



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, diecisiete (17) de mayo de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	73001-33-33-006-2017-00343-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	YENNY MARCELA MEDINA CARMONA
DEMANDADO:	EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE FLANDES “ESPUFLAN” – SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS
VINCULADO:	DIEGO ALEJANDRO HERRÁN USECHE
ASUNTO:	INSUBSISTENCIA EN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que promueve Yenny Marcela Medina Carmona en contra de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Empresa de Servicios Públicos de Flandes “ESPUFLAN” y Diego Alejandro Herrán Useche (vinculado como tercero interesado).

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad y por ende se revoque la resolución A.E. No. 0077 del 15 de mayo de 2017, por medio de la cual se declaró insubsistente a la demandante.

1.2 Que como consecuencia de lo anterior, se declare el restablecimiento de los derechos de la demandante como jefe de planta de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes “ESPUFLAN”.

1.3 Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a las entidades demandadas restituir a la accionante en su cargo como jefe de planta de ESPUFLAN.

1.4 Que se declare responsable a la Superintendencia de Servicios Públicos y la Empresa de Servicios Públicos de Flandes, por los perjuicios causados a la demandante, en virtud de la designación de un agente especial sin tener en cuenta los requisitos legales para dicho cargo, así como por la declaración de insubsistencia de la actora.

1.5 Que como consecuencia de lo anterior, se paguen a la demandante los salarios dejados de percibir antes de la restitución en su cargo, que del mes de mayo 16 a 31 de diciembre de 2017, ascienden a la suma de \$16.672.663, equivalentes a 22.6 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.6 Que se pague a la demandante o convocante, las prestaciones sociales dejadas de percibir desde la declaratoria de insubsistencia hasta la restitución efectiva en el

cargo, que para el año 2017, es la suma de \$6.619.805, equivalentes a 8.97 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.7 Que se pague como indemnización de perjuicios a la demandante o convocante en virtud de la nulidad de la resolución atacada, la suma de 44 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.8 Que se pague a la demandante por concepto de daño emergente la suma de \$2.452.256, equivalentes a 3.32 salarios mínimos legales mensuales.

2. HECHOS

2.1 Que la señora Yenny Marcela Medina Carmona prestó sus servicios a la Empresa de Servicios Públicos de Flandes (ESPUFLAN), desde el 16 de mayo de 2016, hasta el 15 de mayo de 2017.

2.2 Que ESPUFLAN es una entidad creada por la Alcaldía Municipal de Flandes, pero mediante el acuerdo 053 de 1995 se adecuó como Empresa Industrial y Comercial del Estado con patrimonio propio y autonomía administrativa.

2.3 Que la Empresa de Servicios Públicos de Flandes se encuentra intervenida por la Superintendencia de Servicios Públicos desde el 17 de junio de 2015.

2.4 Que la demandante fue nombrada mediante resolución AE No. 0062 del 16 de mayo de 2016, tomando posesión del cargo de jefe de planta el mismo día por medio de acta de posesión 003 de 2016; dicho cargo se identifica con el código 219 grado 5, cuya naturaleza es ser de libre nombramiento y remoción y goza de completa dependencia del director técnico operativo.

2.5 Que la demandante, al tiempo del nombramiento y posesión, contaba con más de 43 meses de experiencia general, una experiencia específica de más de 15 meses en servicios públicos domiciliarios y en cargos de responsabilidad y manejo de personal una experiencia de más de 30 meses. De igual manera, la actora contaba con el título de ingeniera química otorgado en el mes de agosto de 2012, con especialización de la Universidad Nacional en ingeniería ambiental – área sanitaria, graduada el 23 de agosto de 2013. Igualmente, también tenía terminadas las materias de maestría en ingeniería – ingeniería ambiental, cursadas en la misma universidad.

2.6 Que la Agente Especial de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes por medio de Resolución A.E. No. 0077 del 15 de mayo de 2017, declaró insubsistente a la demandante en el cargo de jefe de planta, con código 219 y grado 05. Esta resolución fue comunicada mediante memorando interno A.E. I, 2017-00454 del 15 de mayo de 2017.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE FLANDES (ESPUFLAN)¹

Sostiene la apoderada de ESPUFLAN que la declaratoria de insubsistencia de la señora Yenny Marcela Medina Carmona, obedeció al poder discrecional de la agente especial de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes (ESPUFLAN) para la época de los hechos, para remover a un funcionario de libre nombramiento y remoción conforme la autonomía de la que gozan para tener en su equipo de trabajo personas de total confianza, tal y como lo han indicado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional. Aduce que la actuación de la administración no puede ser declarada nula toda vez que la resolución demandada fue expedida dentro del marco de la legalidad y de conformidad con el poder discrecional del nominador.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó “*Presunción de legalidad de los actos acusados*”, “*Inexistencia de desviación de poder o falsa motivación*”, “*No existía necesidad de motivar el acto administrativo*”, reiterando el carácter ajustado a derecho de las actuaciones desplegadas por la accionada E.S.P.

3.2 SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS²

Señala el apoderado judicial de dicha entidad que los agentes especiales son autónomos en el cumplimiento de sus funciones y que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en cuanto adelante la toma de posesión y liquidación de las empresas prestadoras de servicios públicos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 59 de la Ley 142 de 1994, realiza una labor de seguimiento y monitoreo, sin que en ningún momento pueda tomarse ello como coadministración.

Enfatiza que los actos del agente especial no pueden ser atribuidos a la Superintendencia, por cuanto los mismos están dotados de autonomía acorde con el artículo 294 del Estatuto Financiero, por lo que si bien la Superintendencia designa el agente especial que administra la empresa, éste es quien adelanta el proceso bajo su exclusiva responsabilidad, en calidad de representante legal de la misma.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó “*Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*”, “*genérica e innominada*”, reiterando el carácter ajustado a derecho de las actuaciones desplegadas por la accionada Superintendencia.

3.3 VINCULADO – DIEGO ALEJANDRO HERRÁN USECHE

Guardó silencio

4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante³

La apoderada judicial de la parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda solicitando se declare la nulidad del acto administrativo demandado, aduciendo que se encuentra acreditado el irreprochable comportamiento laboral de

¹ Folios 169 a 185. Archivo 01CUADERNO PRINCIPAL - TOMO I del expediente electrónico

² Folios 3 a 23. Archivo 02CUADERNO PRINCIPAL - TOMO II del expediente electrónico

³ Archivo 35AlegatosDeConclusionParteDemandante_20210205 del expediente electrónico

la demandante, quien acreditó un excelente cumplimiento de sus deberes como jefe de planta de ESPUFLAN. Añade que las calidades profesionales de Yenny Marcela Medina Carmona son más calificadas que las del ingeniero que la reemplazó, Diego Alejandro Herrán y que una vez intervenida ESPUFLAN por la Superintendencia de Servicios Públicos requería que una persona idónea continuara desempeñando las funciones de Jefe de Planta. Alega que en cuanto la demandante se desempeñó como jefe de planta de ESPUFLAN se acreditaron diversos logros durante su gestión y que en cuanto se efectuó el cambio de jefe de planta no se produjo memoria del servicio alguna.

