

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCION B**

**CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil quince (2015)

**EXPEDIENTE No 2500042000 201200261 01 (0596 - 2014)**

**ACTOR: JUAN CARLOS CANAL COLMENARES**

**DEMANDADO: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE  
BOGOTA D.C.**

**ASUNTO: INSUBSISTENCIA**

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de 17 de febrero de 2015 (fl. 270), para resolver el recurso de apelación que la parte demandante presentó contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D”, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda. Al respecto:

**A N T E C E D E N T E S**

El señor JUAN CARLOS CANAL COLMENARES, a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se adoptó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, acudió a esta jurisdicción a instaurar demanda contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. con la finalidad de que en la sentencia se acceda a las siguientes:

### **P R E T E N S I O N E S**

Que se declare la nulidad del artículo 1º de la Resolución No 0103 de 10 de febrero de 2012, expedida por el Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor JUAN CARLOS CANAL COLMENARES en el cargo de Gerente, Código Empleado 039, Grado 6, de la Gerencia Zona Cinco de la Gerencia Corporativa del Servicio al Cliente de la mencionada empresa.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro del demandante al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, y se condene a la empresa demandada al pago de los salarios, reajustes, primas y demás emolumentos propios del cargo desde la fecha en que se produjo la insubsistencia y hasta cuando efectivamente se produzca el reintegro, junto con la indexación correspondiente de acuerdo con la ley (fl. 45).

### **H E C H O S**

La demanda narra que el señor JUAN CARLOS CANAL COLMENARES prestó servicios en la E.A.A.B desde el 15 de mayo de 2008 hasta el 14 de febrero de 2012, fecha en la que fue notificado de la Resolución No 0103 de 10 de febrero de 2012 que lo declaró insubsistente.

Manifestó que como resultado de su competencia profesional, dedicación y calidades fue nombrado en propiedad en el cargo de Gerente a través de la Resolución No 0426 de 15 de mayo de 2008; que el último cargo desempeñado fue el de Gerente Código Empleado 039, Grado 6 de la Zona 5 de la Gerencia Corporativa Servicio al Cliente de la E.A.A.B. Agregó, que por su calidad de empleado público, su competencia profesional y sus méritos fue encargado de altos cargos directivos. Además, en el periodo en que prestó los servicios ejerció las funciones con idoneidad, eficiencia, dedicación, responsabilidad y que no fue objeto de sanción o amonestación de carácter disciplinario o administrativo.

Afirmó que la Resolución No 0103 de 10 de febrero de 2012, se expidió con improvisación y en su remplazo se nombró a la funcionaria YANETH PRIETO PERILLA, por tanto, la insubsistencia se alejó de las razones que inspiran el mejoramiento del servicio y llevó al nombramiento de una persona que se encontraba en inferiores calidades, méritos y competencias. Además, se insertó dentro de una política de gestión del recurso humano que ha desmejorado el servicio a través de la declaratoria de insubsistencia de los mejores funcionarios de la empresa ajenos a motivos técnicos que deben inspirar los actos.

Argumentó que la entidad demandada expidió el acto acusado con vulneración del orden jurídico superior, con falsa motivación, desviación de

poder, desconocimiento del derecho de audiencia y contradicción, y en forma irregular.

Mencionó que los cargos ocupados por él evidencian su competencia, profesionalismo y éxito en la carrera que realizó dentro de la empresa, en los siguientes cargos: Gerente, Código de Empleo 039, Grado 6 de la Gerencia de la Zona 3, de la Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente; Gerente, Grado 6, Código de Empleo 039 de la Gerencia Zona 5, de la Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente; Gerente Corporativo Servicio al Cliente, Código de Empleo 039, Grado 04.

Informó que ostenta una hoja de vida especial en donde se evidencia los cursos, diplomados, posgrados, seminarios, talleres y capacitaciones que le permitieron desempeñar el cargo con idoneidad y eficiencia.

Señaló que la improvisación y la ausencia de motivos en la declaratoria de insubsistencia, sumado a la falta de un adecuado proceso de selección llevo a la improvisación, a la violación del principio de competencia profesional, del mérito y la capacidad, al nombrarse en propiedad a la doctora YANETH PRIETO PERILLA, quien, según el dicho del actor, no tiene la experiencia y la competencia para desarrollar las funciones específicas del cargo de conformidad con la Resolución No 0527 de 25 de junio de 2007.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION**

El demandante citó como normas violadas los artículos 1, 2, 6, 25, 53, 121, 122, 123, 125 y 209 de la Constitución Política; artículos 36, 84 y 85 del

Código Contencioso Administrativo; los artículos 2, 47 y 49 de la Ley 909 de 2004 y la Ley 4ª de 1992.

Sobre el concepto de violación la demanda señala como cargos los siguientes: A) Primer cargo: Violación de los artículos 36 y 84 del Código Contencioso Administrativo. Desviación de poder y ausencia de razones de buen servicio; B) Segundo cargo: Violación de los artículos 2º, 47 y 49 de la Ley 909 de 2004, violación de orden sustancial (fls 46 y 55).

En el primer cargo manifestó que en el Estado Social de Derecho no existen atribuciones omnímodas y absolutas que se encuentren por fuera del control jurisdiccional, ya que las autoridades están sometidas a límites en el ejercicio de sus funciones.

Señaló que en el ordenamiento jurídico ni en ningún estado de derecho existen atribuciones y competencias de los servidores absolutamente discrecionales; por el contrario estas potestades son limitadas, restringidas, relativas y concretas, excluyen la arbitrariedad, la indeterminación y la abstracción. Que la discrecionalidad absoluta implica arbitrariedad y capricho, lo cual está excluido del ordenamiento jurídico colombiano.

Manifestó que la facultad de libre nombramiento y remoción debe respetar las atribuciones conferidas, apreciar las realidades y adoptar las decisiones que más conviene al buen servicio y a los principios de la administración pública concretados en el artículo 209 de la Constitución Política: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Argumentó que la desviación de poder está prevista en el artículo 84 del C.C.A. como causal de anulación de los actos administrativos, y que cuando la administración ejerce la facultad de libre nombramiento y remoción, y retira a un funcionario del servicio, se presume que lo hace inspirado en razones de buen servicio, lo que se puede desvirtuar, si el funcionario nombrado no reúne las condiciones del que es retirado, por cuanto se genera un desmejoramiento del servicio; lo mismo ocurre cuando se improvisa y se encarga a un funcionario sin las condiciones ni la capacidad del funcionario desvinculado.

