia (y, a la postre, la potestad discrecional que tenía el Gobernador de Caldas) era refiriéndose a pruebas que demostraran la inexistencia de razones de peso para declarar la insubsistencia, lo que consecuentemente tendría como objetivo reforzar los hechos de la demanda».

Señaló que la excepción presentada por la Industria Licorera de Caldas tenía como único objetivo afirmar que, al tratarse de un funcionario de libre nombramiento y remoción, el gobernador de Caldas no se encontraba atado a motivar el acto de declaratoria de insubsistencia, por tal motivo, las pruebas peticionadas por el libelista tenían como objetivo demostrar la desviación de poder.

Argumentó que el razonamiento llevado a cabo por el juez de instancia escindió la totalidad de una de las oportunidades probatorias a favor de la parte demandante, impidiéndole desvirtuar los hechos constitutivos de excepciones, por lo que se le vulneró el derecho de la tutela judicial efectiva. Agregó que la tesis del Ministerio Público fue acogida por la magistratura, negándosele su capacidad probatoria, lo cual constituye un fallo basado en una vía de hecho.

Finalmente, concluyó que el libelista no pudo probar nada, por lo que solicita a esta Corporación ejerza la facultad prevista en el artículo 213 del CPACA, a fin de decretar de oficio las pruebas negadas en primera instancia y que constan en el documento que descurre el traslado de las excepciones presentadas por las demandadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante (folios 241 a 247): reiteró los argumentos esbozados en el recurso de apelación e insistió en que se debieron decretar las pruebas solicitadas al descorrerse el término de las excepciones propuestas por la Industria Licorera de Caldas.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en desarrollo de esta etapa procesal, según constancia secretarial visible a folio 248.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Procedía el decreto de las pruebas solicitadas por la parte demandante al descender el traslado de las excepciones y que fueron negadas por el *a quo* en la audiencia inicial?
2. ¿La declaratoria de insubsistencia del señor Francisco Eduardo Quintero Delgado quien se desempeñaba en el cargo de gerente general de la Industria Licorera de Caldas, desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la Constitución y la ley a la administración?

Primer problema jurídico

¿Procedía el decreto de las pruebas solicitadas por la parte demandante al descender el traslado de las excepciones y que fueron negadas por el *a quo* en la audiencia inicial?

Al respecto la Subsección sostendrá la tesis de que la solicitud de medios de prueba en el traslado de las excepciones, deben estar encaminadas a desvirtuar los medios exceptivos previos o de mérito, y no, para probar los hechos de la demanda, conforme pasa a explicarse.

De las oportunidades probatorias

El artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, prevé las oportunidades probatorias que tienen las partes dentro del proceso en primera instancia, así:

«Artículo 212. *Oportunidades probatorias*. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.

En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvencción y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.

Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.

En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos: [...]» (Subrayas de la Sala).

Según esta disposición, una de las ocasiones probatorias es el traslado de las excepciones, sin embargo, esta Subsección habrá de precisar que dichos medios de pruebas son admisibles en la medida en que estén encaminadas a desvirtuar los medios exceptivos propuestos previos o perentorios por la demandada.

En efecto, la doctrina⁵ ha fijado un derrotero interpretativo respecto de la dicha oportunidad probatoria:

«Por otro lado se observa que de conformidad con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011 en primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas -entre otras-, en las excepciones y la oposición a las mismas.

Sin embargo, esta oportunidad probatoria no es absoluta, por cuanto si bien el legislador permite la solicitud de medios de prueba en el traslado de las excepciones, las pruebas deben ser conducentes, pertinentes y útiles para desvirtuar las excepciones propuestas por la demandada, pero no para probar los hechos de la demanda.

En otros términos, el traslado de las excepciones no es una nueva oportunidad probatoria que tiene el demandante para demostrar los hechos de la demanda, sino una oportunidad procesal a favor de la parte actora a efectos de materializar el ejercicio del derecho constitucional de defensa en contra de las excepciones propuestas.

