



Sentencia 01754 de 2018 Consejo de Estado

ILEGALIDAD DEL ACTO DE INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - Carga de la prueba / BUEN DESEMPEÑO DEL EMPLEO DE CONFIANZA - No inhibe la facultad discrecional

Se considera que el contenido del acto demandado cumple las exigencias de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la decisión discrecional de retiro del servicio. Para desvirtuar dicha presunción, es a la parte demandante a quien le corresponde allegar todos los elementos probatorios tendientes a demostrar que la medida adoptada no tuvo dichas finalidades, lo que en el sub lite no ocurrió. Finalmente, la Subsección encuentra que si bien es cierto, se acreditó que la demandante se desempeñó de forma satisfactoria en el empleo, ello como se dijo, no genera fuero de permanencia y con esa sola circunstancia no es posible concluir que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento desbordó la proporcionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional o que obedeció a fines distintos al buen servicio.

INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / MOTIVACIÓN DEL ACTO DE RETIRO - Competencia discrecional / EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL - Límites

Es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza. (...). La remoción de empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad. En otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la motivación del acto de insubsistencia de funcionario de confianza, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 8 de marzo de 2018, radicación: 2743-16, C.P.: William Hernández Gómez.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 5 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 23 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 41

DESVIACIÓN DE PODER - Configuración

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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16)

Actor: ÁNGELA MARÍA PATIÑO GARCÍA

Demandado: EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ LIMITADA, METRO DE MEDELLÍN LTDA

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-218-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, el 4 de septiembre de 2015, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Ángela María Patiño García en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, METRO DE MEDELLÍN LTDA.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL¹

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.²

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo³.

En el presente caso de folio 355 vuelto y cd visible a folio 358 del cuaderno principal, en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

« [...] La entidad demandada no propuso excepciones previas y el despacho tampoco encuentra alguna que deba ser declarada de oficio. [...]»

Se le concedió el uso de la palabra a las partes y no se interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.⁴

En el *sub lite* de folio 355 vuelto a 356 y cd visible a folio 358 del cuaderno principal en la audiencia inicial se fijó el litigio respecto de los hechos y las pretensiones, así:

Hechos según la fijación del litigio

« [...] 1. Que la demandante ingresó al servicio de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá LTDA a partir del 01 de agosto de 1986 y laboró hasta el día tres (03) de abril de dos mil trece (2013).

2. Que durante la vigencia de la relación laboral de la señora ÁNGELA MARÍA PATIÑO GARCÍA con la EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ LIMITADA “METRO DE MEDELLÍN LTDA”, desempeñó varios cargos o posiciones administrativas y que al momento de la desvinculación fungió como Jefe del Área de Comercialización del Transporte.

3. Que mediante Resolución Número 6757 del 02 de abril de 2013 emanada de la Gerencia de la EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ LIMITADA se decidió *declarar insubsistente el nombramiento* de la señora ÁNGELA MARÍA PATIÑO GARCÍA en el cargo de JEFE DE ÁREA DE COMERCIALIZACIÓN Y TRANSPORTE, adscrito a la Gerencia Comercial y Social, que dicho acto administrativo fue notificado el día 03 de abril de 2013 y que se hizo efectivo a partir del día siguiente, 04 de abril de 2013.

4. Que al momento de la desvinculación de la actora devengada una asignación mensual equivalente a la suma de \$8.722.627.00, además se le reconocían periódicamente, una prima de navidad, prima de vacaciones, prima extralegal y aguinaldo, además de las cesantías y sus respectivos intereses.

5. Que a lo largo de la relación laboral de la actora con la entidad accionada, se desempeñó con probidad, lealtad y eficiencia cada uno de los cargos para los cuales fue nombrada:

6. Que el acto administrativo contenido en la Resolución 6757 del 02 de abril de 2013 es ilegal por desviación de poder y falsa motivación por cuanto:

a) Porque no se buscó, ni se logró mejorar el servicio; ya que el cargo que ella ocupaba no fue suplido de manera inmediata, puesto que sus funciones fueron asignadas de manera temporal en el superior inmediato de la actora y por otros profesionales, lo que permite inferir que fue una decisión precipitada que no tuvo que ver con la mejora del servicio.

b) Puesto que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora, además de improvisada y ligera, no tuvo como causa y fin último “mejorar el servicio”, además porque surge la decisión cuestionada como respuesta a una Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por la misma demandante contra la misma demandada.

7. La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad relacionado con la conciliación prejudicial. [...]» (Mayúsculas y cursiva del texto).

Pretensiones según la fijación del litigio

« [...] 1. Que se declare la nulidad de la Resolución Nro. 6757 del 02 de abril de 2013, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora ÁNGELA MARÍA PATIÑO GARCÍA, en el cargo de Jefe de Área de Comercialización del Transporte adscrito a la Gerencia Comercial y Social del Metro de Medellín.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene al “METRO DE MEDELLÍN”, reintegrar a la demandante en el cargo de Jefe de Área de Comercialización de Transporte, adscrito a la Gerencia Comercial y Social de la EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ LTDA “METRO DE MEDELLÍN”, o a otro de similares funciones, condiciones de trabajo y salario, reintegro que debe cumplirse en las mismas condiciones de servicio que tenía cuando se produjo su ilegal retiro del servicio oficial.

3. Que se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar a la demandante, la totalidad de los salarios y prestaciones sociales que ha dejado de percibir, desde la fecha en que haya sido efectivamente retirada del servicio, hasta cuando se produzca su efectiva reincorporación al servicio, teniendo en cuenta los aumentos salariales y prestacionales que haya tenido el cargo y el salario vigente al momento del reintegro.

4. Que se declare, que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio.

5. Que las sumas objeto de condena, se paguen en forma indexada y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y siguientes del Código Contencioso Administrativo (sic).

6. Que se condene al pago de costas y agencias en derecho. [...]» (Mayúsculas y negrillas del texto).

Se le concedió el uso de la palabra a las partes y no interpusieron recursos.

SENTENCIA APELADA⁵

El *a quo* profirió sentencia el 4 de septiembre de 2015 de forma escrita, en la que denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, citó el artículo 125 Superior para señalar que si bien la regla general es que los empleos de las entidades públicas deben ser de carrera administrativa, el ordenamiento laboral colombiano también consagra por excepción, la categoría de libre nombramiento y remoción, cuyos empleados pueden ser declarados insubsistentes sin necesidad de motivación del acto administrativo, siempre que atienda las necesidades del buen servicio.

Seguidamente, analizó las pruebas aportadas al plenario para concluir que la demandante no había demostrado la afirmación efectuada en el libelo introductor de que su desvinculación obedeció a la demanda instaurada en contra de la entidad, en razón a un proceso disciplinario que se le adelantó, dado que no se advertía una sola prueba directa que probara dicha circunstancia.

A continuación argumentó que el hecho de que la señora Ángela María Patiño García hubiese estado vinculada por aproximadamente 20 años con la entidad demandada y con un excelente desempeño, no le daba fuero de estabilidad, pues otros motivos ajenos a la conducta laboral pudieron ser la causa o razón que impulsó al nominador a proferir el acto acusado.

De otro lado, destacó que el cargo que la demandante ocupaba no se volvió a proveer, pero no resultó acreditado que el servicio hubiera sufrido desmejora, todo lo contrario, tanto las personas que cumplieron las funciones como otros testigos, afirmaron que el servicio se prestó sin contratiempos, aunado a que no se nombró a otra persona para su reemplazo, toda vez que desde tiempo atrás estaba en proyecto una reestructuración administrativa, la cual, a la postre llevó a la supresión del cargo.

Acorde con los anteriores razonamientos concluyó que la demandante no logró demostrar que la declaratoria obedeció a la intención de perjudicarla, favorecer a terceros, desmejorar el servicio o como un acto de improvisación, sino a la transición que se dio entre la desvinculación y la reestructuración, por lo que no cumplió con la carga procesal de probar su dicho. Finalmente, condenó en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN⁶

La parte demandante presentó recurso de apelación en el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, conforme a con los argumentos que a continuación se exponen.