Resumió la desviación de poder en tres razones: 1) La declaratoria de insubsistencia no se basó en razones de buen servicio, pues, el remplazo no tiene la experiencia general ni específica que tenía el demandante al momento de la desvinculación; 2) El perfil profesional del remplazo no satisface los requerimientos especiales que exige la Gerencia Corporativa de la Zona Cinco de la Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente, además de no acreditar conocimientos específicos que permitan desempeñar una buena gestión; 3) La señora YANETH PRIETO PERILLA no tiene la experiencia general, específica, ni profesional, lo cual se evidencia en la hoja de vida del demandante, en donde se demuestra que no se señalaron razones de buen servicio para la declaratoria de insubsistencia, y se ejerció la facultad de libre nombramiento y remoción con desviación de poder.

En el segundo cargo, el demandante afirmó que se transgredieron los artículos 2º, 47 y 49 de la Ley 909 de 2004, en los que se regula el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dispone un régimen especial para los empleos de libre nombramiento y remoción que ejercen funciones directivas dentro del concepto de gerencia pública.

Señaló que la normatividad aludida es aplicable a las empresas de servicios públicos del sector descentralizado por servicios de los niveles territoriales, lo cual se deduce del campo de aplicación y lo ha reiterado el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Luego de referirse y transcribir los artículos 1º, 2º, 47 y 49 de la Ley 909 de 2004, manifestó que no se tuvieron en cuenta los criterios de competencia profesional, mérito, calidades personales y capacidad profesional al declararse insubsistente al demandante. Que además de la desviación de poder, se configura una violación de orden sustancial de la citada ley.

Indicó que el artículo 84 del C.C.A. prevé como causal de anulación de los actos administrativos la violación de la Constitución Política; y que el artículo 49, inciso 1º, de la Ley 909 de 2004 dispone que la competencia profesional es el criterio principal para adelantar los procesos de ingreso a los cargos de gerencia pública, concretada en el mérito y la calidades profesionales y personales del funcionario (fl. 46 a 60).

### **OPOSICION A LA DEMANDA**

Mediante apoderado legalmente constituido, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá procedió a dar respuesta a la demanda. Para el efecto manifestó que no es cierto que la expedición del acto acusado hubiese sido un hecho de improvisación sino una decisión de absoluta discrecionalidad del Gerente General conforme a las facultades otorgadas por el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Señaló que no es cierto que la ingeniera Yaneth Prieto Perilla, se encuentre en inferioridad de calidades, méritos y competencias de acuerdo con su hoja de vida, carrera académica, publicaciones y experiencia profesional, según las cuales cumplía los requisitos para ejercer el cargo para el que fue designada, como son: título profesional en cualquier área de la ingeniería, postgrado en cualquier modalidad relacionada con las funciones del cargo y más de 60 meses de experiencia profesional.

Afirmó que no es cierto que la resolución demandada fue proferida con falsa motivación o desviación de poder toda vez que la declaratoria de insubsistencia no debe contener razones técnicas, ni motivación alguna, pues, la facultad discrecional de remover a cualquier empleado de libre nombramiento y remoción, se genera en la misma facultad que establece la ley para dichos casos.

Sobre la naturaleza jurídica del cargo señaló que es de dirección y confianza del gerente general, por tanto, éste puede ejercer la facultad discrecional.

En relación con las características del cargo y de la funcionaria que reemplazó al actor dijo que de acuerdo con la Resolución No 0527 de 25 de junio de 2007, los requisitos de estudio y experiencia para ejercer el cargo de Gerente de Zona, son: 1) Título profesional en cualquier disciplina académica del área de ingeniería, Economía, Finanzas, Administración, Derecho o Ciencias Naturales; 2) Título de postgrado en cualquier modalidad relacionado con las funciones del cargo o del área de desempeño; 3) Experiencia profesional de 60 meses.

Aclaró que Yaneth Prieto Perilla, al posesionarse como Gerente de Zona, tenía título profesional de ingeniera civil; 2 magister, uno en Medio Ambiente Urbano y Sostenibilidad de la Universidad Politécnica de Cataluña en España, y el otro en Gestión Ambiental para el Desarrollo Sostenible de la Pontificia Universidad Javeriana. Además de varios seminarios, 20 años de experiencia profesional en entidades públicas como la Secretaría Distrital de Hábitat, Colciencias y la Universidad Nacional.

Concluyó que la persona que reemplazó al demandante tiene excelente hoja de vida para desempeñar el cargo que le fue confiado, por ende, no hubo desmejoramiento del servicio público (fl. 100 a 102).

### **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “D”, manifestó que el reemplazo del accionante cumplió los requisitos exigidos para ejercer el cargo de Gerente, Código 039, Grado 06, de conformidad con la Resolución NO 0527 de 2007, “por medio de la cual se ajustas el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleados públicos de las Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP”, ya que es ingeniera civil con título otorgado en 1991 por la Universidad Santo Tomás; tiene dos maestrías, una en gestión de desarrollo sostenible de la Universidad Javeriana de Colombia y otro en Medio Ambiente Urbano y Sostenibilidad de la Universidad Politécnica de Cataluña de España, y una experiencia profesional de 20 años.

Señaló que los postgrados cursados están relacionados con las funciones del cargo. La maestría en medio ambiente y sostenibilidad, de acuerdo con la

página web de la Universidad de Cataluña, tiene como objetivo las formas de hacer un balance del consumo en materia de los sistemas urbanísticos y de su interacción con el entorno, definir la ecología urbana y territorial, y dibujar su papel en el desarrollo de la disciplina urbanística que son criterios íntimamente relacionados con las funciones del cargo de gerente que ocupaba el demandante, es decir, desarrollar los planes de acción para prestar integral y eficientemente los servicios de acueducto y alcantarillado de la zona toda vez que lo que busca es mejorar la infraestructura arquitectónica del sector que le corresponda al servidor pero sin perjudicar el medio ambiente.

Indicó que la maestría en gestión para el desarrollo sostenible también se encuentra relacionada con las funciones de la Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente, entre otras, formular los planes de acción con base en las políticas relacionadas con la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado para mejorar el servicio público manteniendo el equilibrio ecológico y económico; formación que se relaciona con las funciones del cargo, en la medida en que el objeto de estudio se encamina al progreso humano en el ámbito social, económico y de medio ambiente dirigido a la preservación de éste.

