



## JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandantes: Elisa Alejandra Lozano Díaz  
Demandados: Empresa de Servicios Públicos de Flandes -ESPUFLAN E.S.P.  
Radicación: 73001-33-33-003-2017-00105-00

### ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por Elisa Alejandra Lozano Díaz en contra de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes -ESPUFLAN E.S.P., trámite al que fue vinculada como tercero con interés, la señora Lina Marcela Barrera González.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. DEMANDA

- 1.1. La demandante **Elisa Alejandra Lozano Díaz** pretende que se declare nula la Resolución AE No. 140 del 2 de noviembre de 2016, expedida por el Agente Especial Interventor de ESPUFLAN E.S.P., mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante en el cargo de Subgerente, Código 90 Grado Salarial 02, de la mencionada empresa de servicios públicos.
- 1.2. Pide a título de restablecimiento del derecho, su reintegro al cargo que venía desempeñando, en idénticas condiciones a las que tenía al momento de su desvinculación o en otro de igual o superior jerarquía.
- 1.3. Además, que se condene a la Empresa de Servicios Públicos de Flandes - ESPUFLAN E.S.P., a reconocerle y pagarle los salarios con sus respectivos reajustes y prestaciones sociales, tales como primas, cesantías, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir, desde la fecha de su desvinculación y hasta su reintegro.
- 1.4. Solicita que se declare para todos los efectos legales, que no hubo solución de continuidad en el presente asunto.
- 1.5. Adicionalmente pide que los valores producto de la condena, sean ajustados en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, así como la condena en costas.

#### 2. HECHOS

- 2.1. Desde el 13 de septiembre de 2016, mediante Resolución No. 114 de 2016, la demandante fue nombrada en la Empresa de Servicios Públicos de Flandes -ESPUFLAN E.S.P., en el cargo Subgerente, Código 90 Grado Salarial 02, tomando posesión el mismo 13 de septiembre de 2016.
- 2.2. Durante el tiempo de su gestión como Subgerente, se desempeñó con excelencia en las funciones propias de su cargo, implementando incluso el programa de seguridad en el trabajo que se surtió durante el periodo de su vinculación; que durante el referido periodo no fue objeto de requerimientos o llamadas de atención por su desempeño; así como tampoco de investigaciones o sanciones disciplinarias por incumplimiento de sus deberes o por comportamientos prohibidos.
- 2.3. Mediante comunicado interno A.E.-I 2016-314 del 28 de octubre de 2016, radicado el 20 de noviembre de 2016 (entiéndase 1° de noviembre), Elisa Alejandra Lozano Díaz se dirigió al agente especial interventor de ESPUFLAN E.S.P. informándole su decisión de no aceptar el encargo como jefe de control interno, designada mediante Resolución de Encargo No. 121 del 20 de septiembre de 2016, indicándole las razones de hecho y de derecho para tal decisión, entre las que se encuentra el hecho de que la hoy demandante no cumplía con los requisitos de estudio o experiencia para ser designada en tal encargo.
- 2.4. El Agente Especial Interventor de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes -ESPUFLAN E.S.P., dio respuesta mediante comunicado interno A.E.-I 2016-327 del 2 de noviembre de 2016, señalándole que tal acto administrativo de encargo de funciones *“no nació a la vida jurídica, teniendo en cuenta que según lo aducido por usted dicha Resolución se perdió durante varios días, apareciendo luego en su escritorio y dentro de sus documentos”*, por lo que no se realizaron actividades derivadas del mismo.
- 2.5. El Agente Especial Interventor le resaltó la importancia de que al ser la segunda persona al mando de la empresa, siendo el suyo un cargo de confianza y por su cercanía con la Gerencia, debió manifestarse sobre tal encargo, empero nunca puso en conocimiento su inconformidad con el mismo; concluyendo frente a los requisitos exigidos para el encargo en cuestión, que era un asunto susceptible de interpretación jurídica.
- 2.6. Mediante Resolución No 140 del 2 de noviembre de 2016, el Agente Especial Interventor de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes -ESPUFLAN E.S.P. declaró insubsistente el nombramiento de Elisa Alejandra Lozano Díaz en el cargo de Subgerente, Código 90 Grado Salarial 02, sin manifestar las razones de hecho o de derecho para tal determinación; por lo que concluye la parte actora que esto se debió a la no aceptación del encargo para desempeñarse como Jefe de Control interno por no cumplir con los requisitos habilitantes de experiencia, por lo que aduce que tal decisión no se inspiró en razones del buen servicio público, presentándose por tanto una desviación de poder que afecta la validez del acto administrativo demandado.

- 2.7.** Que durante la ejecución del contrato (entiéndase nombramiento) la hoy demandante sufrió varios inconvenientes con el agente interventor especial de ESPUFLAN E.S.P. respecto de su negativa a que le fuera prestado apoyo por parte de las áreas jurídica y financiera en la realización de sus funciones como subgerente, motivo por el cual Elisa Alejandra Lozano Díaz mediante comunicado interno No. A.E. – I 2016-00315 del 28 de octubre de 2016, le manifestó su inconformidad respecto a la orden de omitir el visto bueno de esas áreas, las cuales se requieren en temas tales como de disponibilidad presupuestal y concepto jurídico especial, responsabilidad que recae sobre el área financiera y jurídica de la empresa.
- 2.8.** Concluye indicando que el acto administrativo demandado infringe las disposiciones legales sobre el retiro de quienes han sido nombrados en un cargo de libre nombramiento y remoción, al presentarse una expedición irregular de tal acto administrativo, desviación de poder y violación directa de la ley sustancial.

