

ACTO DE INSUBSISTENCIA – No susceptible de recursos en la vía gubernativa. Interposición de recurso de reposición. Proposición jurídica completa. Individualización del acto

Teniendo en cuenta lo anterior, estima la Sala que si bien la decisión inicial contenida en la Resolución No. 249611 de 12 de enero de 2000, no era susceptible de los recursos de la vía gubernativa, de acuerdo con lo preceptuado por el inciso final del artículo 1 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, el pronunciamiento posterior de la administración, esto es, la Resolución No. 253049 de 21 de marzo de 2000, constituye junto con el primer acto administrativo una unidad jurídica, lo que obligaba a la demandante a formular la proposición jurídica completa, al momento de acudir ante esta Jurisdicción con el fin de declarar su nulidad, pues respecto de cada uno de los mismos no puede predicarse existencia propia. La administración, reitera la Sala, al abstenerse de modificar el acto inicial, mantuvo la decisión de retirar del servicio a la actora, aspecto sobre el cual recae la controversia que se pretenden plantear mediante esta acción. En efecto, de acuerdo con el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, cuando una persona acude a esta jurisdicción mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene la obligación de individualizar con exactitud los actos administrativos que contengan la decisión cuya legalidad pretende cuestionar.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 138

COPIAS SIMPLES – Valor probatorio

La Sala no pasa por alto que la actuación antes relacionada fue allegada al expediente en copia simple sin embargo, deberá decir que teniendo en cuenta que los citados documentos, provienen de la misma entidad y fueron conocidos por ésta, sin que en la contestación de la demanda hubiera cuestionado su autenticidad, (artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil) la Sala procederá a valorar su contenido, en relación con los hechos que se aducen en el caso concreto.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 254

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DIRECTIVO – Cargo de confianza. Razonabilidad del acto

Considera la Sala importante reiterar que tratándose la demandante de una empleada perteneciente al nivel directivo de la entidad, ocupando un cargo de libre nombramiento y remoción, no hay duda de que como quedó demostrado cumplía un papel directivo, de manejo, conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptaban políticas o directrices fundamentales para el área de Alimentos y Bebidas Alcohólicas, lo que implicaba necesariamente la existencia de un alto grado de confianza con el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA. De los memorando a los que ya se ha hecho mención que la medida discrecional, de retiro de la demandante, fue proporcional a las circunstancias que antecedieron a la misma y razonable en tanto guardó estrecha relación con la necesidad del servicio público. Según se desprende, la confianza existente entre el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, y la demandante se vio afectada por la actuación de ésta dentro de la investigación que se adelantó sobre los productos

“BIMBO” concretamente en el hecho de haber afirmado, sin sustento científico, que dichos productos contenían sustancias cancerígenas que ponían en peligro la vida de los consumidores, lo anterior dentro de una relación jerárquica en la que el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, ejercía la suprema dirección y coordinación de la entidad, de acuerdo a lo expresado en el manual de requisitos y funciones. Lo anterior, bien pudo generar diferencias entre el Director del Instituto y la demandante frente a lo cual el citado funcionario podía, como en efecto lo hizo, retirar del servicio a la demandante con el fin de evitar que este tipo de desavenencias afectaran gravemente la prestación de un servicio que compromete la vida y salud de los colombianos, sin que ello constituyera como lo quiso hacer ver la parte actora una medida desproporcionada y ajena a los fines de la norma que la autoriza.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-25-000-2000-04935-01(1132-08)

Actor: ELIZABETH HERRERA NEIRA

Demandado: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO Y OTRO

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 14 de febrero de 2008, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, accedió a las pretensiones de la demanda formulada por ELIZABETH HERRERA NEIRA contra en Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA.

ANTECEDENTES

ELIZABETH HERRERA NEIRA, actuando mediante apoderado judicial, y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las Resoluciones Nos.

249611 de 12 de enero de 2000, por medio de la cual el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, declaró insubsistente su nombramiento como Subdirector General de Entidad Descentralizada, código 0040, grado 16, y 253049 de 21 de marzo de 2000, expedida por el mismo funcionario, por medio de la cual confirmó en todas sus partes la Resolución 249611 de 2000 (fls. 45 a 58).

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando, o a otro igual o de superior categoría. Así mismo, pidió que se condene a la entidad demandada a pagar con los ajustes e intereses de ley, todos los sueldos, primas, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías, quinquenios, aportes a la seguridad social por salud y pensión y demás factores salariales dejados de percibir desde su desvinculación y hasta cuando se produzca su reintegro efectivo.

De igual forma, pidió que se le reconozcan y paguen los perjuicios morales ocasionados con su retiro.

Basó su *petitum* en los siguientes hechos.

La señora Elizabeth Herrera Neira ingresó al servicio del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, mediante Resolución No. 244725 de 13 de octubre de 1999, en el cargo de Subdirector General, código 0040, grado 16, de la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas.

Se sostuvo que, desde el inicio de su gestión aplicó los mecanismos necesarios para lograr la máxima eficiencia en su labor, dado el grado de responsabilidad que conllevaba su cargo frente a la vida e integridad de la comunidad.

Se dice en la demanda que por no estar de acuerdo con la conducta de la actora, en el cumplimiento de su deber, se presentaron diversos altercados entre ésta y el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA. Concretamente se citó el caso del decomiso sobre los productos de la empresa "BIMBO" lo que generó un grave disgusto al Director General de la entidad quien, de forma grosera e agresiva pidió explicaciones a la actora sobre su gestión, para finalmente aceptar que lo decomisado por la funcionaria debía ser destruido.

Se sostuvo, que con posterioridad a esta situación, el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, no quiso atender más a la funcionaria por lo que decidió delegar el asunto del decomiso de los productos marca BIMBO en el Subdirector de Medicamentos de la referida entidad.

Además de la evidente animadversión del Director hacia la actora, ésta recibió amenazas contra su vida las cuales fueron puestas en conocimiento de la Fiscalía General, por orden del Director. Manifestó que debido a éstas amenazas, debió abandonar el País, sin su familia y hoy se encuentra en condiciones precarias.

Finalmente agregó la parte demandante, que el funcionario que la reemplazó en sus funciones como Subdirector General de Entidad Descentralizada, código 0040, grado 16, no cumplía con los requisitos profesionales que el manual de funciones y requisitos del INVIMA exigía para el desempeño del citado cargo; por lo que no se procuró una mejora en la prestación del servicio.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Nacional, los artículos 1, 2, 3, 6, 25 y 58.

Del Decreto 2400 de 1968, el artículo 6.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene, que el acto administrativo acusado vulneró el artículo 1 de la Constitución Política en la medida en que en la decisión del Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, de retirar del servicio a la demandante prevaleció su interés particular de apartar de sus funciones a una empleada que venía laborando de manera destacada y en beneficio de la comunidad.

Precisó que, con el retiro del servicio de la demandante se vulneró el artículo 6 de la Constitución Política toda vez que esa decisión, no sólo implicó una extralimitación en el uso de la facultad discrecional por parte del Director de la entidad, sino también una desviación de poder dado que la misma resultó desproporcionada a los fines de la norma que la autoriza.

De igual forma, sostuvo la demandante que su retiro del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, desconoció su derecho fundamental al trabajo y las demás prerrogativas que en materia laboral consagra la Constitución Política, entre ellas, la estabilidad en el empleo.

Argumentó que, si bien la naturaleza del empleo de Subdirector General de Entidad Descentralizada, código 0040, grado 16, era de libre nombramiento y remoción, tal circunstancia *per se* no implicaba que su retiro el servicio podía darse de manera arbitraria puesto que la demandante tenía el derecho de permanecer en el cargo mientras no existieran razones (del servicio o de orden político) que justificaran su retiro.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, contestó la demanda con los siguientes argumentos (fls. 78 a 90, cuaderno No.1):

Se refiere en primer lugar que del material probatorio allegado al proceso se observa que las instrucciones impartidas por la Dirección General sobre una actuación administrativa, son propios de la actividad interna del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, y de la estructura jerárquica en cuanto fijan unas pautas legales a cumplir como corolario del deber de obediencia, al tener como único propósito la fijación y alcance de las disposiciones en materia sanitaria.