Por otra parte, insiste que la Agente Especial designada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo, carecía de competencia para proferir el acto administrativo demandado, como quiera que ostentaba la calidad de servidor público por cuanto fungía como Directora Comercial de ESPUFLAN E.S.P., lo cual por el hecho de haber solicitado licencia no remunerada no dejaba de tener dicha condición, recalcando que el cargo de agente especial percibe honorarios y se asimila a un auxiliar de la justicia.

Finalmente, considera que no hubo ninguna pérdida de confianza para declarar insubsistente a la actora, dado que no existieron llamados de atención o quejas por su desempeño y que el tiempo transcurrido era insuficiente para que la confianza hubiese sido rota.

4.2 PARTE DEMANDADA

4.2.1. Empresa de Servicios Públicos de Flandes (ESPUFLAN)⁴

En sus alegaciones finales, el apoderado de ESPUFLAN solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda, por cuanto indica que conforme jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, con la excepción de los empleados de carrera administrativa, no existe en el sector público estabilidad ni perpetuidad alguna, puesto que uno de los principios de la administración es la movilidad de los directivos de las entidades públicas, conforme la autonomía de los representantes legales y con fundamento en la necesidad de mejoramiento del servicio con personal de su confianza.

En este mismo sentido, afirma que el deber ser de todo empleado público es cumplir a cabalidad y con excelencia sus funciones, sin que por ello se genere un fuero de estabilidad, y que conforme lo ha manifestado en múltiples oportunidades el Consejo de Estado, la insubsistencia de un funcionario en el ejercicio de un cargo de libre nombramiento y remoción no requiere motivación alguna, siendo tal la solidez en que se cimienta la legalidad de tal acto administrativo, así como la discrecionalidad del mismo, que no es susceptible de recursos. Agrega que ni la idoneidad profesional ni el buen desempeño de las funciones otorgan al funcionario privilegios o ventajas que le aseguren la permanencia en la entidad.

Refiere el apoderado de ESPUFLAN E.S.P. que la declaratoria de insubsistencia en los empleos de libre nombramiento y remoción está amparada en la Ley 909 de 2004, artículo 41, donde se establece como una causal de retiro del servicio cuya competencia es discrecional y no requiere motivación.

⁴ Archivo [34AlegatosConclusionEspuflan_20210204](#) del expediente electrónico

Concluye señalando, que conforme lo manifestado por el ingeniero Diego Alejandro Herrán Useche en su declaración, a su llegada a ESPUFLAN se lograron avances significativos en cuanto a resultados en los índices de turbiedad del agua suministrada a la población de Flandes y que en cuanto a la declaración efectuada por la señora Esperanza Tovar Cala la misma incurrió en contradicciones al ser conainterrogada.

4.2.2. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios⁵

El apoderado de esta demandada sostiene que la parte actora en ningún momento demostró la responsabilidad e injerencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el manejo, administración o gestión del manejo de personal de ESPUFLAN.

Igualmente, manifiesta que pese a la existencia de la intervención sobre ESPUFLAN E.S.P. el agente especial que se designa ejerce las funciones que le impone el artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y no se reputa, para ningún efecto, empleado o contratista de la Superintendencia por lo que la misma no es responsable de los actos jurídicos que expidan o celebren los agentes especiales de las empresas intervenidas, por cuanto la contratación y en general las gestiones que desarrollen en el curso del procedo liquidatario, son de exclusiva competencia de estos.

Reitera, que de acuerdo al marco normativo previsto en la Ley 142 de 1994 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los actos del agente especial no pueden ser atribuidos a la Superintendencia, dado que están dotados de la autonomía que le imprime el artículo 294 del Estatuto Financiero, por lo que si bien la Superintendencia designa el agente especial que administra la empresa, éste es quien adelanta el proceso bajo su exclusiva responsabilidad, en calidad de representante legal de la misma.

4.2.3 Vinculado - Diego Alejandro Herrán Useche

No presentó escrito dentro del término concedido para alegar de conclusión.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5 Problema Jurídico planteado

Procede el despacho a determinar si, ¿resulta procedente declarar la nulidad del acto administrativo expedido por la agente especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que declaró insubsistente a la demandante como Jefe de Planta de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes “ESPUFLAN E.S.P.” por cuanto el mismo habría sido expedido por funcionario incompetente, sin motivación, con desviación de poder, y por razones ajenas al buen servicio y en consecuencia resultaría pertinente disponer el reintegro al cargo que la actora venía desempeñando y el consecuente pago sin solución de continuidad de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación o si por el contrario, el reproche carece de fundamento y la actuación se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico?

⁵Archivo [36AlegatosDeConclusionSuperServicios_20210205](#) del expediente electrónico

6 Tesis que resuelven el problema jurídico planteado

6.1 Tesis de la parte accionante

Considera que debe accederse a las pretensiones de la demanda, comoquiera que el acto administrativo contenido en la resolución A.E. No. 0077 del 15 de mayo de 2017, proferido por la Agente Especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo, por medio del cual se declaró insubsistente a la demandante fue manifiestamente ilegal, al tratarse de un acto administrativo expedido por funcionaria incompetente, sin motivación, con desviación de poder y por razones ajenas al buen servicio, y, por ende, la declaratoria de insubsistencia de la actora fue irregular, de ahí que, proceda el reconocimiento y pago de las indemnizaciones y salarios dejados de percibir con ocasión del mencionado acto.

6.2 Tesis de la parte accionada

6.2.1 Empresa de Servicios Públicos de Flandes (ESPUFLAN E.S.P.).

Considera que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, por cuanto carecen de respaldo jurídico ya que con excepción de los empleados de carrera administrativa, no existe en el sector público estabilidad ni perpetuidad alguna, y que la insubsistencia de un funcionario en el ejercicio de un cargo de libre nombramiento y remoción no requiere motivación alguna dada la discrecionalidad de que goza el nominador en estos casos, sin que pueda estimarse que por idoneidad profesional o el buen desempeño de las funciones se aseguren privilegios que aseguren la permanencia en la entidad.

6.2.2 Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Estima que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda con respecto a dicha entidad habida cuenta que acorde con el ordenamiento jurídico dicha Superintendencia únicamente ejerce supervisión, vigilancia y control de las empresas prestadoras de servicios públicos intervenidas, pero como tal no ejerce coadministración de las mismas, siendo que los actos que profieran los agentes especiales en el curso del proceso liquidatorio son de su exclusiva competencia en condición de representantes legales de las empresas intervenidas.

6.3 Tesis del despacho

Este Despacho negará las pretensiones de la demanda, en razón a que no se demostró configuración de causal alguna de nulidad del acto administrativo demandado, puesto que no se acreditó que la resolución A.E. No. 0077 del 15 de mayo de 2017, hubiese sido expedida por funcionaria incompetente, sin motivación, con desviación de poder y por razones ajenas al buen servicio, teniendo en cuenta igualmente que el cargo que desempeñaba la demandante ostentaba la naturaleza de libre nombramiento y remoción, razón por la cual la discrecionalidad de la administración para declarar la insubsistencia cuestionada resultaba ajustada a derecho.