### **3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Señaló como normas violadas, los artículos 16, 17, 20, 26, 39 y 62 de la Constitución Política de Colombia, así como la Ley 147 de 2011, Ley 909 de 2004 y demás normas concordantes.

Como concepto de violación, se plantea que la declaratoria de insubsistencia violó la ley, toda vez que se acudió a una falta de motivación, desviación de poder y violación del debido proceso, desconociendo los derechos mínimos laborales de la hoy demandante, contenido en las normas que regulan la motivación de los actos administrativos, lo cuales deben guardar coherencia y buena fe de los hechos que se expresen en el mismo.

Indica que el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 regula la declaratoria de insubsistencia libremente por la autoridad nominadora sin motivar la providencia, empero, debiéndose dejar constancia del hecho y las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida, operando por tanto una discrecionalidad restringida con el fin de controlar la arbitrariedad en ese tipo de determinaciones.

Arguye que nuestro ordenamiento legal ha establecido que el trabajo es tutelado como un derecho y obligación social que goza de especial protección del Estado, por lo que la administración de ESPUFLAN E.S.P. no puede sacrificar la experiencia y preparación académica de empleados que prestan un excelente servicio público, favoreciendo factores que riñen con la transparencia, tales como intereses personales, políticos o burocráticos que conspiran contra la eficiencia y calidad del servicio público.

Señala la existencia de desviación de poder en el acto administrativo demandado, toda vez que la decisión de retiro no se debió al mejoramiento del servicio y el beneficio del interés general, por cuanto tal decisión administrativa se encuentra precedida de situaciones que permiten establecer la animadversión del

administrador de la empresa demandada contra la hoy demandante, al no aceptar esta el encargo o nombramiento para la dirección de control interno al ser consciente de no cumplir los requisitos legales para desempeñar tal cargo; esto llevó a que la actora presentara inicialmente de forma verbal y posteriormente por escrito las razones de su no aceptación de dicho cargo como Director de Control Interno de la E.S.P., concluyendo que fue esta la razón de la declaratoria de insubsistencia

Por consiguiente, aduce que en el presente asunto como causales de nulidad del acto administrativo demandado se presenta porque hay *i)* inexistencia del mejoramiento del servicio, *ii)* la desvinculación de funcionario de libre nombramiento y remoción por pérdida de confianza no puede adoptarse sin fundamento alguno, y *iii)* desviación de poder por ausencia de mejoramiento del servicio.

#### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

##### **4.1. Empresa de Servicios Públicos de Flandes -ESPUFLAN E.S.P.**

Dentro del término concedido para ello, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, haciendo la manifestación respectiva frente a los hechos de la demanda; como argumentos de defensa esgrime los que titula como excepciones de ***Presunción de legalidad de los actos acusados, Inexistencia de desviación de poder o falsa motivación e Inexistencia de las obligaciones pretendidas.***

Señala que en tratándose de cargos de libre nombramiento y remisión no se hace necesaria la motivación de la declaratoria de insubsistencia, por lo que se presume efectuada en aras del buen servicio, y que en el presente asunto este se ve reflejado en las calidades académicas tanto de la demandante como de la persona que fue nombrada en su lugar, pues para la época de los hechos, la señora Elisa Alejandra Lozano Díaz presentaba titulación como Contadora, especialista en Derecho Tributario y Aduanero; por su parte, Lina Marcela Barrera González era titulada en Administración de Empresas con especialización en Gerencia de Proyectos y contaba con una mayor experiencia laboral en el campo de la gerencia, siendo éste perfil más acorde a las necesidades de la empresa en ese entonces.

##### **4.2. Vinculada: Lina Marcela Barrera González**

Dentro del término concedido para ello, la vinculada como tercera con interés, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que se adhiere a los fundamentos de defensa presentados por la Empresa de Servicios Públicos de Flandes -ESPUFLAN E.S.P., señalando en todo caso que el presente asunto corresponde a un cargo de libre nombramiento y remoción, cuya declaratoria de insubsistencia es de naturaleza discrecional y su expedición obedece a razones del buen servicio, la cual es procedente de forma inmotivada.

#### **5. TRÁMITE PROCESAL**

La demanda fue presentada el 3 de abril de 2017, admitida por el Juzgado a través de auto fechado 4 de mayo de 2017, disponiendo lo de Ley (Fol. 51). Mediante auto del 20 de noviembre de 2017, se ordenó la vinculación al proceso de Lina Marcela Barrera González, dado que le asiste un interés directo en el resultado del presente litigio, por ser la persona que entró a ocupar el cargo del que se desvinculó a la actora (Fol. 84). Vencido el término para contestar la demanda, mediante auto del 8 de junio de 2018 se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 98), la cual se llevó a cabo el día 1° de noviembre de 2018; en ella se realizó el saneamiento del proceso, se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo y se decretaron pruebas (Fls. 99-102).

La audiencia de pruebas se realizó durante los días 25 de abril, 22 de agosto y 28 de noviembre de 2019 (Fls. 114-116, 139-140 y 159-160) y al considerarse innecesario el adelantamiento de audiencia de alegaciones y juzgamiento, se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes, conforme lo dispone el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, derecho del cual hicieron uso la parte demandante (Fls. 162-174), y la demandada Empresa de Servicios Públicos de Flandes -ESPUFLAN E.S.P. (Fls. 175-178)

## **II. CONSIDERACIONES**

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia.