Argumento que, de la lectura de los oficios y respuestas entre el Director General de la entidad y la demandante en su condición Subdirectora de Alimentos, se puede observar la existencia de solicitudes para que ésta última suministrara unas explicaciones de carácter técnico en torno a un producto alimenticio,

específicamente en cuanto si el Ácido Sórbico, podría ser nocivo para la salud, sin que por ello deba entenderse que el Director General de la entidad haya pretendido impedir el normal desarrollo del ejercicio de la actividad de control y vigilancia que tramitaba esa Subsección.

Precisó que el hecho de que se hubiera cuestionado el concepto técnico verbal emitido por la actora, ante la Dirección General respecto de si el Ácido Sórbico era carcinógeno o no y que posteriormente fue desvirtuado por ella misma ante la evidencia científica, no puede llevar a afirmar que existía una animadversión del Director y mucho menos que ello hubiera sido la razón de su retiro del servicio.

Manifestó que, en todo caso la actora era una funcionaria de libre nombramiento y remoción, sin amparo de los derechos propios del sistema de la carrera administrativa y mucho menos de período fijo, lo cual la hacía sujeto de la facultad discrecional con que contaba el nominador para ordenar su retiro del servicio, en cuanto lo considerara conveniente en el desarrollo de sus actividades.

Concluyó que, contrario a lo manifestado por la parte demandante el reemplazo de la señora Elizabeth Herrera Neira trajo consigo una mejoría tanto en aspectos humanos como técnicos pues, anualmente las dependencias del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, debían enviar a la Oficina de Planeación e Informática un informe del Plan Operativo Anual (POA) y un informe mensual de resultados, informes que demostraron que la gestión del nuevo funcionario hizo que los niveles de eficiencia de su dependencia, fueran los mejores de la entidad.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia de 14 de febrero de 2008, accedió a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 385 a 401, cuaderno No. 1):

Consideró el Tribunal que los documentos y los testimonios aportados al proceso dan cuenta de las diferencias que existían entre el Director General y la demandante pues, en el cruce de memorandos entre las partes, se evidencia el

disgusto del Director en cuanto a la manifestación verbal de la actora de que en la investigación adelantada contra la empresa BIMBO, ciertos productos presentaban un alto contenido de ácido sórbico, el cual era carcinogénico, tesis que dedujo la actora de la literatura de especialistas consultados (anexos al proceso), y cuya aseveración causó malestar en el Director.

En efecto precisó el Tribunal, que el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, le solicitó a la demandante a través de memorando, información puntual que demostrara su afirmación, en lo que tenía que ver con los posibles efectos adversos del ácido sórbico, frente a lo cual, la señora Elizabeth Herrera Neira, en respuesta a dicha petición, sostiene lo dicho precisando que el daño que podía ocasionar el referido producto químico se concentraba en determinados órganos del cuerpo humano como eran el hígado y los riñones.

Indicó el Tribunal que la investigación que adelantó el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, culminó con la destrucción de los productos decomisados, lo que permitía inferir que le asistía razón a la actora, en cuanto que tales productos si contenían altas dosis de ácido sórbico, lo que es relevante para determinar que no existió un proceder reprochable de parte de la demandante en el ejercicio de sus funciones.

Manifestó que resultaba relevante, y sin explicación lógica, el hecho de que el Director se hubiera negado a recibir a la demandante, cuando le puso de presente que había recibido amenazas contra su vida, hecho que se demostró en el cruce de los memorandos ya indicados. A juicio del Tribunal resultaba deplorable el escaso interés que la Dirección General mostró ante una amenaza de muerte y más aún si se tiene en cuenta que la funcionaria por ser la Subdirectora de Alimentos y Bebidas Alcohólicas, ostentaba rango y jerarquía cercanos al del Director de la entidad lo que suponía la existencia de una permanente comunicación, en aras del principio de coordinación el cual no se agotaba con el envío de memorandos y oficios.

Precisó que el testimonio del señor Ortíz Maluengas, abogado de la entidad, revelaba con suficiencia de detalles, las serias desavenencias que existían entre la demandante y el Director General de la entidad, las cuales tenían que ver puntualmente, con los informes que ésta en su condición de Subdirectora de

Alimentos elaboró manifestando la presencia de altos índices de ácido sórbico en los productos alimenticios elaborados por la empresa "BIMBO", así como su renuencia a emitir un concepto donde señala que las altas concentraciones del citado ácido, no eran perjudiciales para la salud de los consumidores.

Concluyó el Tribunal, que del material probatorio recaudado en el expediente se evidencia una desviación de poder en la actuación adelantada por el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, toda vez que si bien la demandante era funcionaria de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia no tuvo como propósito la mejora del servicio, sino que por el contrario, lo que se buscó fue retirar a la funcionaria que con personalidad íntegra se opuso a la realización de conductas reprochables en la administración pública, como lo era el elaborar informes espurios para evitar iniciar procesos sancionatorios contra empresas del sector alimenticio.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, de acuerdo a las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 421-430):

En primer lugar, citó varias sentencias del Consejo de Estado referentes a que los funcionarios de libre nombramiento y remoción, estaban sujetos a la discrecionalidad del nominador, lo que permitía su retiro del servicio en el momento en que éste lo estimara adecuado para una mejor prestación del servicio.

Sostuvo que, contrario a lo señalado por el *a quo*, consideró que los memorandos anexos al proceso, evidencian que el Director General del INVIMA necesitaba tener certeza de que la información que serviría de sustento para aplicar las medidas sanitarias del caso, fueran coherentes, consistentes y estuvieran científicamente respaldadas, cuidando celosamente la legalidad que debe existir en toda actuación administrativa.

Señaló la parte demandada que la señora Elizabeth Herrera Neira, de acuerdo con las funciones de su cargo, adelantó una investigación que en ningún momento fue

desconocida; sin embargo, no se podía perder de vista que el INVIMA tiene una estructura organizacional jerárquica que permitía la coordinación de las competencias y atribuciones entre las dependencias, de modo que le correspondía al Director General dirigir y controlar dicha gestión, como en efecto lo hizo, respetando siempre la competencia de la demandante, hecho que se ve probado con el decomiso y posterior destrucción de los lotes de productos objeto de análisis, de las empresas "BIMBO" e Industrias Alimenticias NOEL S.A.

Precisó que, la razón que motivó la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora fue el interés de mejorar el servicio, hecho que se probó plenamente en el proceso con los informes de resultados de los años 1999 y 2000 que muestran un aumento en el análisis de rotulado de muestras de alimentos y bebidas alcohólicas que pasaron de 1.170 a 9.485.

En relación con la prueba testimonial que para el *a quo* tenía plena credibilidad, consideró la parte demandada que fue impreciso, no se sabe si fue percibido directamente o fue de oídas; y además, no se compadece con la realidad pues, la actuación del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, frente a los productos de "BIMBO" fue la aplicación de las medidas sanitarias y la apertura de los procesos sancionatorios correspondientes por violación a la normatividad sanitaria. Sostuvo la parte demandante que las explicaciones solicitadas por el Director, hacían parte de su competencia jerárquica de dirección, coordinación y control, lo que demuestra diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones pues nunca se invadió la competencia de la actora.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, consideró que la demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado y demostró cómo el nominador abusó y desvió su poder discrecional para removerla del cargo, con los siguientes argumentos (fls. 461 a 474, cuaderno No.1).

Sostuvo la Procuraduría que la demandante venía cumpliendo con responsabilidad y eficiencia no sólo las funciones que le correspondían como Subdirectora de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del INVIMA, sino también acatando con respeto las constantes y reiteradas solicitudes del Director General, quien, de un momento a otro y en espera del cumplimiento de una orden impartida

por él mismo, decide declararla insubsistente bajo el pretexto del ejercicio de la facultad discrecional de remoción.

Consideró la citada agencia fiscal que debe hacerse un “análisis fáctico – jurídico” de los hechos demostrados en el proceso en contraposición a la decisión de la administración de retirar del servicio de la demandante, haciendo uso de la llamada prueba indiciaria en la cual, partiendo de un hecho conocido (constante instigación y presión del Director a la funcionaria) y un resultado (declaratoria de insubsistencia del nombramiento) se llega a una conclusión y es la relación directa de causalidad existente entre el hecho y el resultado.

Precisó que, de los documentos aportados al expediente se infieren dos circunstancias consistentes, la primera es la inconformidad de la accionante frente al hecho de que la administración, la presiona y hostiga para que suministre una información que ya había entregado oportunamente y debidamente sustentada; y la segunda, es la existencia del acto administrativo que declara insubsistente el nombramiento de la demandante conforme a la facultad discrecional de libre remoción, pero que lleva implícito la animadversión del funcionario.