[...]

Acoger una interpretación diferente, sería aceptar que el demandante para demostrar un hecho, las pruebas las puede solicitar en dos oportunidades: i) en la demanda; y, en el traslado de las excepciones, circunstancia que a todas luces es violatoria del derecho constitucional al debido proceso del demandado, quien sólo tiene una oportunidad para probar ese mismo hecho, y es en la contestación de la demanda.

En conclusión, para que proceda el decreto de los medios de prueba en el traslado de excepciones, con fundamento en los preceptos constitucionales y doctrinales enunciados, han de concurrir los siguientes supuestos:

a) Que el demandado proponga excepciones perentorias o previas según el caso; y,

b) Que las pruebas que solicite el demandante tengan como finalidad desvirtuar las excepciones propuestas por el demandado; no demostrar

supuestos fácticos de la demanda». (Negrillas del texto original).

De conformidad con lo expuesto, es dable colegir que la oportunidad probatoria de que trata el artículo 212 del CPACA se otorga para atacar excepciones previas o de mérito, para lo cual debe efectuarse un análisis de los medios exceptivos formulados en tanto que como regula la normativa, si en estricto sentido no son hechos nuevos que ataquen la pretensión, el demandante no está en la facultad de solicitar decreto de medios de prueba, toda vez que desequilibraría las oportunidades probatorias, lo que ineludiblemente conlleva a la vulneración del derecho de defensa y debido proceso de la demandada.

Ahora bien, tal y como se señaló en la audiencia inicial llevada a cabo el 19 de junio de 2014 (folios 175 a 178 vuelto), la única excepción previa propuesta fue la de «falta de agotamiento de la conciliación prejudicial frente a la pretensión de reintegro», dado que esta Corporación al verificar las contestaciones de la demanda, se advierte que el otro medio exceptivo que formuló la Industria Licorera de Caldas fue: «legalidad y validez del acto de declaratoria de insubsistencia» (folio 99). Por su parte, el departamento de Caldas presentó: i) «improcedencia de la acción» y «cobro de lo no debido» (folio 121).

La parte demandante al pronunciarse sobre las excepciones solicitó se decretaran como pruebas las siguientes (folios 130 a 134):

- Exhibición de todas las actas de la junta directiva de la ILC celebradas desde el 2012 hasta la fecha de la exhibición, con el fin de identificar los hechos y fundamentos de la declaratoria de insubsistencia del cargo de gerente general Código 039 grado 04 de dicha entidad, y probar que no existieron razones para declarar la insubsistencia del señor Quintero Delgado.

- Exhibición de los siguientes documentos, con el fin de probar las diferentes evaluaciones que se hacían a la gestión del señor Quintero Delgado:

- Informes de gestión y estados financieros de la Industria Licorera de Caldas, correspondientes a los años 2011, 2012 y 2013, debidamente certificados y auditados.

- Informes de revisoría fiscal de los años 2011, 2012 y 2013.

- Informe sobre el resultado de ventas antes de la posesión del señor Quintero Delgado, y el resultado de ventas durante la gestión de éste.

- Resultado de la gestión financiera en el periodo de gestión del señor Quintero Delgado.

- Ahorros de gastos durante el periodo de gestión del demandante.

- Informe de mejoramiento de la gestión administrativa durante la gestión por parte del libelista y estado en que se encontraba antes la ILC.

- Exhibición de los antecedentes que sirvieron de fundamento en la declaratoria de insubsistencia del señor Quintero Delgado, así como el encargo al señor Arango Henao, y el nombramiento de la señora Cárdenas Atehortúa como gerente general de la ILC.

- Interrogatorio de parte al representante legal de la Industria Licorera de Caldas.

Dichos medios probatorios según indicó el demandante, en el escrito del pronunciamiento sobre las excepciones, tenían como objeto identificar los hechos y fundamentos de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor Quintero Delgado como gerente general de la ILC, y probar que no existían razones ni expresas ni tácitas para la insubsistencia no motivada, «siendo esta arbitraria y abusiva», sin mediar razones de mejorar el servicio, ni la buena marcha de la administración.