### **1. COMPETENCIA**

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1° del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2° y 156 numeral 2° *ibídem*.

### **2. PROBLEMA JURÍDICO**

Se deberá determinar si el acto administrativo por medio del cual la Empresa de Servicios Públicos de Flandes -ESPUFLAN E.S.P., declaró insubsistente el nombramiento de la señora Elisa Alejandra Lozano Díaz en el cargo de Subgerente, Código 90 Grado Salarial 02, se encuentra viciado de nulidad al ser expedido por razones distintas al mejoramiento del servicio, con desviación de poder, y en caso de ser afirmativo, si tiene derecho la demandante a ser reintegrada en el citado cargo, con el consecuente pago de todos los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde su retiro hasta el momento en que opere su reintegro.

### **3. MARCO JURÍDICO**

#### **3.1. Régimen jurídico de los cargos de libre nombramiento y remoción.**

El artículo 125 de la Constitución Política consagra como regla general, para la vinculación de servidores públicos, el sistema de carrera “*cuya finalidad es la de preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, así como garantizar a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de promoción y ascenso, previo el lleno de las condiciones y requisitos que para el efecto exija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes*”.

Sin perjuicio de esta regla general de carrera administrativa, la misma Carta señala unas excepciones, como son los empleos de elección popular, **los de libre nombramiento y remoción**, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Siendo competencia del legislador expedir las normas que regirán el sistema de carrera en las entidades del Estado (art. 150-23 C.P.), respetando las excepciones ya señaladas.

Es así que en el artículo 5 de Ley 909 de 2004, se estableció la clasificación de los empleos públicos de la siguiente manera:

*“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:*

*1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.*

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

*a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:  
(...)*

*En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:*

*Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o **Subgerente**; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;*

*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 (...)*

*(Resaltado fuera de texto).*

Por su parte, los artículos 23 y 41 ibidem, reglaron la forma de proveer los cargos de libre nombramiento y remoción, así como sus causales de retiro:

*“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.*

*(...)*

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

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

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

*c) Literal inexecutable (Ver Sentencia C-501 de 2005).*

*d) Por renuncia regularmente aceptada;*

*e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; (Declarado condicionalmente executable en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente por la Corte Constitucional - Ver Sentencia C-501 de 2005).*

*f) Por invalidez absoluta;*

*g) Por edad de retiro forzoso;*

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

*i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; (Declarado condicionalmente executable, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio – Ver Sentencia C-1189 de 2005)*

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

*k) Por orden o decisión judicial;*

*l) Por supresión del empleo;*

*m) Por muerte;*

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

**Parágrafo 1°.** *Inexecutable (Ver Sentencia C-501 de 2005).*

**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.*

*La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado*”.(Destaca el Juzgado)

### **3.2. De la confianza como criterio determinante en los cargos de libre nombramiento y remoción.**

Al analizar el régimen particular que rodea a aquellos cargos que no están dentro del régimen de carrera administrativa, tales como los de libre nombramiento y remoción, por ser estos, de dirección y confianza, la Corte Constitucional en sentencia T-686 de 2014 reitera los principios orientadores en este tipo de cargos, aduciendo que en todo caso, la confianza es el criterio determinante para fijar tal naturaleza:

*“El artículo 125 de la Constitución Política consagra como regla general, para la vinculación de servidores públicos, el sistema de carrera “cuya finalidad es la de preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, así como garantizar a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de promoción y ascenso, previo el lleno de las condiciones y requisitos que para el efecto exija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.*

*Sin perjuicio de esta regla general de carrera administrativa, la misma Carta señala unas excepciones, como son los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Siendo entonces competencia del legislador expedir las normas que regirán el sistema de carrera en las entidades del Estado (art. 150-23 C.P.), respetando las excepciones ya señaladas.*

*De conformidad con lo anterior, esta Corte en reiteradas ocasiones ha fijado unos parámetros o criterios que han de ser observados por la ley para determinar cuándo un cargo es de libre nombramiento y remoción:*

*“(…) como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, **exija una confianza plena y total**, o implique una decisión política. En estos casos el **cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador** y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación”. (Negrilla fuera de texto).*

*Siguiendo esta línea jurisprudencial, en la Sentencia C-514 de 1994, esta Corporación señaló que un cargo de libre nombramiento y remoción tiene que reunir las siguientes características: (i) de un lado, hacer referencia a **funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional** y, (ii) de otro, referirse a **cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades**. Al respecto se dijo:*

*“Siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, **por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza**, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. 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 requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho.

Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el intuïto persone”.

Con posterioridad, en Sentencia T-132 de 2007 se recordó que **en los cargos de libre nombramiento y remoción la confianza representa uno de los aspectos centrales, para la vinculación del servidor:**

“Ha manifestado la Corte Constitucional que al “tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador.” Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que “el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación.”

De esta manera, es claro que **la confianza es un criterio subjetivo relevante no solo para establecer si un cargo es de libre nombramiento o remoción, especialmente en aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, sino también para determinar el ingreso y la permanencia en el cargo del respectivo servidor público”.**

Por su parte, el Consejo de Estado respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción, en sentencia del 15 de noviembre del 2018, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16), adujo:

“Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia<sup>1</sup>, 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.**

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.**

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 29 de febrero de 2016, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno 3685-2013.