7 HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el día 21 de agosto de 2012, se nombró a la señora Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo como directora comercial, nivel directivo, código 009 de Espuflan E.S.P., posesionándose en la misma fecha.	Documental: Resolución No. 0531 del 21 de agosto de 2012 - acta de posesión No. 003 de 2012. (<u>Carpeta 10PbasParteActora. Archivos ResolucionNombramientoDirectoraComercial Espuflan 20200811</u> y <u>ActaDePosesionFlorMireyaGualteros20200811 del expediente electrónico</u>).
2. Que por medio de resolución SSPD – 20151300015835 del 16/06/2015 se ordenó la posesión con fines liquidatorios – etapa de administración temporal de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes E.S.P.- ESPUFLAN E.S.P.	Documental: Resolución SSPD – 20151300015835 del 16/06/2015. (Folios 188 a 199. Archivo <u>01CUADERNO PRINCIPAL - TOMO I</u> del expediente electrónico).
3. Que la señora Yenny Marcela Medina Carmona fue nombrada en el cargo de jefe de planta, código 219, grado 5, de Espuflan E.S.P. a través de la resolución AR No. 0062 de mayo 16 de 2016, posesionándose en la misma fecha	Documental: Resolución AR No. 0062 de mayo 16 de 2016 – acta de posesión del 16 de mayo de 2016. (Fls. 24 a 26. Archivo <u>01CUADERNO PRINCIPAL - TOMO I</u> del expediente electrónico).
4. Que la señora Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo fue designada como Agente Especial de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes – ESPUFLAN E.S.P. en la fecha 15 de marzo de 2017.	Documental: Resolución No. SSPD – 20171300006245 del 15 de marzo de 2017 (<u>Carpeta 11PruebasDecretadasAudiencialIncial20200821. Archivo DesignacionAgenteEspecial2017</u>).
5. Que a la señora Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo le fue concedida el día 16 de marzo de 2017, licencia no remunerada en su condición de directora comercial, código 009, grado 01 de Espuflan E.S.P.	Documental: Resolución AE No. 0040 del 16 de marzo de 2017. (<u>Carpeta 26RespuestaOficioNo. 1194Espuflan20201207</u> archivo <u>02Resolución 0040 2017 Licencia no remunerada Mireya (1)</u>).
6. Que el día 17 de marzo de 2017, la señora Gualtero Perdomo se posesionó como Agente Especial de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes – ESPUFLAN E.S.P.	Documental: Acta de posesión del 17 de marzo de 2017 ante el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios. (<u>Carpeta 11PruebasDecretadasAudiencialIncial20200821. Archivo ActaDePosesionMireya2017</u>).
7. Que la señora Yenny Marcela Medina Carmona estuvo vinculada a la planta de personal de ESPUFLAN E.S.P. en el cargo de Jefe de Planta desde el día 16 de mayo de 2016 hasta el 15 de mayo de 2017	Documental: Certificación emitida por la Subgerente de Espuflan del 19 de mayo de 2017 - Resolución AE No. 0062 de mayo 16 de 2016 – Acta de posesión No. 003 del 16 de mayo de 2016. (Folios 23 a 26. Archivo <u>01CUADERNO PRINCIPAL - TOMO I</u> del expediente electrónico).
8. Que mediante resolución A.E. No. 0077 del 15 de mayo de 2017, proferida por la agente especial de la Espuflan E.S.P., Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo, se declaró insubsistente a la señora Yenny Marcela Medina Carmona, en el cargo de Jefe de Planta, código 219 y grado 05	Documental: Resolución A.E. No. 0077 del 15 de mayo de 2017. (Folios 8 y 9. Archivo <u>01CUADERNO PRINCIPAL - TOMO I</u> del expediente electrónico).
9. Que el señor Diego Alejandro Herrán Useche fue nombrado el día 17 de mayo de 2017, por la agente especial Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo como Jefe de Planta de Espuflan E.S.P., código 219, grado 05, posesionándose en la misma fecha.	Documental: Resolución A.E. No. 0081 del 17 de mayo de 2017 y acta de posesión de la misma fecha. (Fls. 45 a 47. Archivo <u>04HOJA DE VIDA - DIEGO USECHE</u> del expediente electrónico).
10. Que, el 19 de mayo de 2017, la accionante hizo entrega al subgerente de ESPUFLAN E.S.P., de los documentos requeridos para obtener paz y salvo por terminación del vínculo laboral.	Documental: Copia de los documentos correspondientes a la entrega del cargo. (Fls. 16 a 22. Archivo <u>01CUADERNO PRINCIPAL - TOMO I</u> del expediente electrónico).

<p>11. Que el señor Diego Alejandro Herrán Useche laboró en el cargo de Jefe de Planta, código 009, grado 05, de Espuflan E.S.P. durante el período comprendido entre el 17 de mayo de 2017 hasta el 31 de julio de 2018</p>	<p>Documental: Certificación del 6 de agosto de 2019, suscrita por la Subgerente de Espuflan E.S.P. (Folio 70. Archivo <u>02CUADERNO PRINCIPAL - TOMO II</u> del expediente electrónico).</p>
<p>12. Que mediante resolución SSPD-20171300085045 del 30/05/2017 se dio por terminada la designación de la señora Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo como Agente Especial de Espuflan E.S.P. y se designó a Jorge Ernesto Silva Gómez, quien se posesionó el 1º de junio de 2017</p>	<p>Documental: Resolución SSPD-20171300085045 del 30/05/2017. Acta de posesión del 1º de junio de 2017 (Folios 200 a 202. Archivo <u>01CUADERNO PRINCIPAL - TOMO I</u> del expediente electrónico).</p>
<p>13. Que mediante resolución SSPD-2018600000085 del 06/12/2018 se designó temporalmente como agente especial de Espuflan E.S.P. a la señora Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo, quien se desempeñaba como directora comercial y se posesionó como agente especial el 10 de diciembre de 2018.</p>	<p>Documental: Resolución SSPD-2018600000085 del 06/12/2018 – acta de posesión del 10 de diciembre de 2018. (Folios 66 a 68. Archivo <u>02CUADERNO PRINCIPAL - TOMO II</u> del expediente electrónico).</p>
<p>14. Que el cargo de Jefe de Planta de Espuflan E.S.P., el cual fuere ostentado por la demandante, y que se identifica con código 219, grado 05, se encuentra clasificado como de libre nombramiento y remoción</p>	<p>Documental: Certificación emitida por la Subgerente de Espuflan del 19 de mayo de 2017 – Manual específico de Funciones y Competencias Laborales. (Folios 23, 27 a 29. Archivo <u>01CUADERNO PRINCIPAL - TOMO I</u> del expediente electrónico).</p>
<p>15. Que los honorarios de los agentes especiales designados por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se encuentran a cargo de Espuflan E.S.P.</p>	<p>Documental: Certificación suscrita por el director financiero de Espuflan E.S.P. (Carpeta <u>11PruebasDecretadasAudiencialInicial202008 21</u>. Archivo <u>CertificacionHonorariosAE</u>).</p>

8. MARCO NORMATIVO

8.1. AGENTES ESPECIALES Y LIQUIDADORES – NATURALEZA DE SUS FUNCIONES

El Consejo de Estado se ha pronunciado expresamente con respecto a la naturaleza jurídica de las actuaciones efectuadas por los agentes especiales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que hayan sido designados con el objeto de la toma de posesión de dichas empresas, al tenor de lo preceptuado en artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, indicando que los mismos no ostentan la condición de servidores públicos. Es así como el máximo tribunal de lo contencioso administrativo señaló al respecto:

“Tanto los Agentes Especiales como los Liquidadores, ejercen funciones públicas transitorias, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 291 y 1 del 295 del Estatuto Orgánico Financiero, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 9.1.1.2.2 del Decreto 2555 de 2010, sin perjuicio de la aplicabilidad, cuando sea del caso, de las reglas del derecho privado a los actos que ejecuten en nombre de la entidad objeto de la toma de posesión o de liquidación o de las demás normas que sean aplicables.