Manifestó que se había logrado probar que la desvinculación de la señora Ángela María Patiño García no se inspiró al ejercicio de la facultad discrecional sino que como lo manifestó la entidad al contestar el hecho 5 del libelo, se corroboraron una serie de negligencias que permitieron al nominador perder la confianza en ella, que obedeció a cuestionamientos realizados por un subalterno, aunado a ello, como señaló en la sentencia recurrida, la supresión del cargo fue el verdadero motivo de la insubsistencia, sin embargo, dicho argumento no tuvo acogida para acceder a las pretensiones.

Seguidamente, arguyó que la demandada no acreditó de qué manera y en qué sentido se proponía mejorar el servicio, pues dejó vacante el cargo y asignó sus funciones de forma temporal a otros servidores, sin tener en cuenta la providencia del Consejo de Estado del 2 de mayo de 2013, radicado: 25000-23-25-000-2006- 05536-02 (2256-11), la cual por guardar identidad en el supuesto fáctico con lo ocurrido en el *sub examine* debió al menos ser considerada. Para apoyar su argumento, citó apartes de la mencionada providencia.

Expresó que pesar de que la categoría del cargo desempeñado por la demandante no fue objeto de debate, este aspecto sí fue tenido en cuenta por el *a quo*, por lo que convenía indicar que las actividades a ella asignadas no correspondían a la adopción de las políticas y directrices en el Metro de Medellín y, en este sentido, el acto administrativo estaría viciado de falsa motivación, pues las funciones por ella desempeñadas se efectuaban de acuerdo a con los parámetros fijados por su jefe inmediato, luego no era una empleada de dirección y confianza.

Resaltó que durante los 26 años que estuvo vinculada con la demandada, la señora Ángela María se distinguió por su responsabilidad y por el cumplimiento de sus deberes, que la promovió en varias ocasiones, hasta ocupar el empleo de jefe de área de comercialización de transporte, además la demandada primero alude una pérdida de confianza y luego la inminente supresión del cargo, que cual ocurrió 6 meses después de

su desvinculación, tales incoherencias son suficientes para demostrar la ilegalidad del acto enjuiciado por desviación de poder.

Por último, señaló que la carga probatoria por parte de la entidad no puede pasarse por alto, ello, por cuanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha determinado que en aras precisamente de la igualdad de las partes en el proceso, la demandada debe defender el acto administrativo y acreditar las razones que motivaron la declaratoria de insubsistencia y probar de qué manera pretendía mejorar el servicio con dicha actuación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁷: Reiteró todos y cada uno de los argumentos expuestos en el recurso de alzada. Insistió en que si la verdadera decisión de desvinculación fue la reestructuración administrativa, no se entiende cómo se profirió dicho acto en ese momento no se habían terminado los estudios técnicos, además durante dicho tiempo el cargo se dejó vacante. Además de ello, la pérdida de confianza obedeció a la actuación de un subalterno suyo que fue sancionado, pues acorde con el testimonio de la señora Ana Lucía Huertas quien afirmó que la demandante siempre ejerció de forma correcta sus funciones.

La parte demandada⁸: Resaltó que al ser una empresa industrial y comercial del Estado, la ley le otorga la facultad de fijar en sus estatutos la clasificación de sus servidores, en este sentido, contrario a lo afirmado por la demandante, el cargo por ella desempeñado era de libre nombramiento y remoción, ahora bien, la mejora en el servicio consistió en que el área que se suprimió y era dirigida por la señora Patiño García, se crearon otras 2 áreas nuevas de servicio al cliente y gestión social, con los cuales se lograron resultados significativos en su gestión.

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal⁹.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Aunado a ello, al artículo 320 del Código General del Proceso, a la Subsección A, en el presente asunto, le corresponde pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante.

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia, se resume en la siguiente pregunta:

1. ¿La declaratoria de insubsistencia de la señora Ángela María Patiño García quien se desempeñaba en el cargo de jefe de comercialización del transporte adscrito a la gerencia comercial y social, en la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, METRO DE MEDELLÍN, desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la Constitución y la ley a la administración?

Al respecto la Subsección sostendrá la siguiente tesis: con la expedición de la Resolución 6757 del 2 de abril de 2013, la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, METRO DE MEDELLÍN no desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad que discrecional, tal y como pasa a explicarse.

De la naturaleza del cargo de la demandante

Conforme al Oficio 41000003671 del 5 de agosto de 2014¹¹ el jefe de Gestión del Talento Humano de la entidad demandada, certificó que la señora Ángela María estuvo vinculada a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, desde el 28 de julio de 1986 hasta el 3 de abril de 2013, que durante su vinculación ocupó los siguientes cargos:

- a) Auxiliar de revisoría entre el 28 de julio de 1986 al 24 de septiembre de 1995.
- b) Analista control interno desde el 25 de septiembre de 1995 hasta el 15 de julio de 2004.
- c) Jefe de comercialización del negocio esencial, en calidad de asignación de responsabilidades del 16 de julio de 2004 al 24 de noviembre de 2004.
- d) Jefe de comercialización del negocio esencial, titular, entre el 25 de noviembre de 2004 al 31 de mayo de 2007.
- e) Gerente de mercadeo, en calidad de encargo, desde el 28 de marzo de 2008 hasta el 13 de abril de 2008.
- f) Jefe de comercialización del transporte, titular, del 1.º de junio de 2007 al 3 de abril de 2013.

La demandante fue declarada insubsistente mediante Resolución 6757 del 2 de abril de 2013¹², cuando ocupaba el cargo de jefe de comercialización del transporte, empleo que se encuentra catalogado como de libre nombramiento y remoción.

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

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

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

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

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

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

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos

para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

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

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

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

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

[...]

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

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. [...]» (Subrayas fuera de texto).

Ahora bien, al ser la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, una sociedad de derecho público, descentralizada del orden municipal, sujeta al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado¹³, según lo regulado en la Ley 489 de 1998, la regla general de vinculación laboral es de trabajadores oficiales y excepcionalmente de empleados públicos de conformidad con lo que se instituyera en sus estatutos, siempre que ello atendiera las previsiones legales que rigen la materia.

En efecto, mediante Resolución de la Junta Directiva 123 del 11 de abril de 2007 «Por medio de la cual se adecua la estructura administrativa de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada- Metro de Medellín Ltda.-, al Plan Maestro “Confianza en el Futuro” 2006-2020»¹⁴, vigente al momento de la desvinculación de la demandante, preceptuaba:

« [...] ARTÍCULO 1.- La estructura administrativa de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada – Metro de Medellín Ltda.- quedará así:

ÁREAS QUE SOPORTAN LOS PROCESOS ESENCIALES. Con dependencia directa de la Gerencia General:

[...]

Gerencia Comercial y Social: Con las siguientes áreas adscritas:

- Gestión Social y de Servicio al Cliente

- Comercialización del Transporte

- Comercialización de Negocios Asociados

[...]

ARTÍCULO 2.- La estructura administrativa de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada – Metro de Medellín Ltda.- queda tal y como se determina en el artículo anterior y se representa en el anexo de esta

Resolución, que para todos los efectos hace parte de la misma, y los veintiséis (26) servidores que ocupen estos cargos son empleados públicos, de libre nombramiento y remoción por el Gerente General de la Empresa. [...]» (Mayúsculas y negrillas del texto, subrayas de la Subsección).

Conforme a las leyes citadas en precedencia, se observa que el cargo de «jefe de comercialización del transporte adscrito a la gerencia comercial y social», el cual era desempeñado por la señora Ángela María Patiño García, se encuentra catalogado por los estatutos de la entidad demandada como de aquellos denominados de libre nombramiento y remoción.

Es de resaltar que la parte demandante dentro del recurso de apelación alegó que el cargo por ella desempeñado no era de libre nombramiento y remoción, argumento que tan solo expuso en el citado recurso, sin embargo, tal y como se analizó en precedencia, el empleo ejercido sí se encuentra catalogado en los estatutos de la entidad dentro de esa categoría, aunado a ello como se estudiará más adelante, la señora Ángela María en el interrogatorio de parte manifestó que una de sus responsabilidades básicas estaban centradas en la definición de estrategias de mercadeo del transporte, lo cual efectivamente se enmarca dentro de los cargos denominados en la estructura interna del Metro de Medellín del nivel directivo, es decir, de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos, lo evidentemente permite afirmar que no era una trabajadora oficial.