Sobre la experiencia profesional dijo que se computa a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior, exceptuándose de esta regla las profesiones relacionadas con el Sistema de Seguridad Social en Salud, en las que la experiencia profesional se cuenta a partir de la inscripción o registro profesional. Que como quiera que no se acreditó cuándo terminó los estudios de ingeniería, se debe entender que la

experiencia profesional se cuenta a partir de la fecha del título, esto es, 19 de abril de 1991

Manifestó que la señora Yaneth Prieto Perilla comenzó a trabajar en la División de Diseño y Construcción de la Corporación Autónoma para el Desarrollo Sostenible CAR desde el 29 de septiembre de 1993 y hasta el 15 de noviembre de 2002, esto es, más de 9 años; en el Centro de Política de Suelo y Valoraciones de Cataluña en el año 2002 a 2004, es decir, 3 años; en Colciencias del 18 de abril de 2005 a 2007, un total de 3 años; en la Secretaría Distrital del Hábitat desde el 8 de febrero de 2007 hasta el 17 de febrero 2002, esto es, 5 años. Concluyó que la señora Prieto Perilla contaba con una experiencia de 20 años cuando fue nombrada, lo cual excede la experiencia exigida por la Resolución No 0525 de 2007, para ejercer el cargo.

Consideró que el hecho de que el demandante tuviese una experiencia específica en el cargo por más de 4 años, tiempo en el que estuvo como gerente de zona, en la entidad demandada, y, además, los cursos de capacitación, no es razón suficiente para permanecer inamovible, porque de ser así llevaría en la práctica al extremo de impedir el acceso al empleo público de quienes contando con los requisitos legales están en condiciones de cumplir también de manera eficiente con la función. Concluyó, en este punto, que examinadas las hojas de vida, la situación relacionada con el acto de insubsistencia del actor, no presenta desproporción, ya que la persona que lo reemplazó también contaba con los requisitos de formación y experiencia para ejercer el cargo.

Sobre las declaraciones de los testigos dijo que coinciden en afirmar que el demandante ejerció un trabajo destacado en las obras concernientes al acueducto y alcantarillado de la Zona de Fontibón Centro, pues, según el relato de aquellos, el resultado fue que la localidad no se volvió a inundar y la movilidad mejoró en el sector. Además, que el demandante no tuvo ningún llamado de atención por parte de la Gerencia General de la demandada.

Expresó que es una obligación de todo servidor público prestar sus servicios en forma óptima y eficiente porque ello contribuye a la consecución de los fines esenciales del Estado y garantiza a los ciudadanos el goce de sus derechos y el acceso a los distintos beneficios previstos para el adecuado desarrollo social; por tanto, la buena conducta no garantiza estabilidad sino que se constituye en el presupuesto natural del ejercicio del cargo. Agregó que la idoneidad para ejercer un cargo, el buen desempeño de las funciones y la preparación profesional, no le otorgan prerrogativa de estabilidad laboral, ya que tal comportamiento y las aptitudes son apenas las exigencias contenidas en la Constitución y la Ley para quienes desempeñen un cargo público, ya que la noción de buen servicio no se contrae exclusivamente a las calidades laborales del servidor sino que comprende aspectos de conveniencia y oportunidad, cuyo análisis corresponde al nominador.

Estimó que no se puede predicar desviación de poder, pues, éste se configura cuando una autoridad ejerce determinada atribución para la que ha sido investida, pero con una finalidad diferente y contraria al ordenamiento jurídico, acusación que debe encontrar respaldo probatorio para llevar al juzgador a la certeza incontrovertible de que los fines que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado, no son aquellos que la ley señala para el efecto. Que cuando un acto se acusa de desviación de poder, la prueba debe

ser fehaciente y llevar al juzgador a la certeza y convicción sobre su existencia, por tanto, quien pretenda desvirtuarla está obligado a probar los fines distintos al buen servicio para su expedición, solo así podrá infirmarse dicho acto, lo cual no se demostró en este caso.

Precisó que la situación de los empleados que gozan de fuero de relativa estabilidad laboral no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, como es el caso del actor, pues, respecto de éstos se predica un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente es razonable ya que consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo; pero que no obstante ser presunción legal que el retiro se produjo para mejorar el servicio público, la misma es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que así lo demuestren. Que la presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, a la Ley y a los reglamentos, la cual, no se lograr desvirtuar por la parte actora con las pruebas allegas al proceso.

En lo que tiene que ver con la presunta transgresión de los artículos 2º, 47 y 49 de la Ley 9009 de 2004, según los cuales, al expedirse el acto no se tuvieron en cuenta los criterios de competencia profesional, mérito, calidades personales y capacidad, el a quo manifestó que si bien en el artículo 2º de la Ley 909 de 2004, se consagraron los principios de la función pública, esto es, igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad, y en los artículos 47 y 49 se establece los empleos de naturaleza gerencial y el procedimiento de ingreso a los mismos, prescribiendo que los cargos que conlleven ejercicio de responsabilidad

directiva tienen el carácter de empleos de gerencia pública y son de libre nombramiento y remoción, el nominador al momento de proveerlos debe sujetarse a un determinado procedimiento, también lo es, que la evaluación para determinar el mérito, la capacidad y la experiencia para el desempeño del cargo del gerente ocupado por la señora Yaneth Prieto Perilla, incumbe directamente al nombramiento de dicha servidora, el cual no es objeto de enjuiciamiento en el presente caso. Agregó, que si el accionante consideraba que la entidad demandada no cumplió con las calificaciones, evaluaciones y demás requerimientos para proveer el nombramiento de la citada señora, se debió demandar también dicho acto lo que no se hizo en este caso, por tanto, no es procedente verificar el procedimiento consagrado en el artículo 49 de la Ley 909 de 2004. En consecuencia, se negaron las pretensiones de la demanda (fl. 185 a 199).

### **EL RECURSO DE APELACION**

La parte demandante en el recurso de apelación insiste en que la finalidad de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción se concreta en mejorar el buen servicio público, por tanto, si la persona que es nombrada en reemplazo de la declarada insubsistente, no ostenta las mismas condiciones y calidades, se presenta la desviación de poder; y que de acuerdo con las pruebas, no se tuvieron en cuenta los criterios de la función administrativa que se orientan bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política.