Consideró que, el testimonio presentado por el señor Luis Eduardo Ortiz Maluendas, tenía toda la credibilidad señalada por el *a quo* pues era una persona imparcial, sin ningún vínculo con la demandante que demostraba el desvío de poder en que incurrió el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA.

Consideró que el principio general de “la sana crítica” en la prueba testimonial, adquiere especial importancia en este proceso pues, en el caso de autos, sólo existe un testimonio válido que debe ser estudiado con un criterio justo y juicioso ya que los demás solicitados, eran personas con parentescos de la actora y los aludidos por la demandada, son personas vinculadas después de la salida de la accionante.

Concluyó que, el fin perseguido por la administración al ejercer la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción consistente en la mejora del servicio se trasgrede con la desvinculación de una funcionaria, que como la actora ejecutaba bien su trabajo, con honestidad, responsabilidad, eficiencia y

cumplimiento, so pretexto de la movilidad permanente a la que están expuestos los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolver

Se trata de determinar en el presente asunto, si la administración del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, al expedir los actos administrativos acusados, mediante las cuales declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, esto son, Resoluciones Nos. 249611 de 12 de enero de 2000 y 253049 de 21 de marzo de 2000, se excedió en el ejercicio de la facultad discrecional, incurriendo en desviación de poder.

De la proposición jurídica formulada en el caso concreto

Advierte la Sala que en el caso concreto el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, mediante Resolución No. 249611 de 12 de enero de 2000, declaró insubsistente el nombramiento de la demandante como Subdirectora General de Entidad Descentralizada, código 0040, grado 16, de la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas de la citada entidad.

Así se lee en la cita Resolución:

**“REPÚBLICA DE COLOMBIA
INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y
ALIMENTOS**

Resolución No. 249611 de 12 de enero de 2000

Por la cual se declara la insubsistencia de un nombramiento ordinario

**EL DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE
VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS**

En ejercicio de las facultades legales conferidas por los artículos 1 y 8 numeral 14 del decreto 1290 de 1994

CONSIDERANDO

Que mediante Resolución No. 244725 de fecha 13 de octubre de 1999 el Director General del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, nombró a la Doctora ELIZABETH HERRERA NEIRA identificada con cédula de ciudadanía No. 52.034.671 de Bogotá, en el cargo de Subdirector General de Entidad Descentralizada código 0040 grado 16 de la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas de la planta de personal, y quien tomó posesión mediante acta 0424 de 13 de octubre de 1999.

RESUELVE

ARTÍCULO 1- Declárese insubsistente el nombramiento hecho a la Doctora ELIZABETH HERRERA NEIRA identificada con cédula de ciudadanía No. 52.034.671 de Bogotá, en el cargo de Subdirector General de entidad Descentralizada código 0040 grado 16 de la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas de la planta de personal, y quien tomo posesión mediante acta 0424 de 13 de octubre de 1999. Del Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos- INVIMA.-. (Fls. 41 a 42, cuaderno No. 1).

Contra la anterior Resolución la demandante, mediante escrito de 20 de enero de 2000, formuló recurso de reposición solicitando fuera considerada la decisión que dispuso su retiró del servicio, frente a lo cual la administración del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, a través de su Director General, mediante Resolución No. 253049 de 21 de marzo de 2000 confirmó en todas sus partes la Resolución No. 249611 de 2000, por la cual se había declarado insubsistente su nombramiento.

Resulta pertinente transcribir algunos apartes de la citada Resolución:

“REPÚBLICA DE COLOMBIA

**MINISTERIO DE SALUD
INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y
ALIMENTOS INVIMA**

RESOLUCIÓN No. 253049 de 21 de marzo de 2000

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

**El Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos
y Alimentos INVIMA**

CONSIDERANDO

Que mediante Resolución No. 244725 de 13 de octubre de 1999 la Dra. ELIZABETH HERRERA NEIRA fue nombrada en el cargo de Subdirector General de Entidad Descentralizada código 0040 grado 16 de la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas.

Que mediante Resolución No. 249611 de 12 de enero de 2000 este Despacho declaró insubsistente el nombramiento de la Doctora ELIZABETH HERRERA NEIRA.

Que mediante escrito radicado en este Instituto el día 20 de enero de 2000, la Doctora ELIZABETH HERRERA NEIRA presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 249611 de 12 de enero de 2000, para que se revoque la misma, manifestando motivos de inconformidad con la decisión tomada por parte de la administración.

Que encuentra este Despacho que no son recibo los argumentos esgrimidos pr (sic) la recurrente, ya que estos son meras apreciaciones.

Que el cargo de Subdirector General de Entidad Descentralizada es un cargo de libre nombramiento y remoción, por lo cual la declaratoria de insubsistencia del mismo es discrecional de la administración.

Por lo tanto este Despacho encuentra improcedente las pretensiones de la recurrente de revocar la Resolución 249611 de 12 de enero de 2000, y en mérito de lo anteriormente expuesto la Dirección General,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución 249611 de 12 de enero de 2000 por la cual se declaró la insubsistencia de un nombramiento por los motivos anteriormente expuestos.”. (Fls. 43 a 44, cuaderno No. 1).

Estima la Sala que la administración del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, mediante la Resolución No. 249611 de 12 de enero de 2000 declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, en ejercicio de la facultad discrecional con que contaba para remover a los empleados de libre nombramiento y remoción, acto administrativo que de acuerdo con el inciso final del artículo 1 del Código Contencioso Administrativo, (Decreto 01 de 1984), no le resultaban aplicables las normas de la primera parte de la

referida codificación, entre las que se encuentran las relacionadas con el agotamiento de la vía gubernativa.

No obstante lo expuesto, la demandante formuló recurso de reposición contra la Resolución No. 249611 de 12 de enero de 2000, que declaró insubsistente su nombramiento, provocando un pronunciamiento por parte de la administración, el cual confirmó en todas sus partes la referida Resolución, como quedó visto con anterioridad.

Teniendo en cuenta lo anterior, estima la Sala que si bien la decisión inicial contenida en la Resolución No. 249611 de 12 de enero de 2000, no era susceptible de los recursos de la vía gubernativa, de acuerdo con lo preceptuado por el inciso final del artículo 1 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, el pronunciamiento posterior de la administración, esto es, la Resolución No. 253049 de 21 de marzo de 2000, constituye junto con el primer acto administrativo una unidad jurídica, lo que obligaba a la demandante a formular la proposición jurídica completa, al momento de acudir ante esta Jurisdicción con el fin de declarar su nulidad, pues respecto de cada uno de los mismos no puede predicarse existencia propia. La administración, reitera la Sala, al abstenerse de modificar el acto inicial, mantuvo la decisión de retirar del servicio a la actora, aspecto sobre el cual recae la controversia que se pretenden plantear mediante esta acción.

Lo anterior, en razón a que en el evento de prosperar las pretensiones de la demanda, al encontrar probados los cargos que se formulan respecto al acto que dispuso el retiro del servicio de la señora Elizabeth Herrera Neira por insubsistencia de su nombramiento, esto es, declarar su nulidad, quedaría vigente el acto que con posterioridad confirmó dicha decisión, manteniéndose incólume la presunción de legalidad que ampara a la totalidad de los actos expedidos por la administración.

En efecto, de acuerdo con el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, cuando una persona acude a esta jurisdicción mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene la obligación de individualizar con exactitud los actos administrativos que contengan la decisión cuya legalidad pretende cuestionar. Así se observa en el citado artículo:

*“ARTICULO 138. INDIVIDUALIZACION DE LAS PRETENSIONES.
<Subrogado por el artículo 24 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.*

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren.”.

En este punto, debe precisarse que según la norma transcrita incluso si el acto definitivo, mediante el cual la administración manifestó su voluntad, fue objeto de recursos en la vía gubernativa, tales decisiones deben ser igualmente acusadas en tanto confirmen o modifiquen la decisión inicial.

Lo anterior toda vez que, la presentación de la demanda con observancia de los requisitos legalmente establecidos, entre ellos la individualización de los actos a demandar, constituye un presupuesto para el surgimiento de la relación jurídico procesal de modo tal que haga posible un pronunciamiento de fondo sobre cada una de las pretensiones manifestadas por la parte demandante al momento de ejercer el derecho de acción.