Ahora bien, el decreto de las mencionadas pruebas fue negado en la audiencia inicial y contra esta decisión se interpuso el respectivo recurso de apelación, el cual fue rechazado por improcedente (folios 177 vuelto a 178). La parte demandante formuló recurso de queja el cual fue resuelto por esta Corporación el 4 de septiembre de 2017 (folios 128 a 130 vuelto del cuaderno 3) y confirmó el auto recurrido.

Conforme a lo anterior, se advierte que las pruebas solicitadas no estaban encaminadas a contradecir los argumentos con los cuales se sustentaba la excepción previa propuesta por la Industria licorera de Caldas de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, por el contrario la intención del demandante fue aportar medios probatorios con el fin de demostrar los hechos narrados en el libelo introductor, esto es, que la declaratoria de insubsistencia fue arbitraria y que adolecía de desviación de poder.

Bajo dicho entendido, resulta claro que el demandante con la recolección de dichas pruebas, no pretendía contradecir la excepción previa propuesta por la Industria Licorera de Caldas, denominada «falta de agotamiento de la conciliación prejudicial frente a la pretensión de reintegro», sino se encaminaban a demostrar supuestos fácticos y argumentación de la causa litigiosa, lo cual como se analizó de forma previa resulta improcedente procesalmente.

En cuanto a lo solicitado en el recurso de apelación de que estas pruebas sean decretadas de oficio en esta instancia, se advierte que la parte demandante tuvo la oportunidad procesal para probar los hechos de la demanda, aunado a ello, tal y como se analizará más adelante, no se observan puntos oscuros o difusos en la presente litis por esclarecer que hagan necesario hacer uso de aquella facultad.

Conclusión: no procedía el decreto de las pruebas solicitadas por la parte demandante al descorrer el traslado de las excepciones que fueron negadas en la audiencia inicial, toda vez que estas deben estar encaminadas a desvirtuar los medios exceptivos previos, y no, para probar los

hechos y fundamentos de la demanda, como ocurrió en el *sub lite*.

Ahora bien, en aras de garantizar los derechos del demandante de acceso a la administración de justicia y segunda instancia, la Subsección se pronunciará respecto del fondo del asunto planteado en el libelo introductor.

Segundo problema jurídico

¿La declaratoria de insubsistencia del señor Francisco Eduardo Quintero Delgado quien se desempeñaba en el cargo de gerente general de la Industria Licorera de Caldas, desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la Constitución y la ley a la administración?

Al respecto la Subsección sostendrá la siguiente tesis: con la expedición de la Resolución 5899 del 22 de octubre de 2012, el gobernador del departamento de Caldas no desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad que discrecional, tal y como pasa a explicarse.

De la naturaleza del cargo del demandante

Como prolegómeno se encuentra que, conforme a la Resolución 0990 del 8 de marzo de 2012 expedida por el gobernador de Caldas se nombró al señor Francisco Eduardo Quintero Delgado como gerente de la Industria Licorera de Caldas, empleo del cual se posesionó a partir del 21 de marzo de la citada anualidad (folios 18 a 19).

El demandante fue declarado insubsistente mediante Resolución 5899 del 22 de octubre de 2012 cuando ocupaba el cargo de gerente general de la Industria Licorera de Caldas, empleo que se encuentra catalogado como de libre nombramiento y remoción (folio 17).

En efecto, la Ley 909 de 2004, «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones», respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción indicó:

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

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

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

[...]

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente; [...]»

De igual forma, en el Título IV de la citada normativa, en el acápite «DEL INGRESO Y EL ASCENSO AL EMPLEO PÚBLICO», se prevén las clases de nombramientos:

«[...] Artículo 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley. [...]»

A su vez, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, respecto del retiro del servicio de los empleados de los cargos de libre nombramiento y remoción preceptúa:

«[...] 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 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

motivado. [...]» (Subrayas fuera de texto).