Resaltó que el nombramiento del reemplazo del actor no cuenta con las capacitaciones, actualizaciones y referencias específicas de cursos en

materia de interés para el cargo de Gerente de Zona de la entidad demandada como sí los posee el demandante, lo anterior conforme a la hoja de vida de la doctora Prieto Perilla, que no demostró experiencia específica para el cargo, por tanto, al no tener esta persona las calidades del demandante, señor JUAN CARLOS CANAL COLMENARES, se generó un desmejoramiento del servicio.

Indicó que la sentencia de instancia no apreció la contestación de la entidad demandada, en la que no se desvirtuó la desviación de poder que se alega y que simplemente aludió de manera escueta al concepto de facultad discrecional como un poder plenipotenciario y arbitrario, ya que no se mencionan las razones del buen servicio que llevaron a la insubsistencia del actor y menos a las que condujeron al nombramiento de la doctora YANETH PRIETO PERILLA. Que tampoco el a quo apreció que la entidad demandada señaló en forma general capacitaciones y actualizaciones del reemplazo.

Aseveró que la falta de experiencia específica en asuntos de la empresa demandada es ajena a las razones del buen servicio público, ya que de acuerdo con la hoja de vida, no se observa que la persona que reemplazó al actor la posee, pues, solo ha ocupado cargos de profesional especializado en gestión ambiental y ordenamiento de territorio, en el ámbito de la planificación urbana y rural, y formulación y coordinación de políticas relacionadas con el desarrollo de estas áreas. Agregó que de los cargos ocupados por la doctora YANETH PRIETO PERILLA, no se aprecia que tengan correspondencia alguna con las funciones de la Gerencia de Zona de Servicio al Cliente de la E.A.A.B, de las cuales la parte demandante sí tiene amplia experiencia específica.

En cuanto a los testimonios practicados por el a quo, la parte demandante manifestó que se deben tener en cuenta, ya que en ellos se señalaron las calidades especiales del doctor JUAN CARLOS CANAL COLMENARES para la época en que ocurrió la declaratoria de insubsistencia.

Dijo que si bien es cierto, y como lo manifestó el tribunal, se demuestra de la prueba testimonial que el demandante cumplió en forma óptima y eficiente las funciones del cargo, también lo es que el hecho de nombrarse en su reemplazo a una persona que no cuenta con las capacitaciones específicas para ocupar el cargo de Gerente de Zona, tal situación configura la desviación de poder, pues, la atribución del nominador se utilizó para fines diferentes y contrarios al ordenamiento jurídico.

Manifestó que la Ley 909 de 2004 regula el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y dispone un régimen especial para los empleos de libre nombramiento y remoción que ejercen funciones directivas dentro del concepto de gerencia pública. Que dicha norma es aplicable a las empresas de servicios públicos del sector descentralizado por servicios de los niveles territoriales. Agregó que en el presente caso no se tuvieron en cuenta los artículos 2º, 47 y 49 de la Ley 909 de 2004, pues, en los procesos de selección de personal para integrar la función pública, se deben tener en cuenta como criterios el mérito, las calidades personales y la capacidad profesional; y que al actor le realizaron pruebas calificadas para el ingreso a la entidad y evaluaciones durante el ejercicio del cargo, lo cual soporta la competencia profesional, por ende, en su retiro se actuó con desviación de poder (fl. 205 a 224).

## **EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público, a través de la Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, en el concepto No 47 de 3 de febrero de 2015, señaló que en este caso no existió desmejoramiento del servicio público con la declaración de insubsistencia del señor JUAN CARLOS CANAL COLMENARES, pues, la señora YANETH PRIETO PERILLA, quien lo reemplazó cumplió a cabalidad los requisitos del cargo de Gerente Código 039, Grado 6, de la entidad demandada.

Sobre el tema de la hoja de vida y los testimonios recibidos dijo que tales situaciones no implican desmejoramiento en el servicio; y en relación con la violación de los artículos 2, 47 y 49 de la Ley 909 de 2004, en la medida en que no se realizó proceso de selección para el mencionado cargo, consideró que como lo dijo el a quo, el nombramiento de la señora Prieto Perilla no fue acusado en la demanda, por tanto, no es posible llegar a una apreciación del alcance de las citadas normas.

Concluyó que no existen los vicios alegados que puedan desvirtuar la legalidad del acto demandado, por tanto, solicitó que se confirme la decisión de primera instancia (fl. 264 a 269).

## **CONSIDERACIONES**

### **Problema Jurídico**

En el presente caso el problema jurídico a resolver por Sala consiste en determinar dos situaciones. La primera, si el acto administrativo contenido en la Resolución No 0103 de 10 de febrero de 2012, expedida por el Gerente

General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor JUAN CARLOS CANAL COLMENARES, en el cargo de Gerente, Código 039, Grado 6 de la Gerencia Corporativa de la Zona Cinco de Servicio al Cliente de la cita empresa, se expidió con desviación de poder; y la segunda, si esa misma decisión se adoptó con transgresión de los artículos 2º, 47 y 49 de la Ley 909 de 2004.

Para abordar el estudio del problema jurídico planteado, el análisis que realizará la Sala se dividirá en dos partes, en la primera se estudiará el cargo de desviación de poder endilgado al acto acusado desde la perspectiva y argumentos expuestos en el recurso de apelación presentado por el demandante contra la decisión del a quo; y en la segunda, se efectuará el estudio relacionado con el otro cargo formulado a la sentencia, esto es, si el acto acusado violó lo dispuesto por los artículos 2º, 47 y 49 de la Ley 909 de 2004, también desde los planteamientos esbozados por el demandante en el recurso de alzada. Para este efecto se estudiará la prueba documental y testimonial allegada al proceso.

### **Primero Cargo: La Desviación de Poder**

El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 consagró las causales de anulación de los actos administrativos y entre otras, cuando “hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”.

El demandante, señor JUAN CARLOS CANAL COLMENARES, hace consistir el vicio de desviación de poder en tres razones, así:

A. La declaratoria de insubsistencia del demandante no se basó en razones de buen servicio, ya que su remplazo no tiene la experiencia general ni la experiencia específica de él, al momento de su desvinculación.

B. El perfil profesional de la señora Yaneth Prieto Perilla no satisface los requerimientos especiales que exige la Gerencia Corporativa de la Zona Cinco de la Gerencia Corporativa del Servicio al Cliente y que no acreditó conocimientos específicos para desempeñar una buena gestión.

C. La señora Yaneth Prieto Perilla no tiene la experiencia requerida para el cargo, lo cual se evidencia de la comparación de su hoja de vida con la del demandante; por tanto, no se adujeron razones de buen servicio para la declaratoria de insubsistencia y se ejerció la facultad de libre nombramiento y remoción con desvío de poder (fl. 54).