Adicionalmente, estima la Sala que dicha exigencia obedece a la necesidad de mantener la coherencia entre los actos administrativos que permanezcan vigentes en el ordenamiento jurídico luego de proferida una decisión judicial.

Sobre este particular esta Sección en reiteradas ocasiones ha sostenido que¹:

“Ciertamente como lo anota la apelante la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 12 de diciembre de 1988, expediente número S047 varió la jurisprudencia anterior según la cual bastaba demandar el acto principal sin que fuera necesario impugnar los actos confirmatorios, pues en ella se definió que era imprescindible demandar unos y otros, no sólo porque de prohijarse aquella tesis el término de caducidad de la acción debería contarse a partir de la

¹ Sentencia de 3 de marzo de 1993. Expediente No. 5324. Actor: Juan Andrés Moreno Moreno contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

notificación del acto principal, diligencia que puede preceder en mucho a la expedición del acto confirmatorio, operándose así el fenómeno jurídico aludido, sino porque sería desconocer los mandatos de los artículos 85 y 86 del Código Contencioso Administrativo que exigen al demandante individualizar con toda precisión el acto administrativo y acompañar una copia suya con las constancias de su publicación, notificación o ejecución según el caso.

En esa misma oportunidad, también se dijo que se justificaba el cambio de jurisprudencia, porque:

"Como nuestra justicia es rogada, al demandar solamente la nulidad del acto principal, la sentencia no puede decidir la nulidad del acto que lo confirma, que es un acto independiente, posterior y válido mientras no sea anulado, porque esto significa un fallo extra petita no aceptado por nuestra legislación.

El artículo 304 del C. de P. C. aplicable por disposición del 282 del Código Contencioso Administrativo, dice que la sentencia 'deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda', pero no sobre las que no fueron planteadas.

Al no poder declararse su nulidad por no haber sido pedida, el acto confirmatorio queda vigente íntegramente, y no deja de ser una ilusión jurídica pensar que queda sin piso con la anulación del principal como lo afirma la jurisprudencia modificada."

Esta Sección considera que los razonamientos de la Sala Plena a que se ha hecho referencia constituyen soporte válido de la continuidad de la jurisprudencia relacionada con la necesidad de demandar tanto el acto principal como los confirmatorios, permitiéndose agregar lo siguiente:

(...) Es incuestionable que el legislador buscaba que el demandante identificara con total exactitud el acto cuya nulidad impetra e indicara los de trámite y aquellos que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa.

Sabido es que el acto original se integra con el pronunciamiento que surja con ocasión del ejercicio de los recursos, pues es obvio que la última decisión, por ser confirmatorio de la primera, como en el presente caso, es una manifestación de la administración que le da firmeza, la cual no podía adquirir fuerza sin el último pronunciamiento en virtud de que fue recurrida (...).

Consiguientemente, cabe aseverar que el acto inicial y el que lo confirma, constituyen una unidad inseparable, inescindible, porque contienen la voluntad unánime de la administración sobre un tema y definen un solo aspecto jurídico y administrativo, lo que hace

necesario que se impugnen conjuntamente para que se opere correctamente su información y de esta suerte obtener su integral desaparición del ámbito jurídico.(...).”

Bajo estos supuestos, estima la Sala que la demandante al momento de formular la presente demanda cumplió con la exigencia prevista en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, esto es de solicitar la nulidad de la totalidad de los actos administrativos que contenían la decisión de declarar insubsistente su nombramiento como Subdirector General de entidad Descentralizada, código 0040, grado 16, de la Subdirección General de Bebidas Alcohólicas del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA.

Así mismo, la Sala en relación con la oportunidad que tenía la demandante para acudir a esta jurisdicción, esto es, dentro del término de caducidad previsto en el numeral segundo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, dirá que el mismo sólo se comenzaba a contar a partir del momento en que el acto mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante se encontrara en firme por agotamiento de la vía gubernativa.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el numeral segundo del artículo 62 de la referida codificación, la firmeza de la Resolución No. 24611 de 12 de enero de 2000, sólo ocurrió para el caso concreto al día siguiente de la notificación de la Resolución No. 253049 de 21 de marzo de 2000, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto en su contra, la cual cabe decir se efectuó el 21 de marzo del mismo año, por lo que teniendo en cuenta que la presente demanda fue presentada personalmente el 10 de julio de 2000, debe decirse que la misma se formuló dentro de los cuatro meses previstos en el artículo 136 ibídem, los cuales en este caso, vale la pena precisar, fenecían el 21 de julio de 2000.

Así las cosas, y habiendo acudido en tiempo la demandante ante esta Jurisdicción para controvertir la legalidad de los actos acusados, la Sala entrará a estudiar el fondo de la presente controversia con los siguientes argumentos.

De la facultad discrecional para declarar insubsistente el nombramiento de la demandante en el caso concreto.

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, advierte la Sala 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.

Así las cosas, 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 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, a juicio de la Sala 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.

Sobre este particular la Corte Constitucional en Sentencia C-514 de 1994, MP. José Gregorio Hernández Galindo, sostuvo que:

"Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que

es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata.”.

No obstante lo anterior, 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. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

En este sentido, el artículo 36 del C.C.A. consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

De las funciones de la Dirección General, y la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas, del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA.

Sobre este particular advierte la Sala que el Director General de Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, en ejercicio de las atribuciones legales que le confería el artículo 30 del Decreto 590 de 1993 adoptó, a través de la Resolución No. 12728 de 1 de septiembre de 1995, el manual específico de funciones y requisitos de la entidad, en el cual se detallan entre otras las funciones asignadas a la Dirección General de la entidad y a la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas, en los siguientes términos.

“ (...)Director General de Establecimiento Público, código 0015, grado 23.

1. Dirigir, coordinar, controlar y evaluar la gestión del INVIMA.

2. Planear, coordinar y controlar el desarrollo de las funciones asignadas al INVIMA en el Decreto 1290 de 1994.
3. Proponer y presentar a consideración de la Junta Directiva y de otras instancias superiores determinadas por la Ley, los planes, programas, proyectos, presupuestos e informes financieros, técnicos y administrativo pertinentes.
4. Representar legalmente al INVIMA y actuar como nominador y ordenador del gasto y celebrar contratos, conforme a las normas legales, estatutarias y reglamentarias vigentes.
5. Delegar, si así lo considera, la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en los artículos 12 y 25 de la Ley 80 de 1993 o en las normas que la reglamenten o modifiquen.
6. Promover el intercambio científico y la transferencia tecnológica entre el INVIMA y las entidades académicas y de investigación y desarrollo científico y tecnológico relacionadas con el Instituto.
- 7. Velar por la satisfacción de las necesidades de la comunidad, en materia de calidad de los productos de competencia del INVIMA.**
8. Dirigir, coordinar, implantar y controlar el funcionamiento del sistema de control interno del Instituto.
9. Conformar los Comités requeridos para el funcionamiento del Instituto, designar a sus miembros y determinar sus funciones; igualmente organizar los grupos funcionales que sean necesarios para optimizar la gestión coordinada de las diferentes reparticiones administrativas.
10. Designar representantes del INVIMA para los asuntos judiciales y extrajudiciales que correspondan, así como delegar las funciones que considere conveniente, dentro del marco de las disposiciones legales pertinentes.
11. Expedir los actos administrativos propios de su cargo, incluidos los que se refieren a la expedición, modificación y ampliación de licencias sanitarias de funcionamiento y registros sanitarios.
12. Imponer las sanciones de ley a quienes infrinjan las normas de calidad de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes.
13. Organizar, coordinar y controlar el funcionamiento de la Secretaría de la Comisión Revisora.
14. Presentar, para su aprobación a la Junta Directiva del INVIMA los Acuerdos de Gastos.
15. Las demás inherentes al cargo según las normas vigentes y las que le asigne la Junta Directiva y el Gobierno Nacional.”.

“(…) Subdirector General de Establecimiento público, código 0040, grado 16.

Área de Alimentos y Bebidas Alcohólicas

“(…) 1. Asesorar a la Dirección en definición de estrategias e instrumentos, para la ejecución adecuada de las políticas, que en materia de vigilancia y control de alimentos y bebidas alcohólicas, formule el Ministerio de Salud.