*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.º, contempla la facultad discrecional de remover libremente 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, 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 identificado<sup>2</sup> como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: **a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.***

*Asimismo, la Subsección ha sostenido<sup>3</sup> que **la facultad de remoción de un empleado de libre nombramiento y remoción, debe ser ejercida bajo los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, y que el acto de insubsistencia al ser inmotivado, supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio.***

*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»”*

### **3.3. De la falsa motivación.**

Al respecto, se debe destacar la tesis sostenida por el Consejo de Estado - Sección Cuarta, que en sentencia del 26 de julio de 2017, dentro del expediente 11001-03-27-000-2016 00006-00 (22326), advirtió:

*“Sobre la falsa motivación, la Sección Cuarta ha precisado que esta “causal autónoma e independiente se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.*

*Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que “es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente”.*

<sup>2</sup> Sentencia T-372 de 2012.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 15 de febrero de 2018, Expediente No. 76001-23-31-000-2010-01828-01(1615-16), M.P: William Hernández Gómez.

Por su parte, en cuanto **a la falta o ausencia de motivación**, la Sección Cuarta ha señalado lo siguiente:

*"La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos.*

*Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no sólo la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que: inspiraron la producción de los mismos.*

*En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forma del acto administrativo, el modo de expedirse. **Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo.***

*En efecto, la expresión de los motivos por los cuales se profiere un acto administrativo de carácter particular y concreto es indispensable, pues es a partir de los mismos que el administrado puede controvertir aquellos aspectos de hecho y de derecho que considera no pueden ser el soporte de la decisión, pero cuando se prescinde de la motivación se impide que el particular afectado con la decisión pueda ejercitar cabalmente su derecho de defensa y contradicción"*

(Resaltado fuera de texto)

#### **4. DEL CASO CONCRETO.**

##### **4.1. Pruebas jurídicamente relevantes recaudadas.**

- **Documentales.** Las pruebas documentales que servirán a la decisión son las que en orden cronológico a continuación se enuncian:

- Resolución AE No. 114 del 13 de septiembre de 2016, en donde se nombra con carácter de libre nombramiento y remoción a Elisa Alejandra Lozano Díaz en el cargo de Sub Gerente código 90 grado 02. (Fol. 3-4)
- Acta de posesión No. 006 de 2016 en el cargo mencionado y efectuada el 13 de septiembre de 2016. (Fol. 5)
- Resolución AE No. 121 del 20 de septiembre de 2016, en donde se encarga de las funciones del cargo de Control Interno a la Sub Gerente Elisa Alejandra Lozano Díaz, sin que se desprenda de las funciones de su propio cargo. (Fol. 6-7)
- Memorando Interno A.E.-I, 2016-0314 fechado el 28 de octubre de 2016, en donde la Sub Gerente Elisa Alejandra Lozano Díaz le informa al Agente Interventor Especial que no acepta el encargo, expresándole las razones de tal decisión. (Fol. 8-9)

- Memorando Interno A.E.-I, 2016-0315 fechado el 28 de octubre de 2016, en donde la Sub Gerente Elisa Alejandra Lozano Díaz le informa al Agente Interventor Especial su inconformismo frente a la realización de resoluciones relacionadas con el manejo de recursos humanos de la empresa de servicios públicos, sin el visto bueno de la Dirección Administrativa y Financiera y de Jurídica de la empresa. (Fol. 10)
- Comunicado Interno A.E.-I, 2016-327 fechado el 2 de noviembre de 2016, en donde el Agente Interventor Especial le da respuesta la Sub Gerente Elisa Alejandra Lozano Díaz, respecto del Memorando Interno A.E.-I, 2016-0314 fechado el 28 de octubre de 2016, indicándole que este nunca nació a la vida jurídica e informándole su inconformismo por su actitud de guardar silencio frente a dicho asunto. (Fol. 11)
- Resolución AE No. 140 del 2 de noviembre de 2016, por el cual se declara insubsistente a Elisa Alejandra Lozano Díaz del cargo de Sub Gerente código 90 grado 02, con su constancia de notificación de la misma fecha. (Fol. 12-13)
- Acta de entrega de puesto de trabajo como Sub Gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN E.S.P., suscrita por Elisa Alejandra Lozano Díaz y Lina Marcela Barrera González. (Fol. 14-24)
- Hoja de vida de Elisa Alejandra Lozano Díaz junto con antecedentes administrativos. (CD visible a Fol. 76)
- Hoja de vida de Lina Marcela Barrera González junto con antecedentes administrativos, en el que se encuentra la Resolución AE No. 141 del 3 de noviembre de 2016, por la cual se le nombra en el cargo de Sub Gerente código 90 grado 02. (CD visible a Fol. 75)
- Manual específico de funciones, competencias laborales y requisitos de los diferentes cargos de la planta global de personal de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN E.S.P., contenido en el Acuerdo No. 008 del 22 de octubre de 2014 (Fol. 25-30)

- **Testimoniales e Interrogatorio de Parte.** Dentro del presente asunto se recibieron los testimonios de Lina Marcela Barrera González y Juan David Torres Sanabria, así como el interrogatorio de parte adelantado a la demandante Elisa Alejandra Lozano Díaz, de cuyas declaraciones se destacan los apartes más relevantes, así.