Ahora bien, al ser la Industria Licorera de Caldas, una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden departamental directa o de primer grado, (según la Ordenanza 282 de 1998, visible de folios 69 a 76), según lo regulado en la Ley 489 de 1998, la regla general de vinculación laboral es de trabajadores oficiales y excepcionalmente de empleados públicos de conformidad con lo que se instituyera en sus estatutos, siempre que ello atendiera las previsiones legales que rigen la materia.

En efecto, la mencionada Ordenanza «Por medio de la cual se modifican los estatutos básicos u orgánicos de la Industria Licorera de Caldas», vigente al momento de la desvinculación del demandante, preceptuaba:

«[...] ARTÍCULO 23: REPRESENTACIÓN LEGAL

LA INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS tendrá un Gerente, quien será el representante legal de la Entidad y tendrá a su cargo la dirección y administración de los negocios, con sujeción a los estatutos, a las disposiciones emanadas del Consejo Directivo y a las normas legales aplicables a esta clase de empresa.

[...]

ARTÍCULO 25 NOMBRAMIENTO DEL GERENTE

El Gerente de la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, como agente del Gobernador, es de su libre nombramiento y remoción. [...]» (Mayúsculas y negrillas del texto, subrayas de la Subsección).

Conforme a las leyes citadas en precedencia, se observa que el cargo de gerente de la Industria Licorera de Caldas el cual era desempeñado por el señor Francisco Eduardo Quintero Delgado, se encuentra catalogado por la ley y por los estatutos de la entidad demandada como de aquellos denominados de libre nombramiento y remoción.

Lo anterior conduce a concluir que el contenido funcional de los empleos de libre nombramiento y remoción determina el rigor con el que debe someterse a juicio el uso de la facultad discrecional para declararlos insubsistentes⁶. Así, en aquellos que se basan en esencia en la confianza del nominador, la estabilidad en el empleo es particularmente frágil porque dicho factor hace que la discrecionalidad para remover del cargo al funcionario deba concebirse de una forma más amplia en relación con aquellos empleos que responden, predominantemente, a relaciones de confianza profesional.

Ahora bien, respecto, de la regla de no motivar el acto de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, es preciso señalar que esta Subsección la ha justificado en varias ocasiones, en el entendido de que la discrecionalidad para retirar a esta clase de funcionarios bien puede producirse por el nombramiento de otro empleado de confianza que reclama este tipo de cargos. En efecto, en sentencia del 8 de marzo de 2018⁷ se indicó:

«[...] Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera según el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos, ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza.

Por ende, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión, empero, la remoción debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, se han identificado como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza y, c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. [...]» (Subrayas de la Sala).

Conforme a lo anterior, es claro que los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción no requieren de motivación, sin embargo, el ejercicio de dicha facultad exige unos límites que deben ser acatados por el nominador. Bajo este entendido, habrá de analizarse si la desvinculación del señor Francisco Eduardo Quintero Delgado fue adecuada a los fines de la norma que autoriza dicha potestad y fue proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Límites constitucionales y legales para ejercer la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción.

Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia⁸, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

En virtud de lo anterior, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que pasar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

En otras palabras, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

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

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

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 identificado⁹ 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.

Asimismo, la Subsección ha sostenido¹⁰ 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.

Por su parte, el artículo 44 del CPACA señala que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser «adecuada» a los fines de la norma que la autoriza, y «proporcional» a los hechos que le sirven de causa. Lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad».

La desviación de poder

Las autoridades públicas o los particulares que cumplan funciones públicas o administrativas no gozan de autonomía. Al contrario, el poder público es heterónomo, porque la normativa que regula dichas funciones prevé deberes y prohibiciones. Es decir, un variopinto de restricciones a los destinatarios para que se garantice el cumplimiento de los fines públicos.