2. Planear, coordinar y controlar, el desarrollo de las actividades referidas a la normatización, acreditación, delegación y control de alimentos y bebidas alcohólicas.
3. Proponer a la Dirección, normas técnicas relacionadas con la garantía de calidad, las buenas prácticas de manufactura, los procedimientos de vigilancia y control sanitario y la publicidad de los productos que se refieran al área Alimentos y Bebidas Alcohólicas.
4. Coordinar el diseño y desarrollo de planes, programas y proyectos de vigilancia y control de calidad a instituciones acreditadas, entes territoriales, productos de su competencia y establecimientos productores y comercializadores de los mismos.
5. Participar en la ejecución de estudios toxicológicos de los productos de su competencia.
6. Proponer y coordinar la ejecución de programas de capacitación, asistencia técnica y de cooperación a las instituciones acreditadas y a los entes territoriales, en la materia de su competencia.
7. Participar en la realización de estudios económicos dirigidos a la definición de las tarifas de los servicios que son de competencia del área, de conformidad con las normas vigentes.
- 8. Absolver consultas y emitir conceptos técnicos referidos a los asuntos de su competencia, incluidos aquellos en los que el INVIMA deba actuar como instancia.**
- 9. Autorizar y coordinar el desarrollo de las visitas a las instituciones acreditadas y entes territoriales relacionados con los productos de su competencia y a los establecimientos productores y comercializadores que se le asignen.**
10. Dirigir y coordinar, en la competencia de la Subdirección, el desarrollo de las actividades referidas al intercambio de información técnica con los productores y comercializadores y a la educación sanitaria sobre cuidados en el manejo y uso de los productos.
11. Dirigir, coordinar y controlar el diseño y desarrollo de los programas de vigilancia epidemiológica de enfermedades transmitidas por alimentos.
12. Dirigir y coordinar el diseño y desarrollo de los procedimientos referidos a la toma de muestras para los análisis de los productos de su competencia.
13. Estudiar y recomendar las sanciones pertinentes a quienes infrinjan las normas de calidad de los productos de su competencia.
- 14. Aplicar las medidas sanitarias de seguridad relacionadas con los productos de su competencia sin perjuicio de las que se deleguen o correspondan a las entidades territoriales, de conformidad con las normas vigentes.**
15. Mantener constante intercambio de información y fomentar el apoyo técnico científico con organismos nacionales e internacionales, públicos o privados, dentro de la materia de su competencia.
16. Elaborar, de acuerdo con los lineamientos de la Oficina de Planeación e Informática, la programación del área, incluidos los requerimientos humanos, físicos y financieros.
17. Definir los contratos que el área requiera adelantar con terceros, coordinar la elaboración de los términos de referencia respectivos y efectuar seguimiento general a su desarrollo una vez se encuentren en ejecución.
18. Las demás funciones que le sean asignadas y correspondan a la naturaleza del cargo.”.

Bajo estos supuestos, advierte la Sala entre las funciones asignadas al Director General de Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, la de dirigir, coordinar y controlar la gestión del INVIMA, así como la de velar por la satisfacción de las necesidades de la comunidad, en materia de calidad de los productos de competencia del instituto, lo que supone un marco de acción amplio, dentro del cual se observa una constante coordinación con las distintas áreas encargadas de los procesos de vigilancia sobre los productos de competencia del INVIMA.

En efecto, dentro de las distintas áreas encargadas de los procesos del instituto se encuentra la de Alimentos y Bebidas Alcohólicas cuyas funciones comprenden, entre otras, las de absolver consultas y emitir conceptos técnicos en los asuntos de su competencia; autorizar y coordinar el desarrollo de las visitas a las instituciones acreditadas, entes territoriales y establecimientos productores, relacionados con los productos de su competencia, y aplicar las medidas sanitarias relacionadas con los productos de su competencia.

De la actuación que precedió el retiro del servicio de la demandante.

Sostiene la demandante que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento como Subdirector General de entidad Descentralizada, código 0040, grado 16, de la Subdirección de Alimentos y bebidas Alcohólicas del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, obedeció al concepto verbal que emitió, ante el Director General del Instituto, dentro de la investigación que se adelantó respecto de algunos productos de la marca "BIMBO", por presentar niveles elevados de ácido sórbico, el cual presuntamente resultaba perjudicial al consumo humano.

Precisó que, a partir del 20 de diciembre de 1999 el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, inició en su contra una persecución, e incluso un "constante hostigamiento", lo cual, a su juicio, se materializó en los distintos memorandos suscritos por el funcionario, hasta el momento mismo de su retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.

Por su parte, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, en el recurso de apelación sostiene que el retiro de la demandante del servicio obedeció al ejercicio de la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar a sus empleados de libre nombramiento y remoción, por causas del servicio.

Sobre el particular advierte al Sala que de acuerdo con la Resolución No. 244725 de 13 de octubre de 1999, la señora Elizabeth Herrera Neira fue nombrada en el cargo de Subdirector General de Entidad Descentralizada, código 0040, grado 16, del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, (fls. 41 a 42, cuaderno No. 1).

Así mismo que, el 20 de diciembre de 1999, el Director General del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, mediante memorando D.G-0100 le solicitó a la demandante que adjuntara información en donde se demostrara, como lo había señalado verbalmente, que el ácido sórbico, podía ser nocivo para la salud, información que esperaba recibir ese mismo día en horas de la tarde (fl. 4, cuaderno No.1).

Teniendo en cuenta lo anterior, la demandante mediante Oficio SABA-400-827 de 20 de diciembre de 1999 dio respuesta a la anterior solicitud, con las siguientes consideraciones (fls. 5 a 6, cuaderno No.1).

“Por medio de la presente me permito dar respuesta a su solicitud. Adicionalmente le cito información que puede ser de su interés y que son soportes para la evaluación del caso que nos compete.

1.Codex Alimentarius Generales. Los principios generales para el uso de aditivos alimentarios han sido adoptados como texto de carácter orientativo por la Comisión del codex Alimentarius en su noveno período de sesiones.

**Todos los aditivos alimentarios, ya se estén empleando actualmente o se hayan propuesto para uso, deberán haber sido sometidos o deberán someterse a pruebas y evaluaciones toxicológicas apropiadas. Esta evaluación deberá tener en cuenta, entre otras cosas, cualquier efecto acumulativo, sinérgico o de potenciación de su uso.*

**Únicamente deberán aprobarse los aditivos alimentarios que, según hasta ahora pueden juzgarse por las pruebas disponibles, no presentan riesgo para la salud del consumidor a las dosis de empleo propuestas.*

**Todo los aditivos alimentarios habrán de ajustarse en todo momento a la especificación aprobada, por ejemplo las especificaciones de identidad y pureza recomendadas por la Comisión del codex Alimentarius.*

2. Conservación Química de los alimentos. Dr. Erich Luck: Anexo fotocopias en las cuales en uno de sus ítems señala los aspectos sanitarios, haciendo referencia a la toxicidad aguda, subcrónica y comportamiento bioquímico.

3. Introducción a la bioquímica y tecnología de los alimentos. Jean Calude Cheftel. Anexo copia del capítulo IV Aspectos Toxicológicos "Evaluación de la Toxicidad".

4. Toxicología y seguridad de los alimentos: anexo fotocopias en las cuales se señalan entre otros: "las cantidades de ácido sórbico que pueden ser ingeridas cotidianamente por el hombre parecen bastante inferiores a las capacidades de oxidación del organismo". "la toxicidad aguda del ácido sórbico y de sus sales es débil y no manifiesta, a largo plazo in vivo, potenciabilidad carcinógena, ni tampoco su sal de potasio. El consumo de ácido sórbico provoca, en altas dosis, una hipertrofia del hígado y los riñones, hipertrofia que se acompaña, en determinados casos, de una modificación del aspecto biológico de estos órganos en los animales experimentales.". "Hasegaway col., (1984) han comparado las potencialidades genotóxicas del ácido sórbico con las de sus sales de sodio o de potasio, con tres baterías de tests que detectaban: aberraciones cromosómicas, intercambios de cromátidas hermanas, mutaciones genéticas, en cultivos de células V.

5. Envió fotocopia de información general sobre ácido sórbico en la cual se señala la LD 50 que está entre 4-6gr/Kg..".

Así mismo, en la referida fecha la demandante le informó al Director General del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, que de acuerdo con los resultados de laboratorio y el acta de congelamiento del producto "Ponqué Oro de BIMBO", le informaba que el paso a seguir de acuerdo con la legislación sanitaria era el decomiso del producto y la iniciación el proceso sancionatorio, para lo cual esperaba instrucciones (fl. 7, cuaderno No.1).