La desviación de poder no encuentra texto legal, es decir, no ha sido definida por la ley. La definición de esta causal de anulación de los actos administrativos ha correspondido a la doctrina y a la jurisprudencia.

Sobre el particular, la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha dicho:<sup>1</sup>

“...La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Consejero Dr. Silvio Escudero Castro, Expediente No 13913, fecha: 4 de marzo de 1999; Actor: Sandra María del Pilar Urazán Correcha.

2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser (...).”.

En otro pronunciamiento más reciente, la misma corporación<sup>2</sup>, dijo:

“(…) En este punto se torna necesario destacar, que la desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido, que el fin que este persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; de manera que este vicio, tal como se anticipó en apartado precedente, se reconoce cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, pero en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse, tal como la finalidad inherente al buen servicio, aunque en apariencia el acto parezca inobjetable, porque a simple vista en el mismo no se vislumbra violación primaria de la ley al reunir las formalidades propias que le son exigibles y se haya proferido por el funcionario competente. La búsqueda de esa intención torcida y alejada de la legalidad, impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente volitiva de las personas que representan a la administración, situación que implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación. Debe entonces aparecer acreditado fehacientemente, que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar...” (Se subrayó).

Sobre el mismo asunto, la H. Corte Constitucional<sup>3</sup>, ha dicho:

El vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales,

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 26 de septiembre de 2012. Actor: José Antonio Salinas González; demandado Municipio de Miranda – Cauca.

<sup>3</sup> Sentencia C- 452 de 1998 Septiembre dos (2) de mil novecientos noventa y ocho (1998).- Actor: Manuel José Cepeda Espinosa- Magistrado Ponente Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”.

De acuerdo con lo anterior, la causal de nulidad de los actos administrativos, por desviación de poder, conforme al artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, se presenta cuando el nominador dicta un acto que está dentro de sus atribuciones, observa las formalidades prescritas por la ley y se ajusta en sus términos a las normas superiores; sin embargo, al proferirlo, se tiene en cuenta motivos distintos a aquellos para los cuales se le confirió el poder, esto es, contrarios al buen servicio público a cargo de la entidad que representa. La desviación de poder se configura, entonces, cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley.

Pues bien, se argumentó que la decisión de declarar insubsistente al demandante no tuvo como finalidad el mejoramiento del servicio público sino que fue el producto del interés particular de la administración de turno, dejando de lado la objetividad, la imparcialidad, la eficacia, la moralidad que deben caracterizar a la administración, violándose así los principios de la función pública, primando el interés personal para ejercer el poder en forma arbitraria y que el buen servicio público se desmejoró porque se nombró en reemplazo del demandante a una persona con menos experiencia.

La desviación de poder debe probarla quien la plantea, pues, no basta la sola afirmación de quien afirma la ocurrencia de la conducta para que ésta se configure y se acceda a ella anulando el acto al que se le endilga tal causal de nulidad, es decir, de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época de los hechos y aplicable en esta

jurisdicción, de conformidad con el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, incumbe a las partes la carga de la prueba; y para el sub lite, es deber de la parte actora probar la conducta desviada de la administración al momento de declararlo insubsistente.

Veamos, entonces, cuáles son los requisitos requeridos para ocupar el cargo de gerente que desempeñaba el demandante, y para el efecto se consulta la Resolución No 0527 de 25 de junio de 2007, “por medio de la cual se ajusta el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleados públicos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ESP”, cuya parte pertinente se puede consultar al folio 108, así:

ESTUDIOS	EXPERIENCIA
Título profesional en cualquier disciplina académica del área de la Ingeniería, de la Economía, de las Finanzas, de la Administración, del Derecho o de las Ciencias Naturales.	Sesenta (60) meses de experiencia profesional (Esto es equivalente a 5 años).
Título de postgrado en cualquier modalidad relacionado con las funciones del cargo o del área de desempeño.	

La misma resolución describe las funciones esenciales del cargo, entre ellas:

- “1. Administrar las áreas a su cargo para optimizar los recursos y lograr la adecuada gestión y prestación de servicios.
2. Realizar seguimiento a la gestión del área y tomar las decisiones correspondientes con el fin de mejorar continuamente la gestión de la Gerencia a su cargo.
3. Supervisar las actividades desarrolladas por el Gestor con el fin de validar el cumplimiento de los compromisos de gestión adquiridos en el mismo.
4. Desarrollar los planes de acción para prestar integral y eficientemente los servicios de acueducto y alcantarillado en la zona.

5. Formular los planes de acción con base en las políticas referentes a la prestación de servicios de acueducto y alcantarillado para mejorar la satisfacción de los clientes de la empresa ubicados en la zona.
6. Proponer proyectos de infraestructura requeridos para el mejoramiento del servicio en la zona.
7. Coordinar que el proceso de respuesta a Peticiones, Quejas y Reclamos, se realice oportunamente para los clientes de la zona.
8. Definir alternativas relacionadas con proyectos de infraestructura, atención al cliente y comercialización del producto con el fin de implementarlas en la zona.
9. Coordinar las relaciones interinstitucionales necesarias para atender las necesidades comerciales y operativas de la zona.
10. Diseñar el plan de requerimientos de compras y contratación para operar en la zona.
11. Revisar y presentar el presupuesto general de gastos e inversiones de la gerencia a su cargo para su aprobación en el período fiscal correspondiente.
12. Establecer y controlar los recursos para realizar los acuerdos de servicio.
13. Preparar y presentar informes sobre la gestión de la Gerencia a su cargo con el fin de documentar el desempeño de la misma.
14. Las demás que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza de las funciones del cargo” (fl. 108).

Igualmente, la Resolución No 0527 de 25 de junio de 2007, al identificar la naturaleza del cargo señaló que es de “Libre nombramiento y remoción”.

Efectuadas las precisiones anteriores, es del caso el estudio comparativo de las hojas de vida, tanto la del demandante señor JUAN CARLOS CANAL COLMENARES<sup>4</sup> como la de quien fue nombrada en el cargo por él ocupado, la señora YANETH PRIETO PERILLA<sup>5</sup>, y de ahí establecer la afirmación del actor en cuanto a que su hoja de vida es superior a la de quien lo reemplazo.