Por ello, el artículo 6 de la Constitución Política prevé que los servidores públicos además de ser responsables por infringir la Constitución y las leyes, lo son también, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Es decir, que están positivamente limitados, de allí que los servidores públicos solo pueden hacer lo que les está permitido por la Constitución, las leyes, los reglamentos, etc.

Conforme a ello, cuando la conducta (activa u omisiva) es explícitamente contraria a una norma regulativa de mandato, se torna en «ilícita» porque el sujeto activo hizo lo prohibido o no hizo lo debido. Es decir, los ilícitos típicos son las conductas o actos opuestos a una regla de derecho. Se entiende «ilícito» en el sentido más amplio, esto es, como antijurídico o ilegal y no necesariamente como delictual. Sin embargo, también existen ilícitos atípicos. Manuel Atienza explica que «[...] Los ilícitos atípicos, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: *prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo - y en razón de su oposición a algún principio o principios-, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita. Esto es, abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder [...]»¹¹.

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

Al respecto, el abuso o desviación de poder¹² es creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés, como reacción al formalismo excesivo del derecho público y con el fin de someter los actos administrativos discrecionales al control judicial. Se ha llegado a sostener incluso que precisamente el eje central del derecho administrativo es el control de la discrecionalidad. Al respecto, García de Enterría señala lo siguiente:

«[...] La cuestión del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración es un tema clásico de la teoría del Derecho. Está en los orígenes mismo del Derecho Administrativo y cada época ha ido dejando en él la huella de sus propias reflexiones teóricas, así como de las sucesivas experiencias prácticas y jurisprudenciales [...]

[...] será justamente en la III República cuando se asiente y se desarrolle de forma espectacular el excès de pouvoir, que dará plena madurez al Derecho Administrativo y que impulsará resueltamente al juez contencioso a extender su control sobre las decisiones de la administración. Desde 1872 hasta hoy mismo los poderes del juez, su instrumentario técnico de análisis de la validez de los actos discrecionales, la extensión de sus poderes de control sobre los actos de la Administración, no han hecho sino incrementarse, y hay que decir que la tendencia continúa [...]»¹³

Por lo tanto, esta figura ha sido aceptada como una de las técnicas de control del ejercicio de facultades administrativas discrecionales, pues se ha entendido que la atribución de ciertos márgenes de libertad decisoria a la administración no significa en modo alguno que esta se encuentre habilitada para definir, sustituir o desconocer la teleología a la que constitucional y legalmente responde la norma. Lo anterior condujo a que el juez administrativo perfeccionara sus facultades con el control constitucional, y que el control del exceso de poder, o la desviación de poder, se fortaleciera con los principios constitucionales. Algunos incluso sostienen que en el derecho administrativo no es necesario hablar de la constitucionalización, porque por su naturaleza es constitucional.

Por último, es importante recalcar que el uso de la norma que confiere poder, el cual está permitido por una regla regulativa, genera un resultado institucional o cambio normativo, bien sea un contrato, un acto administrativo o una ley¹⁴. En esos términos, al tratarse de un «ilícito atípico» provoca un daño, consistente en el agravio o amenaza de derechos e intereses colectivos. Una característica importante del citado daño, es el de ser indirecto o mediato.

Por su parte, el Consejo de Estado¹⁵ ha efectuado el análisis sobre la desviación de poder, desde esta misma óptica, al respecto:

«[...] 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»¹⁶.

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

Cabe resaltar, que sobre la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción por disposición expresa del inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, su ejercicio no se encuentra sometido a las normas de la primera parte del código, relativas a los procedimientos administrativos. Entre otras cosas, ello supone, como se enunció, que el acto administrativo mediante el cual se ejerza no está en la necesidad de tener una motivación expresa, entendiéndose que su ejercicio, cuando se dispone la remoción de un funcionario, está amparado por una presunción teleológica en virtud de la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo obedece a motivos de mejoramiento del servicio.