Así se observa en el Oficio SABA -400-827 de 20 de diciembre de 1999:

"(...) De acuerdo a los resultados de laboratorio enviados mediante oficio SABA-400-826-9218 y con el acta de congelamiento del producto Ponqué Oro de Bimbo S.A, le informo que el paso a seguir de acuerdo con la legislación sanitaria vigente es el decomiso del producto, toma de la medida que le informé en el oficio mencionado anteriormente y finalmente iniciación del proceso sancionatorio. Para tomar las medias correspondientes, espero instrucciones."

El 21 de diciembre de 1999 el Director General del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, mediante memorando D.G-0100 le solicita nuevamente a la señora Elizabeth Herrera Neira que allegue *“a la Dirección de la entidad, a más tardar el día de hoy en horas de la tarde, la justificación por escrito y científicamente sustentada de la razón por la cual el ácido sórbico podría ser carcinogénico en humanos cómo me lo ha aseverado usted en forma verbal en más de una ocasión.”* (fl. 11, cuaderno No.1).

En la misma fecha, 21 de diciembre de 1999, la señora Elizabeth Herrera Neira mediante Oficio SABA-400-833 le informa al Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, en primer lugar, que la información solicitada ya había sido remitida mediante el Oficio SABA-400-827-9280, el día anterior; y, en segundo lugar, que en ningún momento negaba el hecho de haber afirmado que el ácido sórbico podía ser carcinogénico, pero que era cierto que no contaba con el sustento científico para demostrarlo.

Se transcriben lo apartes de la citada comunicación:

“Es cierto en ningún momento lo he negado, a usted le manifesté que el ácido sórbico podría ser carcinogénico, pero que yo no tenía el sustento científico para demostrarlo, que debía buscarlo. Al revisar la literatura encontramos que realmente el producto no es carcinogénico pero en el oficio que le menciono anteriormente, le indico los aspectos relacionados con el tema. Anexo copia del reporte de envío, copia del radicado. Si aún no se ha recibido los documentos, favor informarme para enviarlos nuevamente. (...)

Adicionalmente le informo que solicité concepto a la Subdirección de Ambiente y Salud del Ministerio de Salud, los cuales muy amablemente me informaron que mañana enviarían el concepto; el cual remitiré a su despacho tan pronto lo reciba.

Con respecto a las medidas sanitarias adoptadas me permito anexarle fotocopia de la definición de éstas contempladas en el Decreto 3075/97 las cuales están basadas en el artículo 576 de la Ley 09/79, y claramente establecen el por qué y cuándo se debe tomar una medida sanitaria, dentro de los aspectos que cita está la violación a las disposiciones sanitarias.

Hago referencia a lo anterior, ya que de acuerdo a los resultados que ha emitido el laboratorio y como se lo he expresado en los oficios SABA-400-826-9218 y SABA-400-827-9281, y teniendo en cuenta la Resolución 4125/91, es necesario tomar las medidas sanitarias contempladas, ya que de otra forma, estaríamos violando lo contemplado en la legislación sanitaria vigente, independiente de si las cantidades de ácido sórbico encontradas en qué nivel son nocivas

para la salud del consumidor, lo que interesa y es nuestro deber es que Bimbo S.A. está trabajando por encima de los niveles establecidos en la normatividad (...).” (Fls. 9 a 10, cuaderno No. 1).

En respuesta a lo anterior, el Director General del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, mediante memorando D.G.-0100 de 27 de diciembre de 1999, le manifestó a la demandante que sus requerimientos, contrario a lo afirmado por ella, no son iguales, lo anterior en los siguientes términos:

“Con el fin de aclarar que las solicitudes hechas el día 20 y 21 de diciembre por parte de la Dirección General a la Subdirección que usted dirige, no son “exactamente iguales” como usted lo afirma en el Oficio SABA 400-833; para aclararlo y dar por concluido el tema quiero recordarle que son diametralmente diferentes en su concepto y repercusión la pregunta de si “el ácido sórbico es o no una sustancia cancerígena, a la pregunta de si el ácido sórbico puede o no causar repercusiones en la salud de los consumidores en particular en las concentraciones no superiores a los 2 mg/kilo (que fueron encontradas en el tema que nos atañe)

Finalmente me preocupa entender que una persona quien como usted a (sic) trabajado con productos de la misma línea de pastelería, como la que hoy nos ocupa nuestra atención con respeto al ácido sórbico, asevere un día que el producto es carcinogénico cuando no lo es y reconociendo posteriormente su error y lo asimile con otros efectos muy diferentes como si se tratara de lo mismo.” (fl. 17, cuaderno No. 1).

El 11 y 12 de enero de 2000, respectivamente la demandante teniendo en cuenta que el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, no la recibió en su despacho, mediante oficio le pone en conocimiento que el 8 de enero del mismo año recibió en su domicilio un sufragio, y que en consecuencia instauró denuncia penal para que fuera investigado el hecho.

Así se observa en la citada comunicación:

“Debido a que no fui recibida en su despacho, anexo copia del sufragio recibido en mi residencia el pasado sábado 8 de enero del presente año y copia de la carta enviada al Doctor Alfredo Valencia Castillo delegado del Señor Ministro en la Junta Directiva del INVIMA.” (fl. 18, cuaderno No. 1).

En esta misma fecha, el Director General del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, le solicita a la demandante que remita a la Dirección de manera inmediata los documentos y resultados de los análisis de POLIAMINAS, y que de igual manera proceda al levantamiento de las medidas de la planta de producción de "BIMBO" y a la destrucción de los productos congelados, de acuerdo con el procedimiento legal establecido. (fl. 25, cuaderno No. 1).

Para mayor ilustración se transcribe la citada solicitud, contenida en el memorando D.G.-0100 de 12 de enero de 2000.

"Favor remitir a esta Dirección de manera inmediata los documentos y resultados de los análisis de POLIAMINAS.

De igual manera proceda al levantamiento de las medidas de la planta de producción de Bimbo de Colombia y a la destrucción de los productos congelados, de acuerdo con el procedimiento legal establecido."

A lo anterior la demandante de forma inmediata, responde mediante Oficio SABA-400-502 de 12 de enero de 2000, que en la planta de producción de "BIMBO" no se encontraban productos congelados sino decomisados y que de acuerdo con la instrucción dada se procedería a la destrucción de los mismos, teniendo en cuenta el procedimiento legal establecido (fl.26, cuaderno No. 1).

Y, finalmente, el 12 de enero de 2000, mediante Resolución No. 2496 de 12 de enero de 2000 el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, declaró insubsistente el nombramiento de la demandante como Subdirector General, código 0040, grado 16 de la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del Instituto (fls. 41 a 42, cuaderno No. 1).

La Sala no pasa por alto que la actuación antes relacionada fue allegada al expediente en copia simple sin embargo, deberá decir que teniendo en cuenta que los citados documentos, provienen de la misma entidad y fueron conocidos por ésta, sin que en la contestación de la demanda hubiera cuestionado su autenticidad, (artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil) la Sala procederá a valorar su contenido, en relación con los hechos que se aducen en el caso concreto.

Del caso concreto

Teniendo en cuenta los hechos anteriormente probados, estima la Sala que es cierto que el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, mediante Memorando D.G-0100 de 20 de diciembre de 1999 le solicitó a la demandante que suministrara por escrito la información científica en la cual soportaba la afirmación de que algunos productos de la empresa "BIMBO" contenían altas dosis de ácido sórbico, sustancia que aparentemente resultaba nociva para la salud humana.

En ese mismo sentido se advierte que la demandante mediante Oficio SABA-400-827 de la misma fecha anexa un catálogo de bibliografía, como soporte científico a lo expresado con anterioridad. Frente a lo cual el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, mediante memorando D.G-0100 de 21 de diciembre de 1999 le requiere nuevamente solicitándole *"la justificación por escrito y científicamente sustentada de la razón por la cual el ácido sórbico podía ser carcinogénico en humanos como me lo ha aseverado usted en forma verbal en más de una ocasión."*

En consideración a lo anterior, la demandante mediante Oficio SABA-400-833 de la misma fecha, le manifestó al Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, que su requerimiento ya había sido satisfecho mediante oficio de 20 de diciembre de 2000 y, señaló, que si bien era cierto en un inicio había afirmado que el ácido sórbico podía ser carcinogénico reconocía, en esa oportunidad, que no contaba con el sustento científico para demostrarlo, pero que en todo caso los productos "BIMBO" objeto de investigación contenían niveles altos de ácido sórbico, los cuales eran perjudiciales para la salud.