JUAN CARLOS CANAL	YANETH PRIETO PERILLA
-------------------	-----------------------

<sup>4</sup> Folio 14 a 37 Cuaderno Principal y Cuaderno Anexo

<sup>5</sup> Folio 110 a 124

COLMENARES	
<p><b>PROFESION:</b> Economista, grado adquirido en 1994. Universidad Santo Tomás</p>	<p><b>PROFESION:</b> Ingeniera Civil, grado obtenido en 1991. Universidad Santo Tomás.</p>
<p><b>ESPECIALIZACION:</b> Especialista en Gestión de Recursos Internacionales "FUNDAISING (2001)</p>	<p><b>MAESTRIA:</b> 1. Magister en Medio Ambiente y Sostenibilidad de la Universidad Politécnica de Cataluña – España. 2004. 2. Magister en Gestión para el Desarrollo Sostenible de la Universidad Javeriana. 1998</p>
<p><b>EXPERIENCIA:</b> - Cámara de Representantes en 1992. - Contratista en FIDUPREVISORA 1993 – 1996. - SENA 1997 – 1998 - Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas "IPSE" 1985 – 1991. - INCORA 2000 - Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá 2008 – 2012.</p>	<p><b>EXPERIENCIA:</b> - Profesional Especializado 3010-19 en la División de Diseño y Construcción de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR – de 1993 a 2002. - Investigadora en el Centro de Política de Suelo y Valoraciones de la Universidad Politécnica de Cataluña 2002, 2003 y 2004. - Coordinadora línea ambiental en Colciencias 2005 a 2007. - Subdirectora de Servicios Públicos en la Secretaría Distrital del Hábitat 2007 a 2012.</p>
<p><b>DIPLOMADOS Y CURSOS:</b> -Actualización Gerencial en Activity Based Management en 1997. - Normas Internacionales de Trabajo en 1998. - Gestión Pública y Localidades 2008.</p>	
<p><b>SEMINARIOS:</b> - Régimen y privatización de los servicios públicos domiciliarios 1995. - Presupuesto y Tesorería en las Entidades Públicas 1997. - Novedades en Carrera Administrativa y Gestión de Personal 1998. Inducción de Alta Gerencia de la Administración Pública 2000.</p>	

De acuerdo con la prueba documental referida anteriormente, se puede señalar lo siguiente:

Conforme a la Resolución No 0527 de 25 de junio de 2007, “por medio de la cual se ajusta el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleados públicos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ESP”, para ejercer el cargo de Gerente se requiere título profesional en cualquier disciplina académica: ingeniero, economista, finanzas, administración derecho o ciencias naturales. Además un postgrado en cualquier modalidad relacionada con las funciones del cargo o el área de desempeño. En cuanto a la experiencia, según la citada resolución, se exige un término de 60 meses.

En lo que tiene que ver con los estudios realizados tanto por el señor JUAN CARLOS CANAL COLMENARES como por la señora YANETH PRIETO PERILLA, se observa que los dos son profesionales; ésta es Ingeniera Civil y aquél Economista títulos adquiridos en 1994 y 1991, respectivamente. Significa lo anterior que en cuanto a estudios ambos están en el mismo nivel profesional, pues, reúnen los requisitos exigidos para ocupar el cargo.

La Resolución No 0527 de 2007, señaló como requisito para el cargo de Gerente el título de postgrado en cualquier modalidad relacionada con las funciones del cargo o en el área de desempeño. En este punto, el demandante JUAN CARLOS CANAL COLMENARES acreditó una Especialización en Gestión de Recursos Internacionales cursada en el año 2001, y por su parte la señora YANETH PRIETO PERILLA, demostró dos maestrías en Medio Ambiente Urbano y Sostenibilidad y en Gestión para el Desarrollo Sostenible.

Y en lo relacionado con la experiencia, ésta se adquiere después de la obtención del título. Así, los mencionados señores tienen más de 5 años de experiencia, ya que el señor Canal Colmenares se graduó en 1994 y la señora Prieto Perilla en 1991.

Se discute por el demandante que él tiene experiencia específica, en tanto que su reemplazo no. Al respecto es del caso señalar que en cuanto a la misma, la Resolución No 0527 de 2007, no exige tal requisito, pues, no calificó como debería ser, ya que solo se limitó a establecer que sería de “Sesenta (60) meses de experiencia profesional” (fl. 108).

Así, pues, en relación con este punto de discusión, no le asiste razón al demandante cuando afirma que él tiene experiencia específica y que la persona que lo reemplazo no, toda vez que no es un requisito que exija el Manual Específico de Funciones de la E.A.A.B.. Entonces, no se puede alegar el cumplimiento de un requisito que el reglamento no estipuló.

Igualmente el citado manual de funciones no exigió que el aspirante al cargo de Gerente demuestre la realización de diplomados, cursos o seminarios, capacitaciones o actualización adicionales al título de pregrado y postgrado, pues, simplemente exige que se tenga título profesional en cualquier disciplina académica en las áreas de ingeniería, economía, finanzas, administración, derecho o ciencias naturales, además de título en postgrado en cualquier modalidad relacionada con las funciones del cargo o el área de desempeño.

Por otra parte, el demandante argumentó que durante el tiempo en que prestó los servicios a la entidad demandada, ejerció las funciones con idoneidad, eficiencia, dedicación, responsabilidad y que no fue objeto de ningún tipo de amonestación o sanción de carácter disciplinario o administrativo, por lo que fue encargado para desempeñar diversos cargos y funciones de especial confianza y manejo (fl. 39).

Sobre este punto se tiene que decir que tales actitudes y aptitudes para el desempeño del cargo son manifestaciones que el empleado debe cumplir, pues, es un deber y una obligación a cargo de éste poner al servicio de la entidad todos sus conocimientos y capacidades laborales; por tanto, la idoneidad, la buena conducta y el excelente desempeño laboral no se constituyen en obstáculos para ser removido del cargo, sino que, por el contrario, se trata de un presupuesto natural que la administración pública exige a sus funcionarios, es decir, desempeñarse con altura, lealtad, honradez ante el Estado, y es un atributo de la persona comportarse así.

El Consejo de Estado<sup>6</sup> sobre este tópico ha señalado:

“... ha dicho la Sala en diversos pronunciamientos y ahora se reitera que el haber ejercido el cargo con lealtad y honestidad, sin llamados de atención y ausente de antecedentes penales y disciplinarios, por sí solos no otorgan estabilidad, pues esos son atributos que deben observar todos los servidores del Estado. Esta circunstancia no inhibe el ejercicio de la facultad discrecional por tratarse de un nombramiento ordinario...”.