Del análisis anterior, la Sala concluye que en este caso la definición de la existencia de un vicio de poder se desprende por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración. Sobre el particular, esta corporación ha sostenido lo siguiente:

«[...] 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.[...]»¹⁷

Declaratoria de insubsistencia del cargo desempeñado por el demandante

En virtud de los precedentes razonamientos y de cara al *sub lite*, en el presente caso, no está en discusión que el cargo denominado gerente de la Industria Licorera de Caldas, que desempeñaba el demandante es de libre nombramiento y remoción, como quedó analizado anteriormente.

Ahora bien, del material probatorio allegado, se advierte que la Resolución 5899 del 22 de octubre de 2012, visible a folio 17, por la cual la administración ordenó el retiro del servicio del demandante, no contiene motivación respecto de los supuestos de hecho y de derecho, pues solo se plasmó que era en uso de las atribuciones legales y especiales. En este sentido, al ser un cargo de libre nombramiento y remoción conlleva que el acto de insubsistencia no debe contener una motivación expresa porque se presume fundamentado en el mejoramiento del servicio y el

interés general.

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

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

- Mediante Resolución 0990 del 8 de marzo de 2.012, el gobernador del departamento de Caldas nombró al señor Francisco Eduardo Quintero Delgado en el cargo de gerente general, código 039, nivel 0, grado 04 de la Industria Licorera de Caldas (folio 18).
- Conforme al acta de posesión 080, el señor Quintero Delgado se posesionó del mencionado empleo el 21 de marzo de 2012 (folio 19).
- Posteriormente, a través de la Resolución 5899 del 22 de octubre de 2012, expedida por el gobernador de Caldas, se declaró insubsistente el nombramiento del señor Francisco Eduardo Quintero Delgado en el empleo de cargo de gerente general, código 039, nivel 0, grado 04 de la Industria Licorera de Caldas (folio 17).
- De conformidad con los antecedentes administrativos allegados por la Industria Licorera de Caldas, la hoja de vida del señor Quintero Delgado no contiene anotaciones sobre las causas que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del cargo de gerente general (folios 47 a 50, C.2)
- Por medio de Resolución 5899 del 22 de octubre de 2012 se encargó al señor Jorge Eduardo Arango Henao como gerente general de la Industria Licorera de Caldas, mientras se nombraba al titular (folio 17).

Conforme al material probatorio citado en precedencia, se observa que por aproximadamente 7 meses el demandante estuvo vinculado a la entidad ILC y se deduce la buena prestación del servicio, pues no obran pruebas que demuestren o contrario. Sin embargo, estos hechos no prueban un desmejoramiento del servicio con ocasión de su retiro y, mucho menos alcanzan para concluir que la insubsistencia de su nombramiento oculta fines distintos a aquel.

Con todo, debe señalarse que las condiciones profesionales y correcto desempeño de la función no le da al servidor de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad alguno, pues aquellas, son calidades que son exigibles de cualquier persona que preste un servicio público. En ese orden de ideas, el hecho de que el hoy demandante hubiese realizado una buena gestión como gerente lo afirma, no desdice de las aptitudes de quien fue encargado en reemplazo suyo para ejercer el cargo, como tampoco lo hace respecto de la presunción de mejoramiento del servicio que opera sobre el acto de insubsistencia pues aquella debe ser entendida en un contexto amplio que abarque el análisis de las competencias, experiencia, estudios y habilidades de los funcionarios saliente y entrante, como también las relaciones de confianza de estos con el nominador, cuestión última que resulta esencial para el buen desempeño y manejo de la administración pública.

Bajo dicho entendido, se concluye que con el retiro del señor Quintero Delgado no se probó que se desmejoró el servicio, aunado al hecho de que respecto a la persona que asumió las funciones, no se argumentó que no cumpliera los requisitos mínimos o que su desempeño laboral fuera deficiente.

Corolario, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante no se produce por ningún reproche o sanción por su desempeño pues, para la provisión de su empleo, catalogado como de libre nombramiento y remoción, según la normativa estudiada, se le ha otorgado al nominador la discrecionalidad para nombrar a la persona de su confianza. Entre otras cosas, porque el buen desempeño del libelista en el empleo no enerva la facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia y porque posterior a su retiro no se probó ninguna circunstancia negativa que hubiese afectado el servicio público a cargo de la dependencia que él dirigía.