Las funciones asignadas a los agentes especiales deben cumplirse en el marco del ordenamiento jurídico y de los estatutos internos de la prestadora tomada en posesión, y están encaminadas a preservar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a los usuarios dentro de los límites laborales, financieros, operativos y comerciales; igualmente, deben velar por la conservación y defensa de los activos de la prestadora intervenida.

En relación con la vinculación, el numeral 6 del artículo 295 del Estatuto Orgánico

Financiero, estableció que:

“(…) 6. Vinculación. El liquidador y el contralor continuarán siendo auxiliares de la justicia y, por tanto, para ningún efecto podrán reputarse trabajadores o empleados de la entidad en liquidación o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. (…)”.

En ese orden de ideas el Agente Especial, a quien se le aplica el numeral 6° del artículo 295 ya citado, no mantiene alguna vinculación como servidor público de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Es más, si se tiene en cuenta que el artículo 123 de la Constitución Política estableció “(…) la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio (…)”, se puede concluir que es el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero la normatividad aplicable.

Adicionalmente no se puede desconocer que aun cuando el artículo 291 del citado estatuto se refiere a la “designación” como la modalidad de vinculación del Agente Especial con la Superintendencia, no puede equipararse dicha expresión con un “nombramiento” propio de una relación legal y reglamentaria, porque esta modalidad de ingreso a la administración corresponde a la de un empleado público, condición que como ya indicé, descarta expresamente el régimen contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para los Agentes Especiales y Liquidadores.

Por último, la toma de decisiones por parte de los agentes especiales, debe estar enmarcada en la observancia de la ley, los reglamentos y el estado de la técnica. Así pues, el representante legal debe cumplir con los deberes propios de un administrador, en concordancia con las causales y los fines de la intervención, y sus actuaciones deben propender por el interés de la empresa y la protección de la finalidad que esta cumple en la sociedad como prestadora de servicios públicos, especialmente la de garantizar a sus usuarios la prestación efectiva del servicio que se trate”.⁶

8.2. DE LA NATURALEZA DEL EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, se exceptúan los de elección popular, libre nombramiento y remoción, y, los de los trabajadores oficiales.

En que atañe al empleo de libre nombramiento y remoción, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha señalado⁷:

“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.”

El Consejo de Estado en relación con la naturaleza y alcance de esta forma de vinculación, ha señalado⁸:

“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, hay eventos en los que la administración

⁶ C.E. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 31 de enero de 2018. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación 85001-23-33-000-2015-00014-01(0452-16)

⁷ Sentencia T-686/14

⁸ C.E., Sección Segunda, CP SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 20 de noviembre de dos mil veinte (2020), Rad: 13001-23-31-000-2010-00218-01(4140-13)

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. [...] [E]s 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 igual sentido, la citada decisión indicó que partiendo del elemento subjetivo que rodea la vinculación en esta clase de empleados, el nominador puede disponer libremente de su provisión y retiro, sin que se requiera motivar los actos de desvinculación en el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción; empero, ha precisado que dicha facultad discrecional no es absoluta, sino que debe estar precedida por el límite de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad:⁹

“...Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. 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 comunidad¹⁰.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado¹¹ 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.

Por su parte, el artículo 44 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece 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”.

8.3. INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - BUEN DESEMPEÑO DEL CARGO

El Consejo de Estado ha puesto de relieve que el buen desempeño en el ejercicio del cargo, constituye un deber de todo servidor público sin que por sí mismo ello enerve la facultad discrecional del nominador para remover de su cargo a quien ostente un cargo de libre nombramiento y remoción. Dicha Corporación ha dicho que *“El hecho de que el demandante atendiera sus deberes y observara buena conducta, no le otorgaba fuero de estabilidad en el empleo, de modo que no era óbice para que el nominador ejerciera la potestad de libre remoción del cargo. Esto, en atención a que es deber de todo servidor público «Cumplir con diligencia,*

⁹ Ibidem

¹⁰ Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012.

eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial», como lo consagran los artículos 34 (numeral 2) del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) y 209 de la Constitución Política, este último según el cual la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, celeridad e imparcialidad, entre otros.(...) No desconoce la subsección que la trayectoria laboral del actor, así como las importantes y especiales responsabilidades que asumió en el ejercicio del cargo de procurador judicial II penal, que incluso dieron lugar a contar con un esquema de seguridad, exaltan la trayectoria laboral, profesional y eficiencia, pero no dan cuenta de otros aspectos, tales como la confianza y la credibilidad que él hubiera generado al nominador, asunto que bien podía determinar la disponibilidad de su cargo, puesto que, como lo ha expresado la Corte Constitucional, en los empleos de libre nombramiento y remoción se «requiere un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, en razón de la trascendencia y grado de responsabilidad administrativa o política de las tareas encomendadas». Las pruebas adosadas tampoco son per se indicativas de desviación de poder o de ilegalidad del acto censurado, ni aportan elementos relativos al desmejoramiento del servicio o carencia de interés general».¹²

8.4. DE LA MOTIVACIÓN DEL ACTO DE INSUBSISTENCIA DE LOS EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Conforme reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha puesto de presente que los actos administrativos por medio de los cuales se declaran insubsistentes a los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requieren de motivación, habida cuenta que los mismos se encuadran dentro de la discrecionalidad que ostenta el nominador para configurar su equipo de confianza.

Es así como la máxima corporación de lo contencioso administrativo, en lo atinente a ello, señaló:

“La jurisprudencia de lo contencioso administrativo y la constitucional están unificadas alrededor de la no exigencia de motivación de los actos discrecionales –con excepción de los casos de estabilidad reforzada-. Particularmente se hace visible esta excepción en los casos de desvinculación de los empleados de libre nombramiento y remoción, quienes por su ejercicio funcional le permiten al nominador una mayor libertad tanto en su designación como en su desvinculación, sin que se admita en ello la arbitrariedad e injusticia, dado que, como se ha dicho, la administración está obligada a preservar los derechos legales y constitucionales. Sin embargo, por el ejercicio funcional de estos cargos y la propia dinámica de la función pública, el nominador debe contar con funcionarios de su absoluta confianza, que atiendan sus directrices y políticas para cumplir con sus programas de gobierno y sus propias funciones personales –entiéndase las legales y constitucionales asignadas- y corporativas. Bajo ese entendido, el grupo de empleados que ejercen funciones de dirección o manejo de políticas, confianza o confidencialidad, manejo de recursos públicos o del tesoro, seguridad personal, deben estar estrechamente vinculados a su nominador. Si ello no es así, tiene a su disposición la liberalidad de retirar al servidor sin motivación del acto que así lo dispone, que como se ha dicho en esta providencia, tiene una motivación legal en aras del buen servicio totalmente controvertible en las instancias judiciales”.¹³