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Expediente No. 2015005. 25000-23-25-000-2004-03579-01 (0706-11). Actor: Sara Correa Otero. Demandado: Departamento de Cundinamarca. 7 de marzo de 2013.

Conforme a lo anterior, el empleado al servicio del Estado debe tener como atributo la lealtad, la honestidad y entregar toda su capacidad laboral, cualidades que no impiden al nominador ejercer la facultad discrecional de removerlo.

En cuanto a los testimonios decretados y practicados, éstos son unánimes en señalar la labor que el demandante desarrolló al frente de las obras que la E.A.A.B. realizaba en la localidad de Fontibón, y resaltan su trabajo encomiable al frente de ellas. Sin embargo, de acuerdo con lo expresado en precedencia, esa labor era de su responsabilidad como Gerente de la Zona 5, y como tal debía poner al servicio de la entidad todas sus capacidades. Por tanto, dicho desempeño loable no es óbice para impedir que el nominador ejerza la facultad discrecional de nombrar y remover a sus empleados.

Igualmente, los testimonios de las personas citadas para el efecto no informan que en la declaratoria de insubsistencia del señor JUAN CARLOS CANAL COLMENARES, el representante legal de la entidad demandada hubiese actuado con intención particular, personal o arbitraria en nombre de la administración, y persiguiendo un fin opuesto a las normas a las que debe estar sometido, es decir, que hubiese actuado con desviación de poder en la expedición del acto incurriendo, además, en violación de la ley y hubiese utilizado el poder y atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, o los específicos y concretos que la ley buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia.

En conclusión, no se demostró que la atribución legal de que está investido el nominador para nombrar y remover libremente a los empleados, se hubiese

desviado hacia fines distintos al mejoramiento del servicio público. Revisado el proceso para establecer la obligación del actor de demostrar la ocurrencia de la Desviación de Poder, en la expedición del acto impugnado, como corresponde, según el artículo 177 del C. de P..C., no se encuentra prueba que demuestre el vicio endilgado al acto motivo de demanda y proceder a despojarlo de la presunción de legalidad que gozan los actos administrativos. La prueba documental y testimonial allegada no demuestra que la remoción del demandante obedeció a los hechos narrados por él en la demanda como tampoco que el servicio público a cargo de la entidad hubiese sido desmejorado. Por tanto, el cargo endilgado al acto acusado no prospera.

**Segundo Cargo: Violación de los artículos 2º, 47 y 49 de la Ley 909 de 2004.**

El recurso de apelación manifestó que en el proceso de desvinculación del demandante JUAN CARLOS CANAL COLMENARES y nombramiento de la señora YANETH PRIETO PERILLA, se violaron las normas citadas, toda vez que allí se regula el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública por cuanto se dispone un régimen especial para los empleos de libre nombramiento que ejercen funciones directivas dentro del concepto de gerencia pública, normatividad que se aplica a las empresas de servidores públicos del sector descentralizado por servicios de nivel territorial, y que se deben tener en cuenta en los procesos de selección de personal para integrar la función pública criterios como el mérito, las calidades personales y la capacidad profesional, lo mismo que pruebas calificadas para el ingreso a la entidad y evaluaciones durante el ejercicio del cargo.

Las normas de la Ley 909 de 2004, señaladas como violadas con el retiro del demandante y la designación de su reemplazo, son del siguiente tenor:

*“ARTÍCULO 2o. PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.*

1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

3. Esta ley se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, de lo que derivan tres criterios básicos:

a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos;

b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley;

c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión;

d) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia.

*“DE LOS PRINCIPIOS DE LA GERENCIA PÚBLICA EN LA ADMINISTRACIÓN.*

*ARTÍCULO 47. EMPLEOS DE NATURALEZA GERENCIAL.*

1. Los cargos que conlleven ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial tendrán, a efectos de la presente ley, el carácter de empleos de gerencia pública.

2. Los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción. No obstante, en la provisión de tales empleos, sin perjuicio de las facultades discrecionales inherentes a su naturaleza, los nominadores deberán sujetarse a las previsiones establecidas en el presente título (Se subrayó).

3. La gerencia pública comprende todos los empleos del nivel directivo de las entidades y organismos a los cuales se les aplica la presente ley, diferentes de:

a) En el nivel nacional a aquellos cuya nominación dependa del Presidente de la República;

b) En el nivel territorial, a los empleos de secretarios de despacho, de director, gerente; rector de Institución de Educación Superior distinta a los entes universitarios autónomos (Se subrayó).

Estos empleos comportan responsabilidad por la gestión y por un conjunto de funciones cuyo ejercicio y resultados son posibles de ser medidos y evaluados.

*“ARTÍCULO 49. PROCEDIMIENTO DE INGRESO A LOS EMPLEOS DE NATURALEZA GERENCIAL.*

1. Sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que caracteriza a estos empleos, la competencia profesional es el criterio que prevalecerá en el nombramiento de los gerentes públicos. (Se subrayó).

2. Para la designación del empleado se tendrán en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo, y se podrá utilizar la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

3. La evaluación del candidato o de los candidatos propuestos por el nominador, podrá ser realizada por un órgano técnico de la entidad conformado por directivos y consultores externos, o, en su caso, podrá ser encomendado a una universidad pública o privada, o a una empresa consultora externa especializada en selección de directivos.

4. El Departamento Administrativo de la Función Pública apoyará técnicamente a las diferentes entidades públicas en el desarrollo de estos procesos.

5. El Departamento Administrativo de la Función Pública, formulará políticas específicas para la capacitación de directivos, con la finalidad de formar candidatos potenciales a gerentes de las entidades públicas.

PARÁGRAFO. En todo caso, la decisión sobre el nombramiento del empleado corresponderá a la autoridad nominadora”.

El artículo 2º de la Ley 909 de 2004 contiene los principios que inspiran la función pública, la cual se debe desarrollar teniendo en cuenta aquellos consagrados en la Constitución y la ley, como son: igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad. Lo anterior significa que el mérito, las calidades personales y profesionales son elementos sustanciales en los procesos de selección para integrar la función pública, entendida ésta como la labor del funcionario al frente del cargo que ocupa. Dichos criterios pueden aplicarse a los empleos

públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con las previsiones legales. De esta manera se logrará la satisfacción del interés general y una efectiva prestación del servicio teniendo en cuenta la profesionalización, flexibilidad en la organización y gestión de la función pública, la responsabilidad de los servidores públicos y la capacitación, todo lo cual debe tener como objetivo primordial la consecución de altos niveles de eficacia en el desempeño de la función pública.