De la declaración rendida por la señora **Lina Marcela Barrera González**, quien actualmente funge como Sub Gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN E.S.P. y quien remplazó en dicho cargo a la hoy demandante, se destaca que esta afirmó que es una práctica habitual de ESPUFLAN E.S.P. encargar a sus funcionarios del ejercicio de las funciones de otros cargos de la misma entidad que se encuentran en vacancia temporal o permanente, obedeciendo siempre a las necesidades del servicio.

A su vez, el señor **Juan David Torres Sanabria**, quien se desempeñó como Agente Especial Interventor y/o Gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN E.S.P. para la época de los hechos, señaló que al momento de efectuarse las conversaciones con la señora Elisa Alejandra Lozano Díaz para que

se vinculara con la demandada ESPUFLAN E.S.P., se le ofrecieron los cargos de Control Interno o Sub Gerente, mostrando esta especial interés por el primero al contar con especialización en el tema de revisoría fiscal y auditoría además de haber trabajado con el tema, empero, finalmente se le ofreció el cargo de Sub Gerente posesionándose en el mes de septiembre por cuanto se estaban recibiendo hojas de vida para la oficina de Control Interno, aunado a que las abogadas de la empresa estaban a la espera del concepto de la superintendencia para poder nombrar en el cargo de Control Interno en empresas intervenidas.

Manifestó que efectivamente a los pocos días de haberse posesionado, entre el 15 o 20 de septiembre se le solicitó apoyo a la señora Elisa Alejandra Lozano Díaz como Sub Gerente de la ESPUFLAN E.S.P. para que aceptara el encargo mientras se definía ese tema sin que presentara objeción alguna en ese momento; indicó el declarante que la Resolución realizada para tal fin se “embolató” y no la firmó la hoy demandante, apareciendo tiempo después entre las cosas de la Sub Gerente, por lo que dicho acto administrativo nunca se formalizó, aclarando que en todo caso en ese momento la prioridad para la empresa de servicios públicos era la de suplir el cargo de Sub Gerente debido a la complejidad de estas empresas que son intervenidas y su misma estructura organizacional.

Señala que a principios del mes de octubre de 2016 se nombró al señor Eduardo Carvajal en el cargo de Control Interno de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN E.S.P., y que la señora Elisa Alejandra Lozano Díaz solo se pronunció de manera negativa frente a tal encargo, pasados unos 45 días de la delegación que se le hiciera, y lo que finalmente buscó la empresa fue determinar si el encargo se materializó o no.

Frente al apoyo jurídico que necesitare la Sub Gerente, afirmó el testigo que este se debía solicitar cuando se presentaran temas que sobrepasaran lo estipulado en su manual de funciones, por cuanto para proyectar actos administrativos relacionados con vacaciones, permisos o liquidaciones, estos se proyectaban con la información suministrada por el área financiera siguiendo los formatos establecidos para tal fin, y solo cuando se presentaran situaciones como por ejemplo una modificación del manual de funciones u otros de mayor complejidad, ahí sí se requería el apoyo tanto para el Gerente como para la Sub Gerente de parte de jurídica, pero que normalmente los temas que esta trataba eran de personal.

Señala que la normatividad le permite al Gerente efectuar una reacomodación de su equipo de trabajo, decisión que se toma normalmente por las necesidades del servicio sin que haya necesidad de motivar tal decisión, y en el caso que nos ocupa, por ser un cargo de confianza y el segundo al mando de la empresa de servicios públicos y que finalmente con quien se sintió cómodo trabajando y en quien vio las habilidades requeridas y que presentó un desarrollo no solo en el tema de talento humano sino como Sub Gerente fue con la dra. Lina Barrera, a tal punto que aún sigue esta ejerciendo dicho cargo.

Finalmente la demandante **Elisa Alejandra Lozano Díaz** en su declaración a petición de parte, señaló que al momento de su vinculación con la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN E.S.P., existían las vacantes de Control

Interno y de Sub Gerente, posesionándose en este último cargo por ser la prioridad en el momento, aunado a que no cumplía con los requisitos mínimo exigidos para el primero, y teniendo en claro que el cargo de Sub Gerente es de libre nombramiento y remoción; indicó que el acto administrativo por el cual se le efectuaba el encargo de Control Interno efectivamente se le entregó el mismo día de su elaboración, manifestando inicialmente de forma verbal que no lo aceptaba, al considerar que no cumplía con los requisitos mínimos para el mismo y finalmente frente a la insistencia del Gerente de la época, dio respuesta de no aceptación del encargo pasados 38 días, mediante Memorando Interno A.E. 2016-0314 del 28 de octubre de 2014, momento para el que efectivamente ya se encontraba posesionado en el cargo de Control Interno el señor Carlos Eduardo Carvajal, y concluyendo sobre el particular que nunca ejerció el cargo de Control Interno.

Así mismo, señaló que es cierto que el Ingeniero Juan David (Agente Especial Interventor) le explicó que los actos administrativos que emitiera como Sub Gerente no debían ser consultados con el área jurídica para no congestionarla, a menos que existiera una inquietud legal que ameritara un análisis de abogados; explicó que dentro de sus funciones se encontraba la de proyección y emisión de todos los actos de situaciones administrativas de los servidores públicos y trabajadores oficiales de ESPUFLAN E.S.P. tales como vacaciones, licencias, encargos, permisos, ingresos, retiros, empero existían algunos actos administrativos que eran proyectados directamente por las abogadas.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se puede precisar por parte del Despacho que se encuentra probado que, Elisa Alejandra Lozano Díaz fue nombrada en el cargo de libre nombramiento y remoción denominado Sub Gerente código 90 grado 02 en la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN E.S.P., mediante Resolución AE No. 114 del 13 de septiembre de 2016, para cumplir funciones de dirección y confianza de la empresa de servicios públicos, siendo este un cargo netamente directivo.