Lo anterior conduce a concluir que el contenido funcional de los empleos de libre nombramiento y remoción determina el rigor con el que debe someterse a juicio el uso de la facultad discrecional para declararlos insubsistentes¹⁵. Así, en aquellos que se basan en esencia en la confianza del nominador, la estabilidad en el empleo es particularmente frágil porque dicho factor hace que la discrecionalidad para remover del cargo al funcionario deba concebirse de una forma más amplia en relación con aquellos empleos que responden, predominantemente, a relaciones de confianza profesional.

Ahora bien, respecto, de la regla de no motivar el acto de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, es preciso señalar que esta Subsección la ha justificado en varias ocasiones, en el entendido de que la discrecionalidad para retirar a esta clase de funcionarios bien puede producirse por el nombramiento de otro empleado de confianza que reclama este tipo de cargos. En efecto, en sentencia del 8 de marzo de 2018¹⁶ se indicó:

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

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

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

predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

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

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

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

Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia¹⁷, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

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

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

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

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

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

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

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional indicó que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado¹⁸ como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Asimismo, la Subsección ha sostenido¹⁹ que la facultad de remoción de un empleado de libre nombramiento y remoción, debe ser ejercida bajo los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, y que el acto de insubsistencia al ser inmotivado, supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio.

Por su parte, el artículo 44 del CPACA señala que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser «adecuada» a los fines de la norma que la autoriza, y «proporcional» a los hechos que le sirven de causa. Lo anterior supone que debe existir una razón o

medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad».

La desviación de poder

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

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

Conforme a ello, cuando la conducta (activa u omisiva) es explícitamente contraria a una norma regulativa de mandato, se torna en «ilícita» porque el sujeto activo hizo lo prohibido o no hizo lo debido. Es decir, los ilícitos típicos son las conductas o actos opuestos a una regla de derecho. Se entiende «ilícito» en el sentido más amplio, esto es, como antijurídico o ilegal y no necesariamente como delictual. Sin embargo, también existen ilícitos atípicos. Manuel Atienza explica que « [...] Los ilícitos atípicos, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: *prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo - y en razón de su oposición a algún principio o principios-, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita. Esto es, abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder [...]»²⁰.

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

Al respecto, el abuso o desviación de poder²¹ es creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés, como reacción al formalismo excesivo del derecho público y con el fin de someter los actos administrativos discrecionales al control judicial. Se ha llegado a sostener incluso que precisamente el eje central del derecho administrativo es el control de la discrecionalidad. Al respecto, García de Enterría señala lo siguiente:

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

[...] será justamente en la III República cuando se asiente y se desarrolle de forma espectacular el excès de pouvoir, que dará plena madurez al Derecho Administrativo y que impulsará resueltamente al juez contencioso a extender su control sobre las decisiones de la administración.

Desde 1872 hasta hoy mismo los poderes del juez, su instrumentario técnico de análisis de la validez de los actos discrecionales, la extensión de sus poderes de control sobre los actos de la Administración, no han hecho sino incrementarse, y hay que decir que la tendencia continúa [...]»²²

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

Por último, es importante recalcar que el uso de la norma que confiere poder, el cual está permitido por una regla regulativa, genera un resultado institucional o cambio normativo, bien sea un contrato, un acto administrativo o una ley²³. En esos términos, al tratarse de un «ilícito atípico» provoca un daño, consistente en el agravio o amenaza de derechos e intereses colectivos. Una característica importante del citado daño, es el de ser indirecto o mediato.

Por su parte, el Consejo de Estado ha efectuado el análisis sobre la desviación de poder, desde esta misma óptica. Veamos la parte pertinente:

«[...] A su turno, la desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse²⁴.

De igual forma, ha advertido esta Sala que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar²⁵. [...]»

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

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

«[...] demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma.[...]»²⁶

Declaratoria de insubsistencia del cargo desempeñado por la demandante

En virtud de los precedentes razonamientos y de cara al *sub lite*, en el presente caso, no está en discusión que el cargo denominado jefe de comercialización del transporte adscrito a la Gerencia Comercial y Social de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, que

desempeñaba la demandante es de libre nombramiento y remoción, como quedó analizado anteriormente.

Ahora bien, del material probatorio allegado, se advierte que la Resolución 6757 del 2 de abril de 2013, visible a folio 19, por la cual la administración ordenó el retiro del servicio de la demandante, no contiene motivación respecto de los supuestos de hecho y de derecho, pues solo se plasmó que era en uso de las atribuciones legales y estatutarias. En este sentido, al ser un cargo de libre nombramiento y remoción conlleva que el acto de insubsistencia no debe contener una motivación expresa porque se presume fundamentado en el mejoramiento del servicio y el interés general.

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

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

Documentales

-. La señora Ángela María Patiño García, tuvo los siguientes nombramientos en la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada (folios 22 a 36):

a) Mediante Resolución 423 del 13 de enero de 1989 en el cargo de revisora I.

b) Mediante Oficio de fecha 25 de septiembre de 1995, se le informó el nombramiento como analista de control interno.

c) A través de Resolución 2996 del 3 de junio de 2003, se le asignaron responsabilidades de asesoría en gestión, mientras duraban las vacaciones del titular.

d) Por medio de Resolución 3375 del 16 de julio de 2005 se le otorgaron funciones del proceso de comercialización del negocio esencial de la gerencia de mercadeo.

e) En la Resolución 3499 del 5 de noviembre de 2004 se le nombró a la demandante como jefe del proceso de comercialización del negocio esencial de la gerencia de mercadeo. Posesionada el 25 de noviembre de 2004.

f) Conforme se observa en las Resoluciones 3910 del 29 de diciembre de 2005 y 3550 del 31 de diciembre de 2004, se le encargó como gerente de mercadeo, durante el tiempo que duraban las vacaciones del titular.

g) A través de la Resolución 4867 del 28 de marzo de 2008, se le encargó como gerente de la gerencia comercial y social.

h) Mediante Resolución 6899 del 12 de agosto de 2013, se le asignaron responsabilidades como jefe de área de comercialización del transporte.

-. En igual sentido, se aportó el Oficio 410000003671 del 5 de agosto de 2014 (folios 373 a 387), expedido por el jefe de Gestión del Talento Humano de la entidad demandada, certificó que la señora Ángela María estuvo vinculada a Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá

Limitada, desde el 28 de julio de 1986 hasta el 3 de abril de 2013, que durante su vinculación ocupó los siguientes cargos:

- a) Auxiliar de revisoría entre el 28 de julio de 1986 al 24 de septiembre de 1995.
- b) Analista control interno desde el 25 de septiembre de 1995 hasta el 15 de julio de 2004.
- c) Jefe de comercialización del negocio esencial, en calidad de asignación de responsabilidades del 16 de julio de 2004 al 24 de noviembre de 2004.
- d) Jefe de comercialización del negocio esencial, titular, entre el 25 de noviembre de 2004 al 31 de mayo de 2007.
- e) Gerente de mercadeo, en calidad de encargo, desde el 28 de marzo de 2008 hasta el 13 de abril de 2008.
- f) Jefe de comercialización de transporte, titular, del 1.º de junio de 2007 al 3 de abril de 2013.

- Por medio de Resolución 6757 del 2 de abril de 2013, el gerente general de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, declaró insubsistente a la señora Ángela María Patiño García, en el cargo jefe de área de comercialización de transporte, adscrito a la gerencia comercial y social (folios 19 y 77).

- Igualmente, se advierte fallo de primera instancia de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada del 15 de junio del 2012, mediante el cual se le impuso sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por 5 meses entre otros, a la señora Ángela María Patiño García (folios 409 a 494).

- A través de Resolución 6508 del 6 de septiembre de 2012, la cual el gerente general de la empresa demandada, revocó parcialmente la decisión de primera instancia y redujo la suspensión de la señora Ángela María a 3 meses (folios 495 a 553).

- También se allegó el auto admisorio por parte del Juzgado Noveno Administrativo Oral de Medellín de fecha 10 de mayo de 2013, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por la señora Patiño García en contra de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, así como la constancia de conciliación extrajudicial, en los cuales se evidencia que la aquí demandante deprecó la nulidad de los fallos disciplinarios que la suspendieron en el ejercicio del cargo (folios 600, 601 y 612).