En resumen, de acuerdo con lo expuesto, se verificaron los siguientes aspectos en el *sub examine*:

- Ø La naturaleza del empleo de gerente general de la Industria Licorera de Caldas, es de libre nombramiento y remoción.
- Ø Las calidades profesionales y personales del señor Francisco Eduardo Quintero Delgado no le otorgaban fuero de estabilidad en el cargo.
- Ø No se desmejoró el servicio, en razón a que no se demostró que la labor llevada a cabo por las personas encargadas de sus funciones, desarrollaron las actividades en condiciones inferiores en las que se venía ejerciendo.
- Ø No se demostró que la decisión de desvinculación obedeció a represalias, motivos de índole personal u otros distintos del mejoramiento del servicio.

Colofón de los razonamientos expuestos, se considera que el contenido del acto demandado cumple las exigencias de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la decisión discrecional de retiro del servicio. Para desvirtuar dicha presunción, es a la parte demandante a quien le corresponde allegar todos los elementos probatorios tendientes a demostrar que la medida adoptada no tuvo dichas finalidades, lo que en el *sub lite* no ocurrió.

Finalmente, la Subsección encuentra que si bien es cierto, como lo afirmó el demandante en el libelo introductor a pesar de que no aportó pruebas que demostraran su dicho, se desempeñó de forma satisfactoria en el empleo, en gracia de discusión, ello como se dijo, no genera fuero de permanencia y con esa sola circunstancia no es posible concluir que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento desbordó la proporcionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional o que obedeció a fines distintos al buen servicio.

En conclusión: con la declaratoria de insubsistencia del señor Francisco Eduardo Quintero Delgado en el cargo de gerente general de la Industria Licorera de Caldas, mediante Resolución 5899 del 22 de octubre de 2012, no se demostró fines distintos al mejoramiento del servicio, por ende, no se puede predicar desviación de poder.

Decisión de segunda instancia:

Por lo expuesto la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 8 de febrero de 2018 por el Tribunal Administrativo de Caldas que denegó las pretensiones de la demanda, toda vez que no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia del 7 de abril de 2016¹⁸ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» -CCA- a uno «*objetivo valorativo*» -CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹⁹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso no se condenará en costas a la parte demandante, pues si bien resulta vencida en el proceso de la referencia, la parte demandada no actuó en sede de segunda instancia.

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 proferida el 8 de febrero de 2018 por el Tribunal Administrativo de Caldas que denegó las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Francisco Eduardo Quintero Delgado contra el departamento de Caldas y la Industria Licorera de Caldas.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en la plataforma «SAMA».

Notifíquese y cúmplase.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», en adelante CPACA.
2. Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).
3. De ahora en adelante ILC
4. Sección Segunda, Subsección A. Radicado interno (2315-14).
5. Juan Carlos Garzón Martínez en su libro «El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo, debates procesales Ley 1437 de 2011».
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 15 de febrero de 2018. Radicación número: 05001-23-31-000-2010-00420-01(3613-15).
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Radicación número: 63001-23-000-2010-00192-01 (2743-16).
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 29 de febrero de 2016, número interno 3685-2013.
9. Sentencia T-372 de 2012 del 16 de mayo de 2012. Referencia: expediente T-3.215.182.
10. 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).
11. Atienza, Manuel; Ruíz Manero, Juan. Ilícitos atípicos. Madrid, Trotta, 2000. pág. 27.
12. La desviación de poder es una especie dentro del género exceso de poder.
13. Eduardo García de Enterría; Democracia, jueces y control de la administración. Madrid, Marcial Pons, 4ed., 1998, pp. 31 y 36.
14. Atienza y otro. Ob. Cit. pág. 127.
15. *Ibidem*.
16. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009).

17. 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).

18. Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

19. «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:01:33