En el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales, se precisa que el “Propósito Principal” del cargo que desempeñaba la señora Elisa Alejandra Lozano Díaz, era el de *“Planear, organizar, dirigir y controlar los procesos relacionados con la administración y manejo del Talento Humano, apoyando la formulación de políticas institucionales, la adopción de planes, programas y proyectos, liderando el desarrollo de todos los procesos administrativos requeridos para la prestación del servicio, con el fin de lograr el manejo eficiente y eficaz de los recursos de la empresa”*<sup>4</sup>, situación esta que se desarrollaba a través del cumplimiento de las funciones especiales de dicho cargo descritas en el referido manual de funciones.

Al reparar en las funciones relacionadas en los numerales 1 al 3, 5 al 15 y 18 al 22, estas desarrollan los criterios de dirección, conducción y orientación institucionales, enfocadas todas a una dirección y acompañamiento transversal de todos los procesos de la empresa, a través de sus diferentes líderes.

---

<sup>4</sup> Ver folio 27 reverso.

Así mismo, encuentra el Despacho que el ejercicio de las funciones definidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5, del cargo de Sub Gerente código 90 grado 02 de la demandada ESPUFLAN E.S.P., implican una especial confianza, por cuanto le asignan funciones de asesoría institucional, asistenciales y de apoyo, tanto a la alta gerencia como a los líderes de procesos de la empresa de servicios públicos.

Aparece que con el acto acusado, esto es, la Resolución AE No. 140 del 2 de noviembre de 2016 la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN E.S.P., llanamente declaró insubsistente el nombramiento de Elisa Alejandra Lozano Díaz, sin que expusiera motivación alguna para tal determinación.

De los antecedentes administrativos aportados por la empresa demandada, se observa un cruce de comunicaciones entre el Agente Especial Interventor de ESPUFLAN E.S.P. y la Sub Gerente de la misma empresa, en las cuales queda de presente la inconformidad del primero frente a la actitud tomada por la hoy demandante Elisa Alejandra Lozano Díaz en relación a la delegación de las funciones de Control Interno sin el desprendimiento de sus funciones como Sub Gerente de la empresa de servicios públicos, señalando el interventor que la Resolución AE No 121 del 20 de septiembre de 2016 de delegación de funciones nunca nació a la vida jurídica al no haberse surtido la notificación de la misma en debida forma, pese a que esta la fue entregada personalmente a la hoy demandante, quien le manifestó de manera verbal a su superior jerárquico que la misma se le había refundido durante varios días, y solo haciendo un pronunciamiento oficial al respecto en el que señalaba las razones del porqué no aceptaba tal delegación mediante el Memorando Interno A.E.-I 2016-0314 del 28 de octubre de 2016, después de que el Agente Especial Interventor profiriera la Constancia del 26 de octubre de 2016 en la que precisamente señala que la referida Resolución AE No 121 de 2016 no produjo efectos jurídicos.<sup>5</sup>

A su vez, mediante Resolución AE No 128 del 12 de octubre de 2016, se nombró en el cargo de Control Interno, código 115 grado 02 a Carlos Eduardo Carvajal Rubio, quien se posesionó en la misma fecha.<sup>6</sup>

(CD visible a Fol. 76)

Al observar la parte resolutive de la Resolución AE No 121 del 20 de septiembre de 2016, lo que se pretendió fue encargar de las funciones del cargo de Control Interno, sin desprenderse de las funciones propias de su cargo, a la Sub Gerente Elisa Alejandra Lozano Díaz, y no el suplir en encargo el referido cargo de Control Interno, como lo interpreta la demandante, siendo estas dos figuras administrativas diferentes.

## **4.2. Análisis de las causales de Nulidad y Restablecimiento del derecho en el caso concreto.**

### **4.2.1. De la expedición irregular**

<sup>5</sup> Ver folios 46 al 50 del CD.

<sup>6</sup> A folio 76 del expediente ver CD Hoja de vida Elisa Lozano Díaz fls. 77-78.

La parte demandante titula este cargo como “*Resolución desvinculación de funcionario de libre nombramiento y remoción por pérdida de confianza no puede adoptarse sin fundamento alguno*”, planteando que la facultad discrecional con que cuenta la administración de ESPUFLAN E.S.P., para desvincular a sus funcionarios de libre nombramiento y remoción no se puede confundir con arbitrariedad, así como tampoco significa que se le permite adoptar decisiones sin fundamento alguno; aduciendo que dicha potestad exige que tal decisión responda a los fines que la norma otorga a la referida facultad discrecional, y que así mismo exista proporcionalidad entre los hechos por los que se pronuncia la administración y la consecuencia jurídica que se genera, por cuanto, la discrecionalidad no implica arbitrariedad al estar basada en los principio de racionalidad y razonabilidad, debiendo siempre estar encaminada a la buena prestación del servicio público.

Como se señalase anteriormente en el marco jurídico de esta providencia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado ha indicado que la motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y obedece a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; y los motivos en que se funda el acto son ciertos, claros y objetivos.