- De igual forma, se aportó copia de la propuesta de reajuste a la estructura administrativa de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada (folios 83 a 123), que fue estudiada por la junta directiva el 22 de mayo de 2013.

- Asimismo, se observa copia de la Resolución 138 del 6 de junio de 2013 y el respectivo anexo, mediante la cual se modificó la estructura administrativa y se adicionó la planta de personal de la entidad demandada (folios 78 a 81), en la cual se advierte que el cargo que desempeñaba la demandante al momento de su retiro, fue suprimido, así:

Estructura administrativa del área de gerencia comercial y social (folios 92 y 101)

Al momento del retiro de la demandante Después de la modificación con la Resolución 138 del 6 de junio de 2013

1. Denominación: Gerencia comercial y social, 1. Denominación: Gerencia Social y de servicio al cliente

2. Cargos: i) comercialización del transporte, ii) comercialización de negocios asociados y; iii) gestión social y de servicio al cliente. 2. Cargos: i) gestión social, ii) servicio al cliente

Se encuentra que mediante Resolución 6899 del 12 de agosto de 2013, por la cual se asignaron responsabilidades del cargo de jefe de área de comercialización del transporte a la señora Ana Lucía Huertas Palacio (folio 389).

- De igual forma, se arrimó al plenario la Resolución 6968 del 10 de octubre de 2013, por la cual se asignaron unos cupos y se ubicó al personal de la planta global de la empresa Metro de Medellín Ltda. (folios 257 a 321).

- Se observan las Resoluciones JD 094 del 189 de abril de 2002, JD 095 del 18 de abril de 2002 y JD 096 del 1.º de agosto de 2002, por medio de las cuales la junta directiva de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada modificó su estructura administrativa e instituyó el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de la entidad, así como la respectiva escritura pública en la cual se inscribió la respectiva reforma (folios 330 a 354 vto.).

Interrogatorio de parte rendido por Ángela María Patiño García

«[...] Preguntado: ¿dígame al despacho si usted trabajó y bajo su mando estuvieron los profesionales Juan David Parra Rodríguez y Ana Lucía Huertas Palacio? Contestó: sí estuvieron bajo mi mando. Preguntado: ¿durante cuánto tiempo? Contestó: Juan David estuvo más o menos desde que yo llegué, año 2004 hasta el 2012; Ana Lucía más o menos año 2009 hasta la fecha en que me declararon insubsistente. Preguntado: ¿recordándole que se encuentra bajo la gravedad de juramento, podría informarle al despacho por favor, si durante ese tiempo, sí o no tuvo alguna queja sobre el rendimiento o sobre las calidades profesionales, académicas y personales de los citados profesionales? Contestó: no. Preguntado: ¿su desempeño fue óptimo? Contestó: de ellos sí. Preguntado: ¿dígame al despacho sí o no conoció usted al señor Edison David Ramírez? Contestó: sí. Preguntado: ¿En razón de qué lo conoció? Contestó: fue un subalterno mío. Preguntado: ¿qué le correspondía realizar al señor Edison David? Contestó: tenía varias responsabilidades a su cargo, un tema con los transportadores, todo el manejo de información de usuarios de la empresa, adelantar el proyecto de la recarga externa cívica y en su momento también, estar al frente del proyecto que se llamaba la estructuración del Sistema Integrado de Transporte del Valle de Aburrá Preguntado: ¿indique al despacho, qué le correspondía a usted realizar y en caso afirmativo si le correspondía o no realizar controle y verificaciones a los procesos que adelantaban sus subalternos en virtud de la suscripción de la alianzas comerciales con los transportadores que se integraban al Metro de Medellín en las rutas que denominamos Sistema Integrado de Transporte? Contestó: según lo establecido en el sistema integral de gestión de la empresa y que reposa en el sistema ARIS, mis responsabilidades básicas estaban centradas en la definición de estrategias de mercadeo y llevar a cabo esas estrategias del mercadeo, con el objetivo de buscar el incremento, mantenimiento de usuarios en el sistema metro, los resultados digamos de esos procesos eran las firmas de alianzas con distintos entes o entidades comerciales públicas, eran convenios de tipo comercial para desarrollar distintas estrategias, cómo qué, cómo cuáles, como la de definir implementar puntos de venta distintos a la taquillas metro, también estructurar y llevar a cabo campañas publicitarias, campañas también que presentaran beneficios a los usuarios y también promover la firma de convenios con los transportadores, luego de que la autoridad de transporte autorizara la integración de rutas al sistema. Como bien lo dice en las cadenas de valor hay una serie de controles implementados y definidos en el sistema ARIS y se verificaba y se hacía seguimiento a la implementación de todos esos convenios. Preguntado: ¿podría informar al despacho sí o no, le correspondía al área bajo su cargo realizar la facturación de los tiquetes que ustedes vendían en virtud de las alianzas comerciales que ustedes tenían con los transportadores? Contestó: ese profesional tenía a cargo la facturación de dos servicios en el metro, lo que era el servicio de publicidad, el servicio inmobiliario y la venta de tiquetes integrados. Preguntado: ¿usted recuerda, podría informar al despacho para efectos de ilustración, por qué fue despedido el señor Edison David Ramírez de la empresa? Contestó: el señor Edison David Ramírez fue despedido porque se detectó que había incumplido una serie de instrucciones que habían dentro de esa cadena de valor: una, pedir tiquetes directamente a la tesorería cuando la instrucción por parte de la tesorera a personal de la codificadora, eran entregar esos tiquetes directamente a la caja de la empresa y otra, que omitió hacer facturas o anuló facturas sin el

debido permiso. Preguntado: ¿usted fue sujeto de dos trámites disciplinarios en la Empresa de Transporte Masivo en el Valle de Aburrá, el trámite con radicado 013 del 2011 y el trámite con radicado 018 del 2011, en el trámite 013 del 2011 se le impuso una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 3 meses, posteriormente, en el trámite 018 del 2011, y de 5 meses se rebajó la sanción si no estoy mal? Contestó: fueron procesos, el 018 del 2011 donde se impuso una sanción de 2 meses, esa sanción no fue modificada, quedó en firme en segunda instancia, La sanción del proceso 013 que fue posterior, se impuso inicialmente una sanción de 5 meses que luego fue rebajada a 3 meses. [...]». Finalmente, agregó que en los procesos disciplinarios que se le adelantaron se le impusieron unas obligaciones que en el manual de funciones no le correspondían y por ello había acudido a la jurisdicción contencioso administrativa a solicitar la nulidad del proceso 013. (Minuto 8:15 a 24:46 del cd visible a folio 397).

Testimoniales

Juan David Parra Rodríguez (jefe del servicio al cliente en la Empresa Metro de Medellín) En primer lugar, señaló que conoce a la demandante en razón a que fue su jefe y compañera entre los años 2004 a 2010, además que durante el tiempo que fue su subalterno su desempeño siempre estuvo calificado como bueno y excelente:

«[...] Preguntado: ¿usted ocupó por alguna circunstancia y durante algún tiempo el cargo de jefe de comercialización del transporte, indíqueme al despacho durante cuánto tiempo lo ocupó y en razón de qué, si en razón a la suspensión de la doctora Ángela María Cunado fue declarada insubsistente, precísele al despacho de manera cronológica esos datos? Contestó: pues para ser preciso, yo estuve encargado del área de comercialización del transporte como jefe asignado en dos ocasiones, durante creo que la sanción disciplinaria, no puedo concretar bien el término jurídico, pero en dos oportunidades, un primer periodo alrededor de 60 días y posteriormente, en un periodo fue alrededor de 3 meses creo, pero no estoy muy seguro de la fecha, es ese momento suplí durante su ausencia ese cargo como jefe de comercialización del transporte asignado. Preguntado: ¿indíqueme al despacho si durante el tiempo en que usted estuvo asignado de las responsabilidades de la jefatura de comercialización del transporte, sus superiores, dígame el gerente general, la secretaria general, el entonces gerente comercial y social de la época tuvieron alguna observación a su desempeño como jefe del área de comercialización del transporte o si por el contrario, su desempeño fue óptimo en las labores y responsabilidades que le fueron asignadas como jefe fueron cabalmente cumplidas. Contestó: no hubo ninguna observación y considero que las funciones fueron cumplidas dentro de los requisitos y dentro de lo exigido. Preguntado: ¿la señora apoderada de la demandante afirma que durante el término de la suspensión y el tiempo durante el cual estuvo vacante el cargo, el servicio encomendado a ella como jefe de comercialización del transporte se vio afectado, en tanto la asignación de responsabilidades a usted y a la señora Huertas Palacio, no arrojó los resultados que la administración pública se supone que debe arrojar, en virtud del cumplimiento de los principios de la función pública constitucionales, indíqueme al despacho si durante el tiempo que usted estuvo como asignado de las responsabilidades se realizaron algunas mejoras, se realizaron seguimientos, se realizaron las funciones que ella como jefe dejó de cumplir en el tema de los tiquetes transportadores y afirmele al despacho si usted tuvo conocimiento, de que efectivamente los transportadores dieron a conocer que existían problemas e irregularidades en el despacho y en la facturación de los tiquetes integrados del Metro de Medellín? Contestó: con relación al tema, yo creo que eso implicó una sobrecarga laboral, pues demandar un poco más de esfuerzo para desempeñar dos cargos simultáneamente, con un énfasis muy en el tema de la regulación del transporte, durante el tiempo que estuve desempeñando la asignación se lograron implementar algunas mejoras que fueron producto de las actividades realizadas por Ángela en su momento y que se logró consolidar, adicionalmente, en mi caso como jefe asignado solicité un acompañamiento del área de asesoría en gestión con el fin de tener un mejor conocimiento, un mejor aprovechamiento de los recursos y de los puntos de control necesarios para el desempeño de mi labor. Con relación (sic), yo creo que ahí dentro del proceso pues yo realmente no estoy muy claro del proceso administrativo o del proceso que tiene la empresa con Ángela, pero dentro de esas fases se lograron implementar mejoras que se fueron construyendo a nivel de empresa y que se pudieron afianzar. Frente al tema de los transportadores pues realmente, formalmente no tuve conocimiento de eso, simplemente por algunos comentarios externos pero no oficiales [...] Preguntado: ¿durante el tiempo en que usted estuvo asignado, hubo algún tipo de problema como el que se venía presentando que tenía que ver con el fraude que se venía arremetiendo contra los señores por parte de los señores Edison David Ramírez y el señor Jhon Alexander Acevedo Quintero? Contestó: durante mi tiempo los señores ya no estaban laborando para el metro y no tengo conocimiento de ninguna novedad. Preguntado: ¿es decir que durante su designación no hubo ningún problema en cuanto al manejo de los tiquetes integrados, sí o no? Contestó: no. [...] Preguntado: ¿indíqueme por favor al despacho, si usted ha sido sujeto de algún evento disciplinario en la organización o si ha tenido algún inconveniente y, si lo recuerda, cuáles han sido sus últimas evaluaciones del desempeño durante estos últimos años, en particular durante el año en que usted o durante el periodo en que usted estuvo asignado como jefe de comercialización del transporte. Contestó: no he tenido ningún proceso disciplinario y la última evaluación de desempeño creo que está por un nivel de excelente, creo que 866 puntos pero no tengo la cifra exacta. Preguntado: ¿y finalmente indíqueme al despacho por favor, si usted es conocedor de que el cargo de jefe de comercialización del transporte en la Empresa Metro de Medellín Limitada sigue vigente o ha desaparecido? Contestó: ese cargo fue suprimido con una adecuación de la estructura administrativa. Preguntado: ¿recuerda usted o supo o conoció las razones que tuvo la administración para proceder con la supresión de ese cargo y de esa área en particular? Contestó: pues básicamente es por el crecimiento de la empresa y por algunas definiciones estratégicas frente a temas de comercialización y frente a temas de mercadeo, que fueron algunas actividades eliminadas o suprimidas y que fueron distribuidos algunos temas con enfoque del servicio al cliente, fidelización y otros temas con comunicación y publicidad. [...] Preguntado: ¿inforáme al despacho si conoce cuál es la razón por la cual la gerencia del Metro de Medellín, no lo nombró a usted en propiedad a partir del momento en que el cargo que ocupaba la demandante quedó vacante, teniendo en cuenta que ya usted lo había

ocupado y que fue la persona que finalmente vino a reemplazarla? Contestó: no conozco los motivos. [...] Preguntado: ¿cómo le pareció el desempeño de la demandante laboralmente hablando? Contestó: yo creo doctora que tuve muy buena empatía con ella y muy buena relación, siempre hubo un entendimiento mutuo en las actividades que desarrollábamos o lo que ella me asignaba y estaba bajo mi responsabilidad. Preguntado: ¿y ella en relación con los otros servidores que tenía a su cargo, qué trato, qué manejo, cómo hacía el control de las actividades de los demás lo cumplía o no lo cumplía? Contestó: frente al trato, siempre hubo un trato muy equitativo y muy acorde pues con todos y su estilo, pues su método de control siempre lo ejercía con cada uno. [...] Preguntado: ¿a partir del retiro de la demandante actividades como las que ella había propuesto en el área se siguieron desarrollando o no se siguieron desarrollando? Contestó: digamos que hasta el último momento que existió la comercialización del transporte se ejecutaron estrategias de mercadeo y actividades que venían de tiempo atrás, hay algunas estrategias que continuaron y después con la adecuación de la estructura eso se redefinió, algunas se dejaron de ejecutar y otras simplemente se eliminaron ya por el objeto de la nueva área en que estamos. Preguntado: ¿nunca porque las propuestas que la demandante hubiera hecho no fueran las razonables o las adecuadas para la debida gestión que le correspondía en el cargo? Contestó: en esa revisión estratégica que hizo la empresa algunas definiciones o algunas estrategias quedaron en stand by hasta que se hiciera la adecuación administrativa, pero también, al área de comercialización del transporte al sufrir una disminución del número de personas también se priorizaron actividades porque algunas vacantes no fueron suplidas. [...]» (Minuto 27:10 a 46: 56 del cd visible a folio 397).

Jorge Mario Tobón González (gerente social y de servicio al cliente del Metro de Medellín Limitada), quien al ser indagado sobre las razones que conocía respecto de la declaratoria de insubsistencia de la demandante, manifestó que en ese entonces era gerente administrativo y en razón de ello, gestionaba todos los actos administrativos para que fueran firmados por la persona responsable, en este caso el gerente, además señaló:

«[...] En abril del año pasado se tomó la decisión de la insubsistencia por parte de la alta dirección, motivado básicamente por la supresión del cargo del área de comercialización del transporte que estaba en curso, desde el año 2012 se venía gestionando al interior de la empresa una adecuación de estructura administrativa, adecuación que se había empezado a presentar a la comisión de junta directiva de recursos humanos y había sido discutida ampliamente por el comité de gerencia. En esa adecuación de estructura, las modificaciones tuvieron que ver con requerimientos que tenía la organización de adecuarse a la dinámica misma que tenía la empresa [...] Preguntado: ¿indíqueme al despacho si lo recuerda, cuáles fueron las razones por las cuales la empresa de transporte masivo del Valle de Aburrá decidió suprimir el área de comercialización del transporte con la respectiva jefatura y en su lugar, establecer en la gerencia social y de servicio al cliente, el área de servicio al cliente y el área de gestión social? Contestó: el área de comercialización del transporte tal como estaba concebida tenía como propósito primordial equilibrar el volumen de usuarios del sistema de transporte e incrementar la participación en el mercado que tenía el sistema metro con todas sus líneas para la movilidad, no solo en el transporte público de la región sino en general la movilidad en su totalidad en la región (sic), inclusive motivando, promoviendo que el usuario del vehículo particular entrara a utilizar el sistema metro, los sistemas de cable y posteriormente el sistema de buses que fue delegado por la Alcaldía de Medellín para la operación de la empresa, esa era, digamos la función principal. Esta era un área que funcionó durante unos años y dentro de las muchas conclusiones a las cuales se llegaba, en la misma área de comercialización de transporte que fueron discutidas en la formulación del plan maestro en el año 2005, la cual también tuve la oportunidad de liderar se identificaba claramente por la doctora Ángela y por las personas, el gerente comercial y social del momento y las personas que estaban en esta área, que la única manera de incrementar usuarios en el sistema, o las únicas maneras estaban asociadas a dos estrategias: la primera era fomentar la reestructuración del transporte público de la región, y la segunda, tener una mayor cobertura del sistema, construyendo proyectos de expansión [...] lo que tenía que ver con servicio al cliente, se identificó que como estaba concebido en la estructura anterior, antes de la reestructuración administrativa del año 2013, no nos estaba dando los resultados [...] por lo que se decidió crear una gerencia del servicio al cliente en donde se trabajara con una dinámica distinta para mejorar la calidad en la prestación del servicio y es lo que estamos haciendo en este momento y lo que tenía que ver con comercialización del transporte se venía gestionando y era como la razón de ser del área de comercialización del transporte, se realizaba a través de unas alianzas comerciales con los transportadores [...]. Preguntado: ¿sírvase indicar al despacho durante cuánto tiempo se venía pensando en la reestructuración a la que usted ha hecho mención, en qué mes fue aprobada por la junta y en qué mes fue ejecutada por gerencia de la empresa de transporte masivo de Valle de Aburrá. Contestó: la adecuación de la estructura administrativa fue algo que se empezó a gestar del mes de julio o agosto del año 2012, los primeros esbozos fueron trazados por la gerencia administrativa, discutidos por el comité de gerencia, presentados al gerente general y se empezaron a discutir a principios del año 2013, con la comisión de junta directiva para asuntos de recursos humanos, comisión que fue delegada por la junta directiva para que hiciera un análisis profundo de adecuación de estructura administrativa, a ellos se les presentaron tal vez en dos versiones [...] para que ellos validaran la estructura de adecuación administrativa, que quiero hacer relación no solo consistió en la supresión del cargo del área de comercialización del transporte, esto incluyó una adecuación muy de fondo de lo que es la estructura administrativa de la empresa, que involucró una dinámica grande creando nuevas áreas, modificando gerencias, por ejemplo la gerencia comercial y social fue convertida en una dirección de negocios asociados enfocada solo a los negocios conexos de la empresa, las responsabilidades sociales pasaron a la gerencia social y de servicio al cliente [...] por lo que en comisión de junta para retomar la pregunta, se discutió entre febrero y marzo la última versión y se llevó a junta directiva del mes de mayo del año 2013 donde fue aprobada y fue implementada con un acto administrativo del gerente general en el mes de octubre del año 2013. Preguntado: ¿quiere decir ello entonces, que el interregno que se sucedió durante la desvinculación de la señora Patiño García y la adopción de la adecuación administrativa por parte de la junta directiva fue alrededor de 1 mes? Contestó: tal vez mes y 10 días, más o menos, no recuerdo la fecha exacta [...] Preguntado: ¿la señora apoderada de la señora Patiño García se duele en su demanda y en las preguntas que ha elaborado de por qué no se nombró en propiedad a una persona en el cargo de comercialización del transporte, una vez la doctora Patiño García fue desvinculada del servicio, yo quisiera que en calidad de gerente administrativo que usted desempeñó durante

casi 7 años si no estoy mal, indique al despacho las razones por las cuales la administración del metro consideró inútil, por demás inoportuno, nombrar a alguien en un cargo que era evidente que iba a desaparecer. Contestó: [...] en donde este cargo iba a desaparecer de la empresa, nombrar en propiedad en ese cargo no tenía sentido alguno entendiendo que la modificación de la estructura ya iba con una validez grande [...] entonces no tenía sentido nombrar en propiedad en un cargo que iba de salida y por esa razón no se tomó esa decisión de nombrar en propiedad a una persona en el cargo. Preguntado: ¿recordaría en ese mismo sentido y atendiendo esa circunstancia tan especial que menciona, en cabeza de quién quedaron las responsabilidades de la jefatura de la comercialización del transporte durante el corto tiempo de vida que le quedaba a ese cargo? Contestó: sí, recuerdo que pasaron por ese cargo en calidad de asignadas dos personas de las mejores calidades humanas y profesionales, una de ellas la profesional Ana Lucía Huertas quien había trabajado muy de la mano con la doctora Ángela en comercialización del transporte, yo me atrevería a decir que dentro del grupo de trabajo que tenía la doctora Ángela era la persona más conocedora de la dinámica que tenía ese cargo que tenía que seguir funcionando hasta que desapareciera [...] y posteriormente, se le asignaron a Juan David Parra que ocupaba el cargo de coordinador de procesos de la existente gerente comercial y social, era como el brazo derecho del gerente comercial y social, era además una persona de las más altas calidades humanas y profesionales, con este no estoy diciendo que no lo fuera la doctora Ángela [...] eran las personas, más formadas, más conocedoras, más competentes para ocupar en calidad de asignados este cargo [...]» (Minuto 1:54 a 1:24,11 del cd visible a folio 398).

Ana Lucía Huertas Palacio fue encargada del cargo que desempeñaba la demandante, subalterna de la señora Ángela María, quien manifestó que durante el tiempo que estuvo encargada de la gerencia comercial, se lograron la mayoría de los objetivos, de igual forma señaló:

«[...] Preguntado: ¿volviendo al tema del encargo de la jefatura de comercialización del transporte, podría indicar al despacho con precisión, durante cuántas veces fue encargada usted? Contestó: si mal no recuerdo, tres o dos, no recuerdo muy bien creo que fueron dos o tres. Preguntado: ¿manifestó usted al despacho, que también estuvo encargada de la entonces gerencia comercial y social de la Empresa Mero, sírvase indicar al despacho por qué termino estuvo usted encargada de esa gerencia? Contestó: más o menos mes y medio. Preguntado: ¿y en razón de qué estuvo encargada? Contestó: de las vacaciones del gerente comercial y social. Preguntado: ¿indíqueme al despacho si durante ese mes de trabajo encargada de la gerencia comercial y social su desempeño fue reconocido por el gerente general y los demás miembros del comité de gerencia e incluso por otros compañeros que vieron en usted un muy buen desempeño, si tuvo alguna manifestación de respaldo o le fue bien durante ese encargo? Contestó: manifestaciones sí, a mis compañeros les gusto como el encargo en ese momento y pues por parte de los gerentes pues sí hubo como comentarios también positivos. Preguntado: ¿indíqueme al despacho si se lograron o no los objetivos que le fueron entregados a usted durante el encargo durante las vacaciones del titular y su encargo (sic) como gerente comercial y social? Contestó: Sí la mayoría se lograron, pues algunos ya por temas de tiempo o sea por temas de que había esperar a que el gerente llegara y él ya continuaba como con lo que había que hacer, pero sí se lograron algunos de los que se había encomendado. Preguntado: ¿volviendo al tema de la jefatura de comercialización del transporte, podría indicarle con precisión durante cuántas veces fue encargada usted de ese cargo? Contestó: si mal no recuerdo 3 o 2, pues no recuerdo en este momento muy bien. Preguntado: ¿y más o menos el periodo de tiempo (sic) en el que estuvo usted encargada de ese cargo, fue de cuánto? Contestó: juntando todos los periodos más o menos, pues por ahí unos 4 o 5 meses, pero no fueron juntos, fueron como por épocas. Preguntado: ¿indíqueme al despacho si usted es conocedora de una reestructuración administrativa que se llevó a cabo en la Empresa Metro de Medellín? Contestó: sí la conozco. Preguntado: ¿podría indicarle al despacho más o menos en qué fecha esa reestructuración administrativa se llevó a cabo y en los momentos en que empezó a implementarse? Contestó: pues yo la fecha de cuándo se llevó a cabo si no la conozco muy bien porque entiendo que eso fue más a nivel directivo, la implementación como tal fue más o menos a partir de octubre o noviembre del año pasado. Preguntado: ¿podría indicarle al despacho qué cargo empezó a ocupar usted una vez se implementó la reestructuración administrativa? Contestó: profesional I de servicio al cliente, adscrito a la gerencia social y de servicio al cliente. Preguntado: ¿quiere decir ello, que la gerencia comercial y social ya no existía? Contestó: sí ya no, se separó. Preguntado: ¿y con ello podría afirmarle al despacho sí o no, si el área de comercialización del transporte desapareció con esa reestructuración? Contestó sí esa área desapareció. Preguntado: ¿qué funciones acomete usted ahora en su nuevo cargo y quiénes son sus jefes directos? Contestó: las actividades que yo realizo son actividades de cara al servicio al cliente y a los usuarios, básicamente a temas de mejorar canales de recaudo de la tarjeta cívica, mi jefe actual directo es el jefe de servicio al cliente Juan David Parra Rodríguez y ya el jefe de la gerencia como tal es Jorge Mario Tobón González, el gerente social y de servicio al cliente. Preguntado: ¿el señor Juan David Parra estuvo en diligencia pasada sirviendo también su testimonio en este mismo caso, podría indicarle al despacho si él fue también a su vez en algún momento encargado de la entonces jefatura que desempeñaba la señora Ángela María Patiño? Contestó: sí, fue encargado. Preguntado: ¿y podría informar al despacho con qué resultados o de qué manera fue ejercido el encargo durante las veces que él estuvo encargado (sic)? Contestó: él lo ejerció bien, hacíamos todo lo que podíamos, porque igual era también mucho trabajo. Preguntado: ¿señora Ana Lucía, indíqueme al despacho si en su consideración como trabajadora de la Empresa Metro de Medellín, ha notado o no mejoría en el servicio a partir de la implementación de la reestructuración administrativa y de la creación de la gerencia social y de servicio al cliente con su área respectiva de servicio al cliente? Contestó: pues digamos que a nivel de empleada para mí fue un cambio como tal de gerencia con las actividades que yo vengo realizando, ya el mejoramiento como tal es más un tema de percepción de los usuarios, que los usuarios vean que sí se están haciendo cosas por ellos de cara al servicio. Preguntado: ¿pero a nivel organizacional señora Ana Lucía, podría indicarle al despacho si las cosas a raíz de la implementación de esa reestructuración en la empresa cambiaron, se volvieron más ágiles etc? Contestó: para el caso de nosotros sí son más ágiles. Preguntado: ¿es decir que a partir de esa reestructuración señora Ana Lucía, usted podría decir sí o no que el servicio de la empresa en esas área específicas fue mejorado? Contestó: como ya se lo dije, en la cuestión de servicio al cliente sí ha mejorado actividades que había que realizar, de otras áreas inclusive. Preguntado: ¿indíqueme al despacho si conoció usted al señor Edison David Ramírez? Contestó: sí lo conocí. Preguntado: ¿en razón de qué lo conoció? Contestó: de que era mi compañero de trabajo en el área de comercialización del transporte. Preguntado: ¿conoció usted las razones por las