¹² C.E. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 28 de octubre de 2021. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 05001-23-33-000-2016-01773-01

¹³ C.E. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 20 de agosto de 2015. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 25000-23-25-000-2010-00254-01(1847-12)

9. CASO EN CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la parte actora acusa la nulidad de la resolución A.E. No. 0077 del 15 de mayo de 2017, proferida por la Agente Especial designada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para la Empresa de Servicios Públicos de Flandes (ESPUFLAN E.S.P.), Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo, y por medio de la cual se declaró insubsistente a la señora Yenny Marcela Medina Carmona en el cargo de Jefe de planta, código 219 y grado 05 de la mencionada empresa de servicios públicos. Lo anterior con fundamento en que el mentado acto administrativo habría sido expedido por funcionario incompetente, sin motivación, con desviación de poder y por razones ajenas al buen servicio.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el ataque que formula la parte demandante contra el mencionado acto administrativo se fundamenta en distintas causales de nulidad, se procederán a analizar de manera separada según las argumentaciones efectuadas.

9.1 Nulidad por falta de competencia.

Se señala en la demanda, que la señora Flor Mireya Gualteros, quien profirió la resolución acusada como agente especial designada por la Superintendencia de Servicios Públicos, previamente a la expedición del acto administrativo cuestionado solicitó licencia no remunerada en el cargo que venía ejerciendo, de directora administrativa de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes (ESPUFLAN E.S.P.), lo cual *“hace que todos los actos realizados como AGENTE ESPECIAL, en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito por la señora MIREYA con la Superintendencia de Servicios Públicos, y que implica como función manejo de dineros de ESPUFLAN, va en contravía de la constitución Colombiana, porque nunca terminó su calidad de servidora pública”*.¹⁴

En este mismo sentido, sostiene en sus alegatos la parte activa del extremo procesal que el cargo de agente especial percibe honorarios y es asimilado, de acuerdo con el artículo 295 numeral 6º del estatuto orgánico financiero a un auxiliar de la justicia, por lo cual pese a haber solicitado una licencia no remunerada, nunca perdió su calidad de servidor público y por ende no le era dable ser nombrada ni posesionada como agente especial, por lo que los actos administrativos expedidos por razón de esta última condición resultan ilegales.¹⁵

Ahora bien, se encuentra establecido que por medio de resolución AE No. 0040 del 16 de marzo de 2017, a la señora Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo le fue concedida licencia no remunerada en su condición de directora comercial, código 009, grado 01 de Espuflan E.S.P.¹⁶ Igualmente, se encuentra acreditado que haciendo uso de dicha licencia y fungiendo como agente especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para la intervenida Empresa de Servicios Públicos de Flandes (ESPUFLAN E.S.P.), la señora Gualtero Perdomo profirió la resolución A.E. No. 0077 del 15 de mayo de 2017, por medio de la cual se declaró insubsistente a la actora, de tal suerte que bajo criterio de la parte

¹⁴ Folio 101 del Archivo [01CUADERNO PRINCIPAL - TOMO I](#) del expediente electrónico

¹⁵ Folios 5 a 9 del archivo [35AlegatosDeConclusionParteDemandante_20210205](#) del expediente electrónico

¹⁶ Carpeta [26RespuestaOficioNo. 1194Espuflan20201207](#) archivo [02Resolución 0040 2017 Licencia no remunerada Mireya \(1\)](#)

demandante dicho acto fue ilegal dado que la agente seguía ostentando la calidad de servidora pública como directora comercial.

En relación con lo anterior, el despacho no comparte las aseveraciones efectuadas por la parte demandante, conforme las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, debe indicarse que según el artículo 19 del Decreto 2400 de 1968, -*“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”*-, señala:

“ARTÍCULO 19. Los empleados tienen derecho a licencias renunciables sin sueldo hasta por sesenta (60) días al año, continuos o divididos. Si concurre justa causa, a juicio de la autoridad nominadora, la licencia puede prorrogarse hasta por treinta (30) días más. Cuando la solicitud de licencia no obedezca a razones de fuerza mayor o caso fortuito, la autoridad nominadora decidirá sobre la oportunidad de concederla, teniendo en cuenta las necesidades del servicio. Durante la licencia los empleados no podrán ocupar otros cargos dentro de la administración Pública. Esta licencia no se computará para ningún efecto como tiempo de servicio.”

De igual modo, el párrafo del artículo 2.2.5.5.3. del Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, prescribe que *“Durante las licencias el empleado conserva su calidad de servidor público y, por lo tanto, no podrá desempeñar otro cargo en entidades del Estado, ni celebrar contratos con el Estado, ni participar en actividades que impliquen intervención en política, ni ejercer la profesión de abogado, salvo las excepciones que contemple la ley”*.

Por lo tanto, se advierte que legalmente está prohibido a los servidores públicos que se encuentren en uso de licencia ejercer otro cargo público o celebrar contratos con el Estado, prohibición la cual desarrolla lo previsto en el artículo 128 de la Carta Política, según el cual *“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley”*.

Así las cosas, bajo el criterio de la parte actora al otorgársele a la señora Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo la licencia no remunerada y ejercer la función de agente especial designada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Flandes (ESPUFLAN E.S.P.) habría desconocido la normatividad anteriormente citada con lo cual la declaratoria de insubsistencia de la demandante estaría viciada de nulidad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la aludida prohibición refiere específicamente al desempeño de otro cargo público o a la celebración de contratos con el Estado, así como a percibir 2 asignaciones a cargo del tesoro público, razón por la cual debe tenerse en cuenta que analizados estos 3 supuestos de hecho se evidencia que la agente especial no incurrió en ninguno de ellos.

En efecto, debe tenerse en cuenta que si bien los agentes especiales ejercen funciones públicas transitorias, de acuerdo con el numeral 8º del artículo 291 y 1º del 295 del estatuto orgánico financiero, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 9.1.1.2.2. del Decreto 2555 de 2010, en cuanto a su condición dichos agentes no desempeñan un cargo público ni detentan la condición de servidores públicos, aplicándosele en ciertos casos las reglas de derecho privado a los actos que ejercen en nombre de la entidad objeto de la toma de posesión. Ciertamente, específicamente con respecto a la vinculación, el numeral 6º del artículo 295 del

estatuto orgánico financiero prescribe lo siguiente: “6. Vinculación. El liquidador y el contralor continuarán siendo auxiliares de la justicia y, por tanto, para ningún efecto podrán reputarse trabajadores o empleados de la entidad en liquidación o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras”.

Por lo tanto, se evidencia que el hecho que la señora Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo ostentara la condición de agente especial no implicaba que la misma tuviese vinculación como servidora pública ni de la Superintendencia de Servicios Públicos ni de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes (ESPUFLAN E.S.P.) ni involucraba la celebración de contrato estatal alguno. Efectivamente, el artículo 291 del citado estatuto orgánico financiero alude a la “designación” como forma de vinculación del agente especial con la Superintendencia, la cual no puede asimilarse con un “nombramiento” propio de una relación legal y reglamentaria por cuanto esta modalidad de ingreso corresponde a la de un empleado público, situación que, se reitera, expresamente descartó el estatuto orgánico del sistema financiero para los agentes especiales y liquidadores, quienes por su regulación especial se tratan de particulares instituidos transitoriamente de funciones públicas, pero sin llegar a detentar en ningún momento la categoría de servidores públicos.