En este punto la Sala se detiene y considera pertinente precisar, que contrario a lo afirmado por la actora los requerimientos formulados por el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, obedecen a dos situaciones e inquietudes distintas, esto es, en el primero de ellos, de 20 de diciembre de 1999, se le pide que demuestre que el ácido sórbico resultaba nocivo para la salud y en el segundo de ellos, de 21 de diciembre de 1999, se le solicita el sustento científico que permitiera afirmar que el ácido sórbico podía ser una sustancia carcinogénica en humanos.

Bajo estos supuestos, estima la Sala bien podía el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, en ejercicio de sus funciones solicitarle a la demandante en su condición de Subdirectora de la entidad, encargada de Alimentos y Bebidas Alcohólicas, que precisara su dicho sobre todo cuando como quedó visto ésta manifestó en principio que el ácido sórbico podía ser una sustancia carcinogénica en humanos y con posterioridad señaló que la misma no era carcinogénica sino perjudicial o nociva para el consumo humano en dosis elevadas.

A juicio de la Sala la afirmación inicial de la demandante, en el sentido de que el ácido sórbico era una sustancia carcinogénica, revestía de una gravedad tal que no podía ser otro el comportamiento del Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, esto es, el de indagar respecto de éste hecho, sobre todo si se tiene en cuenta que tal como se afirma en los distintos memorandos transcritos con anterioridad, los productos que contenían la citada sustancia se encontraban a disposición de los consumidores, lo anterior en ejercicio de su función de director y coordinador de la gestión del INVIMA, tal como se establece en el manual de requisitos y funciones de la entidad.

Así las cosas, era inminente la toma de una decisión en relación con la comercialización de estos productos lo cual se advierte en la premura e insistencia de los distintos requerimientos que hizo el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, a la demandante a efectos de que confirmara lo expresado por ella en relación con la peligrosidad de los productos objeto de investigación.

No observa la Sala en los distintos memorandos que el Director dirigió a la demandante un lenguaje irrespetuoso, o del que se pudiera inferir que éste pretendía entorpecer u obstaculizar su labor como Subdirectora de Alimentos y Bebidas Alcohólicas, como se pretende hacer ver en el escrito de la demanda. Por el contrario, del memorando D.G. 0-100 de 21 de diciembre de 1999 se observa que el Director del Instituto le solicitó a la demandante el sustento científico a su declaración, de que el ácido sórbico podía ser cancerígeno, esto con el fin, según lo afirma el mismo funcionario *“de determinar si las medidas sanitarias hasta ahora adoptadas (congelamiento y clausura temporal de la sección de elaboración por termino no superior a 30 días) en el caso de los productos BIMBO rechazados son*

suficientes para proteger la salud de los consumidores o por el contrario se deben tomar otras medidas.”. (fl. 11, cuaderno No. 1) y, así mismo, a folio 12 del cuaderno No. 1 del expediente se observa memorando D.G. – 0100 de 22 de diciembre de 1999 en el cual el Director de la entidad le ordena a la demandante que “conforme a los resultados obtenidos en el laboratorio de los productos BIMBO de Colombia, favor proceder a tomar las medidas que juzgue convenientes, según las comunicaciones anteriormente remitidas a esta Dirección.”. Lo que demuestra no sólo la preocupación del Director respecto de la investigación adelantada sobre los productos “BIMBO” sino también su respeto por el ámbito de competencias de la demandante, en su condición de Subdirectora de Alimentos y Bebidas Alcohólicas, al punto que como se advierte en el segundo de los memorandos señalados le indica que adopte las medidas que juzgue conveniente en el caso concreto, de acuerdo con las funciones expresadas en el manual de requisitos y funciones transcrito en el acápite que antecede.

En este mismo sentido, debe decirse que a folio 15 del cuaderno No.1 del expediente consta copia del informe técnico de la visita realizada por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, encabezada por la demandante, a las instalaciones de la empresa “BIMBO” en la que teniendo en cuenta las medidas correctivas adoptadas por la referida empresa, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, se abstuvo de clausurar de manera temporal la línea de productos cuestionada. Así se advierte en el citado informe:

“Frente a las acciones correctivas informadas por la empresa y verificadas por los funcionarios que practicamos la visita, se decidió no tomar la medida sanitaria de clausura temporal de la línea de ponqués, proceder a levantar la medida de elaboración de Ponqué Oro y realizar toma de muestras de todas las variedades de ponqués con la nueva formulación para proceder a hacer verificación en el laboratorio de cantidades de ácido sórbico en el producto terminado.”.

Incluso, destaca la Sala que ante la amenaza recibida por la demandante, mediante sufragio, la Dirección General del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, en cabeza de su Director, le manifestó su preocupación por tal hecho, lo cual se advierte en el oficio de 12 de enero de 2000, a través del cual se le solicita a la demandante que rinda un informe escrito “del incidente de la amenaza recibida por usted y que le relató a la Dra. Silvia

Civetta, asesora de la Dirección General, con el fin de surtir los trámites ante las autoridades pertinentes. Es conveniente que haga la denuncia ante las autoridades competentes.”. (fl. 22, cuaderno no.1).

Para la Sala, la conducta asumida por el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, en relación con la actuación que se siguió por los productos “BIMBO” lejos de constituir una persecución o un hostigamiento en contra de la demandante, se enmarca dentro del giro ordinario de las actividades del Director de una entidad como el INVIMA, cuya misión es la de proteger y promover la salud de la población, mediante la gestión del riesgo asociada al consumo y uso de alimentos, por lo que debía por todos los medios asegurarse que los productos al alcance de los consumidores no revestían un peligro para su salud, como lo había afirmado la demandante en el caso concreto

Nada indica dentro de la actuación que se siguió contra los productos “BIMBO” que el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, hubiera impedido su normal desarrollo, dado que como quedó visto, durante todo el trámite fue respetuoso de la actuación de la demandante, en su condición de Subdirectora de Alimentos y Bebidas Alcohólicas de la entidad, esto dentro de la confianza que debía regir la relación entre el Director y sus colaboradores más inmediatos.

Teniendo en cuenta lo anterior, estima la Sala que el hecho de que la demandante hiciera parte del nivel directivo del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, suponía la existencia de una estrecha relación de confianza con el Director de dicha entidad, traducida en una constante y fluida comunicación en torno a los asuntos objeto de investigación por parte de la entidad, razón por la cual los memorandos y comunicaciones antes aludidas no resultan extraños al giro ordinario de las actividades de la entidad, toda vez que se repite, se trata en última instancia de la adopción de medidas sanitarias para garantizar la protección inmediata de la salud los consumidores.

En este punto, considera la Sala importante reiterar que tratándose la demandante de una empleada perteneciente al nivel directivo de la entidad, ocupando un cargo de libre nombramiento y remoción, no hay duda de que como quedó demostrado cumplía un papel directivo, de manejo, conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptaban políticas o directrices fundamentales para el área de

Alimentos y Bebidas Alcohólicas, lo que implicaba necesariamente la existencia de un alto grado de confianza con el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA.

Cabe aclarar que, no se trata de la confianza inherente al cumplimiento de la función pública, que constituye uno de los objetivos a garantizar por parte del sistema de la carrera administrativa, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al ámbito especial y reservado que se exige respecto de cierto tipo de funciones, que para el caso concreto son las atribuidas a la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, en tanto estas revisten una especial importancia para preservar la salud de los consumidores en el país.

Así las cosas, considera la Sala que toda la actuación que se surtió en relación con la actora a partir del 20 de diciembre de 1999, concretamente en lo que se refiere a los memorandos suscritos por el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, resulta normal dentro de la relación de absoluta confianza que debía existir entre ambos funcionarios, pues del material probatorio allegado al expediente no se advierte prueba, incluso que sugiera, que el proceder del Director del citado Instituto con relación a la indagación sobre los productos "BIMBO" fue contrario a los intereses y fines de la institución.

Cabe advertir entonces, que el hecho de que la actuación, esto es los distintos memorandos, que precedieron el retiro del servicio de la demandante esté enmarcado dentro de la actividad normal que debía adelantar el Director del instituto hacen que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento no hubiera desbordado los límites de la razonabilidad y proporcionalidad que exige el ejercicio de la facultad discrecional con que contaba el nominador para el caso concreto.