cuales fue desvinculado de la empresa? Contestó: sí Preguntado: ¿podría indicárselas al despacho? Contestó: pues las razones que entiendo fue por unos faltantes de unos tiquetes de transportadores Preguntado: ¿era el señor Edison David Ramírez subalterno de la señora Patiño? Contestó: sí. Preguntado: ¿qué responsabilidades como jefe directa tenía sobre ustedes la señora Ángela María Patiño García? Contestó: pues las responsabilidades de ella como jefe era guiarnos pues a las actividades que debíamos desarrollar cada uno de acuerdo pues (sic) a las responsabilidades del cargo de cada uno, ella nos direccionada. [...] Preguntado: ¿quién autoriza los desembolsos en el Metro de Medellín? Contestó: pue es que eso es una cadena, varias personas y sobre todo jefes intervienen en el proceso de liberación. Preguntado: ¿las liquidaciones en el tema de conciliación, cómo opera ese manejo dentro de la empresa? Contestó: pues hasta donde yo entiendo el proceso como tal y las veces pues que yo incluso lo hice porque yo en algunas vacaciones también debí hacer ese proceso no de jefe sino de P1, uno recibía un correo de un área que en ese momento de [... ilegible...] ingresos donde informaba que ya estaban conciliados los puntos de venta y que podíamos liquidar y ya con ese correo, uno en SAP empezaba a generar la información que el sistema entregaba y ya hacía las liquidaciones y las revisaba ya se las pasaba al jefe para que el jefe ya fuera el que revisara. Preguntado: ¿Es decir, que para hacer la conciliación interviene primero el área financiera? Contestó: sí señora. Preguntado: ¿y luego qué funcionario o qué área entra a intervenir? Contestó: ya en ese momento comercialización del transporte. Preguntado: ¿o sea que la actuación de la demandante dependía en esa cadena de lo que hiciera en área financiera? Contestó: o sea era un insumo para que ella pudiera seguir, sí. Preguntado: ¿infórmele al despacho, qué fue lo que usted conoció o qué fue lo que se comentó en los días siguientes a la desvinculación de la demandante? Contestó: yo como dije al principio yo hablaba mucho con ella, pues como jefe ella y yo tenemos buen relación, hablábamos mucho y realmente cuando fue la desvinculación lo que pasa es que estábamos en una reunión y ella salió de la reunión y cuando salió nos dijo que la habían desvinculado, pero digamos que eso fue lo que se habló en ese momento. Preguntado: ¿habló también usted de unos objetivos que mientras usted estuvo encargada de esa área se lograron en un espacio de un mes del área de gerente y de comercialización? Contestó: del área de comercialización había que seguir con el trabajo, sobre todo con el tema de transportadores porque eso es un tema que de cara a los usuarios eso no se puede parar porque no podemos afectar el usuario que es la razón de ser de nosotros, eso había que seguirlo haciendo y eso se hacía, como otras actividades que también tenían que irse desarrollando, ya a nivel de gerencia unos temas de unos contratos que había que sacar, unos temas de unas consultorías con Bogotá, y que también estuvo Juan David Parra encargado de la jefatura de negocios y asociado y que también obviamente fue un apoyo fundamental y por ello sacamos como todos esos temas. Preguntado: ¿esos fueron los objetivos a los que se refirió usted concretamente en respuesta anterior? Contestó: sí, algunos, pues es que habían más pero eso fue hace más de un año, no me acuerdo muy bien tampoco. Preguntado: ¿entre los programas que tenía el área de comercialización y transporte, mencione más bien cuáles eran los programas del área de comercialización y transporte que estaba en ejecución en la época de la demandante? Contestó: estaba el tema de transportados, había un programa que llamamos beneficio cívico, un tema de afluencia, un tema de unas campañas que nosotros hacíamos, un tema de puntos de recarga externa, estábamos trabajando en un tema de red externa de recarga, un programa que se llama turismetro, digamos que a grandes rasgos esas eran las actividades. Preguntado: ¿frente a esos programas la demandante era la que los gestó y la que propuso s ejecución? Contestó: digamos pues que hubo unos que ella propuso, otros eran de otros compañeros que también los proponía y ella, como yo lo he dicho nos direccionaba y nos acompañaba para el desarrollo de esos programas. Preguntado: ¿durante ese tiempo en que la demandante fue su jefe, cómo fue ese acompañamiento de ella, esa guía a la que usted se refirió en respuesta en que ella les servía a ustedes de guía en la ejecución de los programas? Contestó: pues yo hablo por mí y fue muy bueno. Preguntado: ¿la reestructuración a que fue sometida el área de comercialización del transporte, eso provino de qué gerencia, de la gerencia general o de alguna gerencia en particular, qué conoce usted sobre esa reestructuración? Contestó: yo para serle sincera no sé exactamente cuál fue la gerencia, sé que fue un tema más de comité de gerencia, pero yo no sabría pues si fue un gerente, una gerencia, no. Preguntado: ¿cuánto tiempo transcurrió entre la desvinculación de la demandante y el momento en que se implementó esa reestructuración o el resultado más bien de esa reestructuración? Contestó: si yo mal no recuerdo ella salió en abril y nosotros, como le digo, yo salí a vacaciones más o menos en octubre, fue en octubre más o menos (sic) que se implementó. Preguntado: ¿y sabe más o menos cuánto tiempo antes de la desvinculación de ella, se veía ya elaborando o trabajando en la reestructuración de esa área? Contestó: yo no sé exactamente hace cuánto, pero sí sé que se venía trabajando, después nos explicaron que eso se venía trabajando desde antes, pero pues yo no sé exactamente desde cuándo. Preguntado: ¿cuántas personas, después de la desvinculación de la demandante, ocuparon el cargo que ella tenía antes de que se modificara o desapareciera el cargo como jefe de área de comercialización y transporte? Contestó: la jefatura la asumió el gerente de ese momento comercial y social. Preguntado: ¿él al mismo tiempo ejercía las funciones propias de su cargo o estaba dedicado exclusivamente al área de comercialización y transporte? Contestó: A las dos a la gerencia y el área y también otra jefatura, la de negocios y asociados. [...] Preguntado: ¿las funciones que cumplía la demandante como jefe de comercialización desaparecieron totalmente del marco de las actividades del Metro de Medellín o fueron asignadas a otro cargo? Contestó: lo que pasa es que como hubo una adecuación, hubo unas actividades que como digo pues, o sea eso fue un cambio de estructura bastante fuerte, pues yo hay unas actividades que yo sigo realizando obviamente porque ya están enfocadas al tema del servicio, pero pues como decirle que todas las quitaron o hay unas diferentes, lo que pasa es que ahí hubo como una transición y hubo unos cambios que se dieron en esa jefatura. Preguntado: ¿usted como subalterna que fue de la demandante, cómo aprecia el servicio que ella le prestó al Metro de Medellín, cómo fue su desempeño o su conducta laboralmente hablando? Contestó: Bueno yo como les dije, la conocí desde el 2009, personalmente, y yo voy a hablar más lo que pasó conmigo más que ponerme a emitir juicios sobre el tema de la empresa, como lo he dicho, tuve muy buen direccionamiento, tuve muy buen acompañamiento como funcionaria que fui de ella. [...]» (Minuto 3:53 a 29:42 folio 404).