En cuanto a la falta de motivación, la referida Sección Cuarta recuerda que tal cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto; recordando que cuando la Constitución o la ley establecen que ciertos actos administrativos se dicten de forma motivada y que tal motivación conste al menos en forma sumaria en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forma del acto administrativo, esto es, el modo de expedirse. por consiguiente, si la Administración desatiende tales mandatos normativos, incurre en el vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo.

Teniendo en cuenta que el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 en su párrafo 2°, establece que en caso de efectuarse el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, no es necesaria la motivación y que depende de la discrecionalidad del nominador, y como quiera que el cargo de Sub Gerente de la demandada ESPUFLAN E.S.P. efectivamente corresponde a uno de libre nombramiento y remoción al tratarse de un cargo directivo en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales para el buen desempeño de la E.S.P. demandada, lo cual implica que se requiere la más absoluta confianza de quien ostenta tal cargo, se concluye que el acto acusado no tenía necesidad de ser motivado, como en efecto procedió a expedirlo la entidad accionada.

En este punto 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 adoptar una u otra decisión; en otras palabras, 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**

Si bien la facultad de remoción de un empleado de libre nombramiento y remoción se encuentra consagrada en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2, efectivamente dicha facultad debe ser ejercida bajo los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, estableciendo el Consejo de Estado de forma reiterada y pacífica que, **al ser el acto administrativo de insubsistencia inmotivado, supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio.**

Tal suposición en derecho admite prueba en contrario, no obstante, sobre este reproche que se le hace a la decisión de la administración atacada, debe indicarse que ninguna prueba se allegó al respecto en relación a que con el cambio del funcionario de Sub Gerente se desmejoró el servicio o si siquiera quedó en iguales condiciones el servicio brindado por parte de la demanda ESPUFLAN E.S.P., asunto que se profundizará en el estudio del otro cargo de nulidad endilgado.

De allí que en el presente asunto la no motivación de la Resolución AE No. 140 del 2 de noviembre de 2016, no sería demostrativa de la expedición en forma irregular, por lo que el cargo resulta impróspero.

#### **4.2.2. De la desviación de poder**

La parte actora presenta este cargo en dos títulos denominados “*inexistencia del mejoramiento del servicio y desviación de poder por ausencia de mejoramiento del servicio*”, planteado que si bien es cierto cuando se trata de funcionarios de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia obedece al ejercicio de una facultad discrecional, también lo es que tal discrecionalidad debe ser adecuada a la finalidad del buen servicio; afirma que las razones que motivaron la declaratoria de insubsistencia en el caso sub examine, tienen una base distinta a la del buen servicio y/o el interés por el desarrollo idóneo de la función pública, por cuanto tal situación no se plasmó en el acto administrativo de insubsistencia; concluye que la hoja de vida, conocimiento y experiencia profesional de la actual Sub Gerente, no fueron los motivos de la declaratoria de insubsistencia cuestionada, por tanto, su desvinculación no se generó en razón del mejoramiento del servicio, sino que se debió a que la hoy demandante se negó a posesionarse, en encargo, en el cargo de Control Interno, cargo para el que no cumplía con el perfil profesional ni la experiencia requerida.

Para resolver acerca de este cargo de nulidad, se debe indicar que la desviación de poder 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*”<sup>7</sup>.

Es claro que en tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción, dentro de las facultades que tiene el nominador, está la de declarar insubsistente y sin motivación alguna, el nombramiento efectuado a esta clase de servidores como ya

<sup>7</sup> Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda- Subsección A Consejero Ponente: William Hernández Gómez Bogotá D.C. -15 de noviembre de 2018. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16)

tantas veces se ha indicado en esta providencia. Es legal incluso, que el nominador solicite o insinúe al nombrado que presente su renuncia, lo que se conoce como una “renuncia protocolaria”, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y la posibilidad que tiene aquel de conformar o reorganizar su equipo de trabajo, pudiendo cambiar a los subalternos por la confianza que se requiere para el desempeño de las funciones que son inherentes al libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, en primer lugar, es importante señalar que, las condiciones profesionales y el correcto desempeño de la función, no le dan 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. Así, aun asumiendo que la hoy demandante desempeñó una buena gestión como Sub Gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN E.S.P., las relaciones de confianza con el nominador, son las que resultan esenciales para el buen desempeño y manejo de la administración pública, por ende, cuando esas relaciones de confianza se ven menguadas, surge la posibilidad de la declaratoria de insubsistencia del servidor, sin expresar motivación alguna.

En segundo lugar, frente a lo alegado por la parte actora en relación a que la motivación real de la declaratoria de insubsistencia proferida mediante la Resolución AE No. 140 del 2 de noviembre de 2016, obedeció específicamente al descontento del Agente Especial Interventor porque la Sub Gerente se negó a aceptar el encargo de funciones que le hiciera, no existe certeza para arribar a tal conclusión, pero, aún de haber sido así, no se considera que tales circunstancias para la desvinculación configuraran una desviación de poder, sino que por la forma en que ocurrieron los hechos, apuntan más a una natural pérdida de confianza que se generó de parte del nominador hacia la demandante.