En efecto, infiere la Sala con vista en el contenido de los memorando a los que ya se ha hecho mención que la medida discrecional, de retiro de la demandante, fue proporcional a las circunstancias que antecedieron a la misma y razonable en tanto guardó estrecha relación con la necesidad del servicio público. Según se desprende, la confianza existente entre el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, y la demandante se vio

afectada por la actuación de ésta dentro de la investigación que se adelantó sobre los productos “BIMBO” concretamente en el hecho de haber afirmado, sin sustento científico, que dichos productos contenían sustancias cancerígenas que ponían en peligro la vida de los consumidores, lo anterior dentro de una relación jerárquica en la que el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, ejercía la suprema dirección y coordinación de la entidad, de acuerdo a lo expresado en el manual de requisitos y funciones.

Lo anterior, bien pudo generar diferencias entre el Director del Instituto y la demandante frente a lo cual el citado funcionario podía, como en efecto lo hizo, retirar del servicio a la demandante con el fin de evitar que este tipo de desavenencias afectaran gravemente la prestación de un servicio que compromete la vida y salud de los colombianos, sin que ello constituyera como lo quiso hacer ver la parte actora una medida desproporcionada y ajena a los fines de la norma que la autoriza.

Sobre este particular esta Sección en Sentencia de 19 de octubre de 1993 RAD. 4883.M.P. Álvaro Luna Lecompte, sostuvo que:

“(...) De otro lado, ha expuesto la Sala que, los enfrentamientos entre funcionarios, Jefes y Subalternos, en nada contribuyen a la buena marcha de la administración por el contrario, tales enfrentamientos, dificultan y entorpecen el buen servicio. Por consiguiente, así se hubiera acreditado que existieron enfrentamientos, incidentes o discusiones entre la demandante y el señor Gustavo Alonso Gómez que influyeron en la declaratoria, de insubsistencia tampoco se podría concluir en la ilegalidad del acto de desinvestidura como opuesto a los fines del buen servicio, ni que por ese hecho fuera necesario adelantar proceso disciplinario contra la actora.(...)”.

Todo lo anterior, en el marco de la actividad propia del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, luego a juicio de la Sala nada indica que al Director del citado instituto le hubieran asistido motivos ajenos al buen servicios al momento de ordenar la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante.

En relación con la prueba testimonial, que solicitó la parte demandante con el fin de demostrar la supuesta desviación de poder en que incurrió el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, se observa en el testimonio del señor Luis Eduardo Ortiz Maluendas, quien se desempeñó

como abogado en el INVIMA, que al preguntársele cuales eran las actividades que ejercía la demandante en relación con los productos BIMBO. Contestó: *“Elizabeth es ingeniera de alimentos y durante la administración del INVIMA del doctor JOSUE OSMA ella era asesora de los temas relacionados con alimentos y posteriormente en la administración del doctor RUEDA SEBAUSECK era la subdirectora de alimentos y bebidas del INVIMA razón por la cual tenía que ver en las actividades relacionadas con la firma BIMBO. Esta subdirección ejercía actividades de control y vigilancia sobre la industria de alimentos y bebidas alcohólicas en lo relacionado con el ramo de alimentos, además de expedir los correspondientes registros sanitarios que en su fase inicial de expedición del registro sanitario para por (sic) la subdirección de alimentos. Durante mi permanencia en el instituto hubo problemas relacionados con la industria BIMBO cuando se ejerció el tema de control y vigilancia sobre esta empresa se detectó que no cumplía con los estándares establecidos en nuestra legislación en lo concerniente a buenas prácticas con los procesos y en el control que se ejercía con las ventas del producto, especialmente en el proceso de elaboración si bien me acuerdo por estar violando los rangos permitidos con las materias primas en su elaboración y en lo referente especialmente con los conservantes y las materias primas que tenía relación con la calidad del producto.”*. Así mismo al preguntársele sobre la conducta asumida por el Director del INVIMA en relación con la demandante. Contestó: *“Cuando la ingeniera Elizabeth Herrera Neira ejercía el cargo de directora de alimentos ejercía las actividades de control y vigilancia sobre esta industria, como lo mencioné anteriormente, en una vigilancia que se hizo a la industria BIMBO se detectó una clara violación de las normas sanitarias contempladas en nuestras normas y cuyos antecedentes deben reposar en la subdirección de alimentos, que motivaron por parte del Director una presión a la Ing. Herrera para que cambiara o diera otros conceptos diferentes que no generaran medida sancionatoria alguna sobre esta industria, por lo visto había un claro conflicto de intereses del doctor Rueda según concluí por las manifestaciones en su momento de la doctora HERRERA cuando me solicitaba que hacer al respecto de esta situación. Además me di cuenta que existían varios casos no sólo este sino de otras empresas y por las cuales el doctor RUEDA ejercía sobre la doctora HERRERA presión para que dieran manejos no claros a los informes para que no se iniciaran procesos sancionatorias (sic), creo que entre estos esta el caso de la industria ZENU por la importación de pasta de pollo contaminada de Estados Unidos y que generó diez mil problemas en este país y que el sindicato Antioqueño terminó tapando desde la presidencia de la republica*

con el señor secretario jurídico de la presidencia quien era un delegado del sindicato antioqueño en el gobierno. Entiendo que la posición asumida por la doctora Herrera durante su gestión como subdirectora al mantener su personalidad con referencia en los conceptos dados en su labor de control y vigilancia de la industria de alimentos generaron malestar al doctor RUEDA para declararla insubsistente, ya que no se plegó nunca a los criterios del director para falsear o cambiar la verdad de los hechos sucedidos durante su gestión como funcionaria. (...).” (Fls. 86 a 87, cuaderno No 2).

Observa la Sala que la declaración citada no constituye, por sí sola, prueba suficiente de que el retiro de la actora por declaratoria de insubsistencia de su nombramiento hubiera obedecido a un fin distinto al servicio. En este sentido, debe decirse que si bien el señor Luis Eduardo Ortiz Maluendas en su declaración pone de presente la existencia de constantes discrepancias entre el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, y la demandante, en el manejo de los asuntos inherentes al cargo de ésta, la Sala no pasa por alto que el declarante no contó con una percepción directa sobre los hechos que narra en su declaración, en tanto afirma que “(...) *por lo visto había un claro conflicto de intereses del doctor Rueda según concluí por las manifestaciones en su momento de la doctora HERRERA cuando me solicitaba que hacer al respecto de esta situación. (...).*” lo que lo convierte en un testigo de oídas, y en consecuencia le resta valor probatorio al contenido de su declaración.

Así mismo, debe decirse que el referido testigo, en varias ocasiones dentro de su declaración, le imputa al Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, la posible comisión de conductas punibles respecto de las cuales dentro del expediente no obra sustento probatorio que permita afirmar que son ciertas, razón por la cual la Sala desestima dichas afirmaciones. Lo anterior no obsta para que el señor Luis Eduardo Ortiz Maluendas se abstenga de cumplir con el deber legal que le asistía de poner en conocimiento ante las autoridades competentes la existencia de una posible conducta punible, conforme a los principios constitucionales de solidaridad social y de colaboración con el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, estima la Sala que el acto administrativo por medio del cual se dispuso el retiro del servicio de la demandante no adolece del vicio por desviación de poder, en tanto el nominador

no desbordó los límites de la razonabilidad y proporcionalidad que se exige en relación con una medida de este tipo, lo anterior toda vez que como quedó visto las circunstancias que rodearon la expedición del acto acusado se enmarcan dentro del giro ordinario de las actividades del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA.

Bajo estos supuestos, se reitera que contrario a lo afirmado por el Tribunal, no existe prueba dentro del plenario que sugiera que fueron motivos ajenos al servicio los que finalmente llevaron al Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, a declarar insubsistente el nombramiento de la señora Elizabeth Herrera Neira, como Subdirector General, código 0040, grado 16, de la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del Instituto.

Así las cosas, la Sala revocará la sentencia de 14 de febrero de 2008 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, accedió a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, negará la mismas atendiendo a las consideraciones expuestas en precedencia.

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,

F A L L A

REVÓCASE la sentencia de 14 de febrero de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección A, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda interpuesta por ELIZABETH HERRERA NEIRA contra en Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA.

En su lugar,

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

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

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