Conforme al material probatorio citado en precedencia, se observa que durante los más de 20 años que la demandante estuvo vinculada a la entidad desempeñó varios cargos, el último fue el de jefe de comercialización del transporte, además que se deduce la buena prestación del servicio, pues todos los testimonios son afines en señalar su buen ejercicio de las funciones a ella asignadas. Sin embargo, estos hechos no prueban un desmejoramiento del servicio con ocasión de su retiro y, mucho menos alcanzan para concluir que la insubsistencia de su nombramiento oculta fines distintos al buen servicio.

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

Cabe resaltar, que ninguno de los deponentes señaló que la declaratoria de insubsistencia obedeció, como se asegura en el libelo introductor y en el recurso de alzada, a la interposición por parte de la demandante del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos administrativos que la sancionaron disciplinariamente y, al efectuarse un análisis en conjunto de las pruebas allegadas al plenario, tampoco se advierte que las razones de su desvinculación hayan sido como represalia a la dicha actuación.

Además, se concluye que con el retiro de la señora Patiño García no se probó que se desmejoró el servicio, aunado al hecho de que respecto a las personas que asumieron las funciones durante el tiempo que el cargo continuó dentro de la planta de personal, no se argumentó que no cumplieran los requisitos mínimos, pues como además de los otros testigos, la misma demandante lo señaló en su declaración, los señores Juan David y Ana Lucía mientras trabajaron con ella, fueron excelentes profesionales y cumplieron con todas las responsabilidades a ellos encomendados, desempeño laboral que les sirvió para que les fueran otorgadas las funciones en calidad de encargo, durante el tiempo en que la demandante fue desvinculada y hasta que fue suprimido el empleo público, esto es, por aproximadamente 6 meses.

En este sentido, todos los testigos fueron coherentes en afirmar que durante el tiempo en que estuvieron encargados del empleo denominado jefe de comercialización del transporte, se cumplieron los objetivos que se habían inicialmente diseñado, continuaron con la implementación de las políticas trazadas y hasta se otorgaron felicitaciones por parte de los altos directivos de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, de modo que no puede predicarse una afectación en el servicio.

De otra parte, no es de recibo el argumento esgrimido por la parte demandante conforme el cual, en su criterio, es manifiesta la desviación de poder en el acto administrativo enjuiciado dado que el señor Jorge Mario Tobón González en su testimonio, afirmó que la señora Ángela María fue desvinculada porque se iba a suprimir el cargo, pues recuérdese que contrario al empleo de carrera, el de libre nombramiento y remoción no tiene fuero de estabilidad y, en todo caso, si aquél se hubiese eliminado de la planta de personal de la entidad, no tendría derecho a una reincorporación o una indemnización, pues como se ha sostenido la categoría del empleo de libre nombramiento y remoción, no posee los mismos derechos que aquél que ha superado un concurso y méritos y por tanto, tiene derechos de carrera.

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

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

- La naturaleza del empleo de jefe de comercialización del transporte de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, METRO DE MEDELLÍN LTDA, es de libre nombramiento y remoción.
- Las calidades profesionales y personales de la señora Ángela María Patiño García no le otorgaban fuero de estabilidad en el cargo.
- No se desmejoró el servicio, en razón a que no se demostró que la labor desarrollada por las personas encargadas de sus funciones,

desarrollaron las actividades en condiciones inferiores en las que se venía ejerciendo.

- No se demostró que la decisión de desvinculación obedeció a represalias, motivos de índole personal u otros distintos del mejoramiento del servicio, mucho menos lo que aduce la demandante que fue como consecuencia de haber interpuesto demanda del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos administrativos que le impusieron sanción disciplinaria.

Colofón de los razonamientos expuestos, se considera que el contenido del acto demandado cumple las exigencias de racionalidad, proporcionalidad y

razonabilidad de la decisión discrecional de retiro del servicio. Para desvirtuar dicha presunción, es a la parte demandante a quien le corresponde allegar todos los elementos probatorios tendientes a demostrar que la medida adoptada no tuvo dichas finalidades, lo que en el *sub lite* no ocurrió.

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

En conclusión: Con la declaratoria de insubsistencia de la señora Ángela María Patiño García en el cargo de jefe de comercialización del transporte, adscrito a la gerencia comercial y social de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, METRO DE MEDELLÍN LTDA, mediante Resolución 6757 del 2 de abril de 2013, no se demostró fines distintos al mejoramiento del servicio, por ende, no se puede predicar desviación de poder.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, toda vez que no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

De la condena en costas en segunda instancia

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez²⁷ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» -CCA- a uno «*objetivo valorativo*» -CPACA-.

b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la

Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁸, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, es procedente la condena en costas a la parte demandante al resultar vencida en esta instancia, toda vez que no prosperaron los argumentos del recurso de alzada y la entidad demandada intervino en sede de apelación. Las costas tendrán que ser liquidadas por el *a quo* conforme lo previsto en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia del 4 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, que denegó las pretensiones de la demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora Ángela María Patiño García contra la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, METRO DE MEDELLÍN LTDA.

Segundo: Condenar en costas en la segunda instancia a la señora Ángela María Patiño García y a favor de la demandada, las cuales serán liquidadas por el *a quo*.

Tercero: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa Justicia Siglo XXI y, ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Folios 355 a 357 vuelto.

2 Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

3 Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

4 Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.)

5 Folios 741 a 749 vuelto.

6 Folios 753 a 762.

7 Folios 778 a 788.

8 Folios 789 y 790.

9 Según la constancia secretarial visible a folio 791.

10 El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

11 Folio 373 a 387.

12 Folio 19.

13 Conforme con el Certificado de Existencia y Representación de la entidad visible de folios 39 a 43 y página web www.metrodemedellin.gov.co.

14 Folios 363 a 367.

15 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 15 de febrero de 2018. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Monsalve Radicación número: 05001- 23-31-000-2010-00420-01(3613-15).

16 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Radicación número: 63001-23-000-2010-00192-01 (2743-16).

17 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, número interno 3685-2013.

18 Sentencia T-372 de 2012 del 16 de mayo de 2012. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Referencia: expediente T-3.215.182.

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

20 Atienza, Manuel; Ruíz Manero, Juan. Ilícitos atípicos. Madrid, Trotta, 2000. pág. 27.

21 La desviación de poder es una especie dentro del género exceso de poder.

22 Eduardo García de Enterría; Democracia, jueces y control de la administración. Madrid, Marcial Pons, 4ed., 1998, pp. 31 y 36.

23 Atienza y otro. Ob. Cit. pág. 127.

24 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009), Actor: Silvio Elías Murillo Moreno.

25 *Ibidem*.

26 Sentencia del 23 de febrero de 2011; Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; expediente. 170012331000200301412 02(0734-10).

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

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

Fecha y hora de creación: 2024-09-26 22:49:13