Por consiguiente, los agentes especiales y liquidadores gozan de una regulación particular, por lo que si bien el estatuto orgánico financiero los asemeja a los auxiliares de la justicia, en ningún momento -se reitera- les confiere el estatus de servidores públicos refiriéndose expresamente al respecto, razón por la cual la cuestionada agente especial de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes (ESPUFLAN E.S.P.) para el 15 de mayo de 2017, no desconoció la prohibición constitucional prevista en el artículo 128 de la Constitución Política.

Así entonces, la competencia es la potestad que tiene un órgano administrativo para emitir un acto, considerando la parte demandante que la agente especial designada carecería de ella al haber desconocido la prohibición de no ejercer otro empleo público, ante lo cual tal y como se analizó en precedencia se advierte que al desempeñar la función de agente especial, no adquirió la calidad de servidora pública acorde con lo prescrito en el estatuto orgánico financiero por lo que no conculcó la aludida prohibición. Ahora bien, si en gracia de la discusión se estimara que la agente especial incurrió en la mentada prohibición, debe tenerse en cuenta que la prohibición en que pudiera haber incurrido no siempre altera la competencia de la función asignada, puesto que la misma en sí estaría asignada a ella. De hecho el vicio de incompetencia capaz de invalidar un acto es el que recae sobre el acto mismo, pero no el vicio que recaería en actos previos, en particular en su designación sobre la cual no se estableció irregularidad alguna.

Por otra parte, debe consignarse que la señora Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo tampoco desconoció la prohibición constitucional de no recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, por cuanto si bien se estableció que los honorarios que percibía como agente especial provenían de Espufflan E.P.S.¹⁷ también se determinó que al concedérsele la licencia no remunerada como directora comercial de dicha entidad, no devengó de manera concomitante ninguna otra asignación con cargo al erario.

En conclusión, no se accederá a declarar la nulidad por falta de competencia con fundamento en que no se demostró que la agente especial hubiese vulnerado las

¹⁷ Carpeta [11PruebasDecretadasAudiencialInicial20200821](#). Archivo [CertificacionHonorariosAE](#)

prohibiciones contenidas en el artículo 128 de la Carta Política por lo que no se configuró la mentada causal.

9.2 Nulidad por violación al debido proceso, desviación de poder y por falta de motivación

Estima la parte actora que la resolución A.E. No. 0077 del 15 de mayo de 2017, se encuentra viciada y en consecuencia es nula de pleno derecho, por cuanto no estableció las razones para sustentar la misma, así como tampoco se determinaron los recursos que procedían contra dicho acto, con lo cual se violó el debido proceso de la demandante configurándose una vía de hecho.

En primer lugar debe indicarse que está probado que el cargo de Jefe de Planta de Espuflan E.S.P., el cual fuere detentado por la demandante y que se identifica con código 219, grado 05, se encuentra clasificado como de libre nombramiento y remoción,¹⁸ sin que este hecho sea objeto de controversia alguna.

Ahora bien, con respecto a la ausencia de recursos contra el acto que declaró la insubsistencia, debe señalarse que dicho argumento no es de recibo como quiera que la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, por mandato expreso del inciso segundo del artículo 2º de la Ley 1437 de 2011, no se encuentra sometida a las normas de la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, relativas a los procedimientos administrativos. Por lo tanto, ello implica que el acto administrativo por medio del cual se disponga con respecto a un cargo de libre nombramiento y remoción no está enmarcado en la necesidad de tener una motivación expresa, entendiéndose que su ejercicio está amparado por una presunción, según la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo, obedece a motivos de mejoramiento del servicio. Así mismo, debe tenerse en cuenta que acorde con el parágrafo del artículo 41 de la ley 909 de 2004, *“La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”*.

De lo anterior se colige entonces que contra el acto administrativo que declara la insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción no procede recurso alguno y que la ausencia de motivación expresa no configura per se un vicio tal que devenga necesariamente en la nulidad del acto.

En segundo término, asevera la parte actora, que las razones para la declaratoria de la insubsistencia son netamente personales y van en contravía de razones encaminadas a mejorar el servicio. Lo anterior por cuanto la agente especial ya había trabajado en ESPUFLAN como directora comercial y conocía las capacidades, buen juicio, cualidades y buen desempeño de la ingeniera Yenny Marcela Medina Carmona, habiendo sido amigas y colegas que trabajaban en equipo,¹⁹ sin que se hubiese tenido conocimiento de alguna queja o anomalía con respecto a su labor, por lo que *“no se puede establecer ni la incompetencia para ejercer el cargo, ni la falta de confianza en las capacidades de la ingeniera, y por ende en nada se puede predicar como razones en procura del buen servicio, la declaratoria de insubsistencia”*.²⁰

¹⁸ Folios 23, 27 a 29. Archivo 01CUADERNO PRINCIPAL - TOMO I del expediente electrónico

¹⁹ Folio 99 del archivo 01CUADERNO PRINCIPAL - TOMO I del expediente electrónico

²⁰ *Ibidem*

En relación con esta argumentación, debe indicarse que dentro de esta actuación no se demostró que la declaratoria de insubsistencia de la señora Yenny Marcela Medina Carmona como jefe de planta de ESPUFLAN E.S.P. hubiese obedecido a animosidad en contra de la misma, dado que tal y como lo sostiene la apoderada de la parte actora, no existió reproche o sanción alguna por su desempeño, sino que existía una buena relación con la agente especial, lo cual precisamente descarta que la insubsistencia en cuestión hubiese provenido de una persecución laboral en contra de la demandante o que se tratase de un acto caprichoso o arbitrario, sino que se fundamentó en que ésta última consideró que para proveer el cargo de libre nombramiento y remoción debía nombrar a una persona con la que tuviese mayor confianza con base en el mejoramiento del servicio.

En este orden de ideas, debe indicarse que uno de los argumentos cardinales de la parte demandante radica en el excelente desempeño laboral demostrado por la ingeniera Yenny Marcela Medina Carmona como jefe de planta de ESPUFLAN E.S.P. razón por la cual este despacho judicial recalca que tal y como se refirió con antelación, de acuerdo con el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado el excelente desempeño laboral así como la idoneidad profesional por sí mismas no generan fueron de estabilidad y permanencia en el cargo, -puesto que las mismas por mandato constitucional únicamente se predicen de la carrera administrativa- ni tampoco limitan la potestad discrecional para disponer de un cargo de libre nombramiento y remoción, ya que lo normal es que el empleado cumpla fielmente con sus funciones sin que ello confiera la permanencia que como tal el ordenamiento jurídico no instituye. En conclusión, se reitera que el buen desempeño en el ejercicio de las funciones, *per se* no otorga al titular del cargo prerrogativa alguna de permanencia en el mismo, puesto que lo normal es el cumplimiento del deber por parte del servidor público.