Al respecto, empieza el Juzgado por 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 ser motivada su decisión, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza, y si bien en su declaración rendida en la audiencia de pruebas adelantada el 28 de noviembre de 2019, el Agente Especial Interventor Juan David Torres Sanabria, para la época de los hechos, no dice de forma explícita que la declaratoria de insubsistencia de la señora Elisa Alejandra Lozano Díaz como Sub Gerente de ESPUFLAN E.S.P. obedeció a la pérdida de confianza en esta funcionaria, lo cierto es que de tal declaración como de las pruebas documentales allegadas al plenario, se puede inferir que fue la pérdida de confianza en la referida funcionaria por parte del nominador de la E.S.P. demandada, la que motivó la decisión, pues aunque era previsible que si la accionante no tenía las condiciones o requisitos para aceptar el encargo, así lo manifestara, las pruebas llevan al convencimiento de que, una vez expedida la Resolución AE No 121 del 20 de septiembre de 2016 y luego de haberle sido entregada a la entonces Sub Gerente Elisa Alejandra Lozano Díaz para que se notificara, como esta lo acepta en su declaración rendida en el proceso, fue solo hasta el 28 de octubre de 2016 que dio una respuesta negativa o puso en conocimiento, oficialmente, la no aceptación del encargo, expresando sus razones en el Memorando Interno A.E.-I, 2016-0314,

memorando que profirió, luego de que el gerente le hubiera insistido en varias ocasiones que diera respuesta.

Tal pronunciamiento por parte de la hoy demandada se realizó con posterioridad incluso a que el cargo de Control Interno, código 115 grado 02 del que se le pretendían delegar las funciones, fuera suplido de forma definitiva con el señor Carlos Eduardo Carvajal Rubio, quien se posesionó el 12 de octubre de 2016<sup>8</sup>.

Resalta el Despacho que en el comunicado interno del 2 de noviembre de 2016, el Agente Especial Interventor le pone de presente a la actora su inconformismo frente a la actitud asumida por esta ante la delegación y la inseguridad jurídica en que mantuvo el ejercicio del encargo, lo que muestra una pérdida de confianza en la señora Sub Gerente Elisa Alejandra Lozano Díaz, por parte del Agente Especial Interventor como Gerente de la empresa demanda, así este no lo señale de forma directa, pues lo mínimo que podía esperar, era haber recibido una respuesta oportuna de la funcionaria.

En tercer lugar, si se retoman las razones del buen servicio, las hojas de vida de la demandante Elisa Alejandra Lozano Díaz y de la vinculada Lina Marcela Barrera González, se observa que la primera al momento de posesionarse en el cargo objeto de la presente litis, se encontraba titulada como Contadora Pública con Especialización en Derecho Tributario y Aduanero y experiencia profesional de poco más de 2 años y 6 meses; la segunda, por su parte, se encontraba titulada como Administradora de Empresas con Especialización en Gerencia de proyectos y cerca de 5 años de experiencia profesional, siendo este último perfil, al menos en lo académico, más acorde a lo que se espera para una Sub Gerencia, por lo que se podría predicar en este punto una efectiva mejora en el servicio, aunado a que como lo expresara el entonces Agente Especial Interventor de la E.S.P. de Flandes, con la última funcionaria existió una mayor sinergia y entendimiento entra la Gerencia y la Sub Gerencia de la empresa demandada.

Por lo anterior, el cargo no está llamado a prosperar, toda vez que la demandante no demostró la existencia de un interés distinto al que se presupone de los actos administrativos de insubsistencia de aquellos funcionarios que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción, esto es el mejoramiento del servicio; actos administrativos en los que no se requiere motivación alguna, acudiendo a la facultad discrecional del nominador de reacomodar su equipo de trabajo cuando este así lo estime pertinente, otorgada por el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

## **5. CONCLUSIÓN JURÍDICA**

Luego del análisis del caso concreto, concluye el Despacho que el cargo de Sub Gerente código 90 grado 02 de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN E.S.P., desempeñado por la señora Elisa Alejandra Lozano Díaz, efectivamente correspondía a un cargo de libre nombramiento y remisión, y que la presunción de legalidad del acto administrativo demandado Resolución AE No. 140

---

<sup>8</sup> A folio 76 del expediente ver CD Hoja de vida Elisa Lozano Díaz fls. 77-78.

del 2 de noviembre de 2016, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, no fue desvirtuada, al no demostrarse ninguno de los cargos de nulidad formulados y al contrario, se considera que el contenido del acto demandado cumple las exigencias de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la decisión discrecional de retiro del servicio.

En vista de lo anterior, habrán de denegarse las pretensiones de la demanda.

## **6. CONDENA EN COSTAS**

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

*“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

Al resultar denegatorias las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionada, ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018<sup>9</sup>, verificando en consecuencia que la demandada en procura de la defensa de sus intereses contestó demanda, asistió a las audiencias inicial y de pruebas, y presentó alegatos de conclusión; razón por la cual se fijará la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la entidad demandada, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda promovida por Elisa Alejandra Lozano Díaz contra la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN E.S.P., conforme lo indicado en parte considerativa de este proveído.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte accionante. Tásense, tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) a favor de la entidad demandada. Líquidense por Secretaría.

**TERCERO: RECONOCER** personería para actuar al abogado Hernán Eulices Ortiz Ossa, como apoderado de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN E.S.P., en los términos del poder conferido a folio 180.

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

**CUARTO:** Ejecutoriado el presente fallo y liquidadas las costas, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL**  
Jueza

**Firmado Por:**

**DIANA CAROLINA MENDEZ BERNAL**  
**JUEZ CIRCUITO**  
**JUZGADO 3 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**13abdc411c43b1b27c8ea4704c97f8dc4c6c48fafe8c6c7b7885814aa17e82aa**

Documento generado en 18/12/2020 01:31:51 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**