Por su parte, el artículo 47 de la misma ley contiene los principios de la gerencia pública en la administración, y señala que los cargos de responsabilidad directiva en cualquiera de los niveles de la rama ejecutiva “son empleos de gerencia pública”.

El numeral 2º de la misma disposición, es claro en señalar que los cargos de gerencia pública tienen como característica esencial que son de libre nombramiento y remoción; y que en la provisión de los mismos, el nominador debe estar sujeto a los principios de la gerencia pública, pero sin que se cause perjuicio a las facultades discrecionales propias de su naturaleza, esto es, que por tratarse de un cargo para el cual el nominador tiene discrecionalidad, ésta no puede quedar atada a la realización de procedimiento alguno para la escogencia del candidato a ocupar un cargo de esta condición.

Ahora bien, mediante el Decreto 4567 de 1º de diciembre de 2011, “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y Decreto 770 de 2005”, en el artículo 1º, se señaló lo siguiente:

“Artículo 1º. En la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción de la Rama Ejecutiva de orden nacional y de los niveles diferentes al técnico y al asistencial, sin perjuicio de la discrecionalidad propia de la naturaleza del empleo, se tendrán en cuenta la transparencia en los procesos de vinculación de servidores, las competencias laborales, el mérito, la capacidad y experiencia, las calidades personales y su capacidad en relación con las funciones y responsabilidades del empleo” (Se subrayó).

Nótese cómo la norma enfatiza que en la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción, se tendrá en cuenta la transparencia en los procesos de vinculación de servidores, las competencias laborales, el mérito, la capacidad y experiencia y las calidades personales, sin perjuicio de la discrecionalidad propia de la naturaleza del empleo, es decir, la potestad nominadora –libre y discrecional- del funcionario respectivo, no se puede ver menguada en la provisión del empleo.

Y la última disposición invocada como transgredida, esto es, el artículo 49 de la Ley 909 de 2004, se refiere al procedimiento de ingreso a los empleos de naturaleza gerencial, según el cual, sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que los caracteriza, la competencia profesional es el criterio preponderante en la designación de los gerentes públicos. Así mismo, la norma dispone que se tendrán en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia, y se podrán aplicar pruebas para evaluar el conocimiento y aptitudes para el empleo, como también la práctica de entrevistas, la valoración de estudios y la experiencia, lo cual podrá realizarse por un órgano técnico de la entidad conformado por directivos y consultores externos, o encomendarse a una universidad pública o privada, o a una empresa consultora externa especializada en selección de directivos. Lo anterior fue reglamentado mediante la expedición del Decreto 4567 de 1º de diciembre de 2011, en cuyo artículo 2º, dice:

“Artículo 2º. La evaluación de las competencias de los candidatos podrá ser realizada por:

2.1. Un órgano designado por la entidad para el efecto y conformado por los directivos de la entidad nominadora y/o consultores externo (sic).

2.2. Universidades públicas o privadas.

2.3. Empresas consultoras externas especializadas en selección de personal.

2.4. A través de contratos o convenios interadministrativos celebrados con el Departamento Administrativo de la Función Pública o con entidades de la administración pública con experiencia en selección de personal.

PARAGRAFO. La revisión y certificación de cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución, la ley y el reglamento es de competencia exclusiva del jefe de recursos humanos o de quien haga sus veces”.

Se observa de lo expresado que existe un procedimiento para el ingreso a los cargos de naturaleza gerencial, sin embargo, el mismo no puede perjudicar o atentar contra la facultad discrecional en la designación de aquellos.

Además, el numeral 3º del artículo 47 de la Ley 909 de 2004, dispone que la gerencia pública comprende todos los empleos del nivel directivo de las entidades y organismos a los cuales se les aplica la presente ley, que sean diferentes, en el nivel nacional a aquellos cuyo nombramiento es del Presidente de la República; y en el nivel territorial a los cargos de secretarios de despacho, director, GERENTE, rector de institución de educación distinta a los entes universitarios autónomos.

En este caso, se establece que el señor JUAN CARLOS CANAL COLMENARES, ocupaba el cargo de gerente cuya naturaleza es de libre nombramiento y remoción, según el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la E.A.A.B., adoptado mediante la Resolución No 0527 de 2007, por tanto, el representante legal de esa entidad puede

ejercer la facultad discrecional de removerlo del cargo, pues, se trata de un empleo que no tiene ningún fuero de estabilidad.

Ahora, en cuanto a la insistente afirmación del actor, según la cual, en la designación de su reemplazo en la empresa demandada no se llevó a cabo el proceso de selección indicado en las disposiciones anteriores, se tiene que decir, que el mismo no puede perjudicar la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción en cabeza del jefe de la entidad, pues, la naturaleza del empleo del cual fue declarado insubsistente el actor tiene esa condición, se repite, es un cargo de libre nombramiento y remoción que no otorga estabilidad absoluta a quien se desempeñe él.

Se acota que en el escrito de apelación se dijo que “las muy calificadas pruebas que le realizaron a la parte demandante como procedimiento de ingreso, y posteriores evaluaciones que se efectuaron durante el desempeño del cargo, soportan clara y contundentemente la competencia profesional del demandante, y por lo tanto, el resultado de la desvinculación fue clara desviación de poder con ausencia del buen servicio, al tomar la administración la decisión de insubsistencia de un funcionario competente y eficaz, como lo es el demandante” (sic). Esta afirmación no encuentra soporte probatorio, pues, no se allegó o no se demostró que el ingreso del señor Canal Colmenares a la E.A.A.B. hubiese sido a través del proceso de selección contenido en las disposiciones legales que se transcribieron en esta providencia.

En conclusión: Ninguno de los cargos formulados en el escrito de apelación contra la sentencia de primera instancia, es decir, desviación de poder y vulneración de los artículo 2º, 47 y 49 de la Ley 909 de 2004, se demostraron

en el presente asunto, por tanto, se debe confirmar la sentencia proferida por el a quo.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segundas – Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **F A L L A**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013), proferida por la Subsección “D” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso adelantado por el señor JUAN CARLOS CANAL COLMENARES contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.** Devuélvase el proceso al tribunal de origen y déjense las constancias de rigor.

### **COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

Providencia estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**SANDRA LISSET IBARRA VELEZ GERARDO ARENAS MONSALVE**