Efectivamente, se evidencia que el señor Juan David Torres Sanabria, quien fungió como agente especial de Espuflan E.S.P. previamente a la señora Luz Flor Mireya Gualtero Perdomo, señala que la ingeniera Yenny Medina tuvo un buen desempeño como jefe de planta de la mentada empresa de servicios públicos, teniendo buena relación con ella.²¹ Igualmente, en el interrogatorio de parte practicado, la demandante puso de relieve sus cualificaciones personales y profesionales.²²

En este sentido, se aprecia que la doctora Esperanza Tovar Cala, quien rindió testimonio en audiencia de pruebas del 30 de noviembre de 2020, el cual fuera tachado de falso por los apoderados judiciales de las accionadas Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y de Espuflan E.S.P. refiere de manera genérica que la señora Yenny Medina Carmona desempeñó de manera correcta su servicio como jefe de planta, aunque reconoce que como contratista como tal no ejercía funciones de supervisión con respecto a la demandante ni tenía contacto directo con la misma.²³ Así las cosas, habida cuenta que dicha declaración no proporciona elementos de juicio trascendentales para el caso en cuestión, dado que la declarante refirió no tener conocimiento directo del desempeño de la demandante se obviará el mismo.

No obstante lo anterior, se evidencia que como argumento adicional de la acción se indica que la demandante superaba en estudios a la persona que lo reemplazó como jefe de planta, ingeniero Diego Alejandro Herrán, quien no tenía

²¹ Minuto 59:30 del Archivo AudienciaPruebas20201130 de la carpeta 23AudienciaPruebas20201130

²² Minuto 1:27:00 del Archivo AudienciaPruebas20201130 de la carpeta 23AudienciaPruebas20201130

²³ Minuto 10:42 al 42:38. Archivo AudienciaPruebas20201130 de la carpeta 23AudienciaPruebas20201130

especialización ni maestría, mientras que la actora tenía más experiencia, contaba con una especialización en ingeniería ambiental – área sanitaria y estaba cursando la maestría en ingeniería – ingeniería ambiental en la Universidad Nacional. Por lo tanto, revisadas las hojas de vida de tales personas y con fundamento en la misma información consignada por los servidores públicos²⁴ se encuentra lo siguiente:

Yenny Marcela Medina Carmona	Diego Alejandro Herrán Useche
Formación académica universitaria: pregrado en ingeniería química, especialista en ingeniería ambiental – área sanitaria	Formación académica universitaria: pregrado en ingeniería química
Experiencia profesional: 3 años, 4 meses	Experiencia profesional: 1 año, 1 mes

Así las cosas, se encuentra establecido que la demandante ostentaba mejor hoja de vida que la persona que la reemplazó en el cargo de jefe de planta de ESPUFLAN E.S.P. mas ello por sí solo no implica una desviación de poder y un desmejoramiento del servicio, ya que limitarse a efectuar una comparación de hojas de vida para el ejercicio de cargos de libre nombramiento y remoción, conlleva a desconocer el elemento discrecional y el factor de confianza que resultan esenciales para la designación del servidor público que detente tales potestades. Es claro, que no puede considerarse que la mecánica comparación entre *curriculums* constituya un elemento de juicio indiscutible para determinar la ocurrencia de una desviación de poder, dado que no se trata de efectuar una calificación dentro de un concurso de méritos que eventualmente pueda generar derechos de carrera administrativa, sino que, se repite, se trata de escoger a la persona que en virtud de relaciones de confianza con el nominador se le pueda asignar un cargo de dirección y manejo cuya naturaleza es el libre nombramiento y remoción.

Vale entonces anotar, que el señor Diego Alejandro Herrán Useche contaba con las condiciones necesarias para ocupar el cargo que venía desempeñando la demandante, puesto que cumplía con los requisitos de estudio y experiencia requeridos de acuerdo con el manual específico de funciones, competencias y labores;²⁵ por lo que no es suficiente aducir, endilgar o menospreciar las calidades de la persona que la reemplazó, sin antes demostrar que efectivamente con su ello se deterioró el servicio, puesto que si bien no tenía la misma formación profesional y la experiencia de la actora, ello no es óbice para que pudiera llevar a cabo los fines propuestos por la administración.

Ciertamente, la comparación efectuada en el libelo demandatorio entre la labor efectuada por la ingeniera Yenny Marcela Medina y su sucesor Diego Alejandro Herrán, la cual obra de folios 95 a 97 del archivo 01CUADERNO PRINCIPAL - TOMO I del expediente electrónico, resulta subjetiva dado que consta de genéricamente de aseveraciones indemostradas y deduce del simple cumplimiento de las labores encomendadas una mayor capacidad que la de la persona que reemplazó a la accionante.

Lo anterior, con mayor razón si se tiene en cuenta que, se reitera, las altas capacidades y logros académicos de la ingeniera Yenny Medina Carmona, -de las cuales este despacho judicial no duda- por sí mismas no configuran fuero de

²⁴ Archivos 04HOJA DE VIDA - DIEGO USECHE y 05HOJA DE VIDA- YENNY MEDINA – Folios 70 a 93 del archivo 02CUADERNO PRINCIPAL - TOMO II del expediente electrónico

²⁵ Folios 27 a 29 del archivo 01CUADERNO PRINCIPAL - TOMO I del expediente electrónico

estabilidad alguno ni pueden limitar la discrecionalidad que por mandato legal se concede al nominador, ni mucho menos conforman plena prueba de una desviación de poder.

Debe tenerse en cuenta que dentro de las presentes diligencias no se acreditó que efectivamente se hubiese presentado un desmedro en la prestación del servicio por causa del ingeniero Diego Alejandro Herrán Useche, de quien si bien no tenía los pergaminos de su antecesora, ninguno de los declarantes manifestó que hubiese sido una persona incompetente para el desempeño de su labor. De hecho, se evidenció que el ingeniero Herrán Useche contribuyó al mejoramiento del servicio de Espuflan E.S.P. al advertir que la recolección de muestras para medir la calidad del agua se estaba realizando una sola vez al mes (8 muestras) siendo que de acuerdo a la resolución 2115 de 2007, las tomas de muestras debían tener una frecuencia diaria.

En efecto, en su declaración, relata el ingeniero nombrado en reemplazo de la hoy actora, que una vez observó como jefe de planta y como supervisor del contrato que la toma de muestras no se ajustaba a los parámetros establecidos en la resolución 2115 de 2007, informó de ello para que se realizaran los ajustes correspondientes, lo cual se llevó a cabo para el año 2018 por cuanto el contrato suscrito para el año 2017 ya no se podía modificar por temas presupuestales. De igual modo refirió que al tomarse muestras diarias de la calidad del agua ello implicaba una mayor representatividad de la misma y que la empresa hubiese podido ser sancionada por la Secretaría de Salud y Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por no haberse acatado la mentada resolución 2115.

Es así como al ser interrogado con respecto al funcionamiento de la planta de Espuflan, el ingeniero Diego Herrán se pronunció al respecto de la siguiente manera:

*“PREGUNTADO: cuál era el balance de la planta tratamiento de Espuflan al momento en que usted entra como jefe de planta. CONTESTÓ: “El funcionamiento de la planta no le encontré ningún inconveniente. Fue como el control de calidad que se estaba pues... dentro de las funciones estaba el control de calidad que se debe ejercer en el agua que se produce y se distribuye en el municipio, según la resolución 2115 pues se clasifica como agua apta para consumo humano, si el índice de riesgo de calidad es menor a 5. El índice de riesgo sí estaba por debajo de 5, pero en la resolución 2115 del 2007 se establecen unas frecuencias, este tipo de frecuencias sí no se estaban manejando a cómo deberían ser. Entonces pues yo hice la acotación porque yo venía manejando un contrato de control de calidad con un laboratorio autorizado, porque esas muestras deben ser tomadas por un laboratorio autorizado por el Ministerio de Salud. Esas muestras ya se venían ejerciendo, pero la frecuencia no se estaba cumpliendo. Sin embargo, pues el contrato ya se había hecho por todo el período del año, el presupuesto ya estaba concretado. No se podía hacer modificación sino hasta el siguiente, pero por ese lado sí encontré el índice de riesgo de calidad de agua estaba de 5, promediaba el 4%, de pronto sí se cambiaron algunas cosas para poder mejorar ese servicio, ese índice de riesgo”.*²⁶

En consecuencia, del análisis del material probatorio recaudado, se observa que la ingeniera Yenny Marcela Medina Carmona contaba con una preparación adecuada para el desempeño del cargo de jefe de planta de ESPUFLAN E.S.P., que durante su labor no se recibieron quejas o llamados de atención en contra de la misma por lo que se deduce su buena prestación del servicio. No obstante, estos hechos no prueban un desmejoramiento del servicio por causa de su retiro, ni mucho menos

²⁶ Minuto 1:47:25 del Archivo AudienciaPruebas20201130 de la carpeta 23AudienciaPruebas20201130

alcanzan a establecer que la insubsistencia declarada tuvo causas distintas a la designación de un directivo de confianza para el cargo de jefe de planta de Espufflan E.S.P., habiéndose demostrado incluso que la persona que reemplazó a la actora contribuyó en un aspecto esencial al mejoramiento de la prestación del servicio, al enfatizar sobre la calidad del agua y la toma diaria de muestras para ello.

Debe recalcar que la agente especial que declaró insubsistente a la demandante, en su testimonio afirmó que la confianza fue el factor determinante para la insubsistencia en mención,²⁷ señalando expresamente que *“yo empecé a tener un alejamiento de pronto dentro del vínculo directivo y tomé la decisión, para mí lo más importante es garantizar la prestación del servicio, estamos en un municipio donde se debe garantizar la prestación del servicio por continuidad, por calidad, hay unos indicadores técnicos que desde el momento de la intervención se toman como prioritarios y para mí era prioridad garantizar la prestación del servicio. Por tal motivo, con el ingreso del directivo de jefe de planta que en su momento yo tomé la decisión, se mejoró y se cumplieron con unos indicadores de gestión técnicos, sobre todo calidad del agua que tiene una norma específica, al igual que otros indicadores y otros cumplimientos a la norma como son las frecuencias en tomas de muestreo y demás que eran propias de la función de jefe de planta”*.²⁸

Así las cosas, se reitera que la hoja de vida y correcto desempeño en el cargo público no otorgan fuero de estabilidad al servidor, dado que éstas son exigencias aplicables a cualquier persona que preste un servicio público, por lo que el hecho de que la ingeniera Yenny Medina hubiese hecho una buena gestión como jefe de planta no implica que su reemplazo fuese ineficaz en su labor, habiéndose establecido que dicha persona coadyuvó al mejoramiento del servicio al menos en un aspecto. Por lo tanto, el acto que declara la insubsistencia debe ser entendido no sólo bajo el prisma de las competencias, estudios y habilidades de los funcionarios saliente y entrante, sino también bajo el criterio de las relaciones de confianza con el nominador, cuestión última que resulta esencial para el buen desempeño y manejo de la administración pública.

Por otra parte, se manifiesta en el libelo demandatorio que al empezar a desempeñarse como agente especial la señora Flor Mireya Gualtero solicitó informes de gestión a varios empleados de ESPUFLAN E.S.P., siendo la demandante la única que no hacía parte del nivel directivo lo que demostraría *“un interés personal en perjudicarla”*, ante lo cual esta operadora judicial comparte lo sostenido por la empresa demandada en su contestación, según lo cual *“La designación de la doctora Mireya Gualteros, como Agente Especial, implicaba sin duda, su derecho y el deber, de ponerse al tanto de la situación de las responsabilidades de todos sus colaboradores y por ello, la solicitud de informes a cada uno de ellos, incluyendo la actora, es un hecho legítimo que de ninguna manera puede ser calificado como ánimo persecutorio”*.²⁹ Efectivamente, el hecho de que la agente especial hubiese solicitado informe a la demandante, así como a otros servidores públicos, por sí mismo no constituye prueba alguna de un acto retaliatorio.

²⁷ Minuto 2:16:00 del Archivo AudienciaPruebas20201130 de la carpeta 23AudienciaPruebas20201130

²⁸ Minuto 2:18:22 del Archivo AudienciaPruebas20201130 de la carpeta 23AudienciaPruebas20201130

²⁹ Folio 171 del archivo 01CUADERNO PRINCIPAL - TOMO I del expediente electrónico

En virtud de lo antes señalado y como quiera que no se desvirtuó la legalidad del acto administrativo demandado, el despacho negará las pretensiones de la demanda.

10. RECAPITULACIÓN

En conclusión y de acuerdo con lo señalado en precedencia se negarán las pretensiones de la demanda, ello en razón a que no se probó vicio de nulidad en la declaratoria de insubsistencia de la demandante, teniendo en cuenta la competencia de la agente especial para expedir el acto acusado, además, que la vinculación de la accionante con ESPUFLAN E.S.P., su buen desempeño y hoja de vida no implicaba derechos de permanencia y por cuanto no se demostró deterioro en la prestación del servicio con posterioridad a la aludida insubsistencia; asimismo, no se acreditó que la situación profesional y laboral de la agente especial que declaró la insubsistencia hubiese configurado una nulidad en la expedición del acto administrativo cuestionado.

11. COSTAS.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. sobre la condena en costas señala, que en la sentencia se dispondrá sobre ellas, cuya liquidación y ejecución se regirá por las normas del Código de Procedimiento Civil; pese a ello y, como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C.G.P. dispone, que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

De otro lado en relación con las agencias en derecho, en el presente caso se observa que pretensiones fueron despachadas de manera negativa, razón por la cual de conformidad con con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la demandante, **en la suma equivalente al 4% de lo pretendido.**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

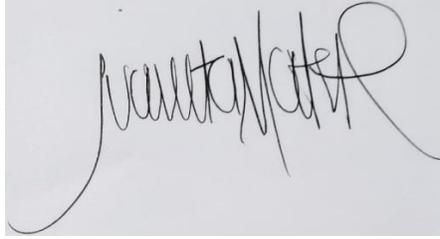
PRIMERO.- NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- CONDÉNESE en costas a la parte accionante de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C. G. P, para lo cual se fija la suma equivalente al 4% de lo pedido como agencias en derecho.

TERCERO.- Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 y 205 de la Ley 1437 de 2011, modificada por la 2080 de 2021.

CUARTO.- En firme este fallo, archívese el expediente, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink on a light gray background. The signature is cursive and appears to read 'Juanita del Pilar Matiz Cifuentes'.

**JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
JUEZ**