



329

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 24 JUL. 2018

DEMANDANTE:	MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ
DEMANDADO:	E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA
REFERENCIA:	150013331014-2011-00121-02
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	INSUBSISTENCIA LIBRE NOMBRAMIENTO
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 2016, por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

#### 1.1. DEMANDA

##### 1.1.1. Declaraciones y condenas (fls. 2-3)

La señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, a través de apoderada, acudió a esta jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de que se declare la nulidad de la **Resolución No. 079 de 30 de diciembre de 2010**, mediante la cual la declaró insubsistente en el cargo de libre nombramiento y remoción que venía ocupando como Subgerente – código 090- grado 01 de la entidad.

Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada **i)** reintegrar al accionante en el mismo cargo que venía desempeñando en idénticas condiciones a las que tenía al momento de su ilegal desvinculación o en otro de igual o superior categoría; **ii)** se ordene el pago de los salarios, primas, bonificaciones, reajustes o aumentos de sueldos y demás factores salariales dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta que se produzca efectivamente su reintegro, con la correspondiente indexación; **iii)** que las sumas de dinero por este concepto se actualice a la fecha de la sentencia definitiva mediante la corrección monetaria; **iv)** que se ordene el cumplimiento de la sentencia en el término establecido en los artículos 176 y 177 del CCA; y **v)** que se condene en costas a la parte demandada.

### 1.1.2. Fundamentos fácticos (fls. 3-5 y 38-39<sup>1</sup>)

La apoderada de la parte actora, indicó que la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, fue nombrada mediante Resolución del 09 de abril de 2010, para desempeñar el cargo de Subgerente de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA, con código 090- grado 01, tomando posesión el 10 de abril de la misma anualidad.

Refirió que desde la fecha del nombramiento, hasta la fecha del retiro, la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, cumplió las funciones asignadas, sin recibir llamados de atención, ni investigaciones disciplinarias.

Señaló que el 19 de octubre de 2010, mediante la Resolución N° 637, el Señor Alcalde Municipal de Toca, aceptó la licencia de maternidad de la Gerente de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA, ANA YEEBY SÁNCHEZ PUENTES y mediante el Decreto N° 056 del 20 de octubre de 2010, se resolvió nombrar como Gerente encargada a CLAUDIA BIBIANA MORENO, por el término de 82 días.

Sostuvo que estando como Gerente encargada la señora CLAUDIA BIBIANA MORENO, se presentaron discrepancias personales entre la nombrada y la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, haciendo casi imposible una buena relación laboral, porque conocía de antemano la amistad personal con la Gerente nombrada en propiedad, nombramiento con el cual el Alcalde Municipal estuvo en desacuerdo fundado en diferencias personales y politiqueras (Sic), razón por la cual impetro demanda de nulidad y restablecimiento de conocimiento del Juzgado Séptimo Administrativo de Tunja, bajo el radicado N° 2008-00082 y con auto del 20/01/2010 el Tribunal Administrativo de Boyacá, declaró la nulidad de todo lo actuado, incluso de la providencia que ordenó la suspensión provisional del acto acusado.

Relató que con el fallo en contra del Municipio, las discrepancias se acrecentaron, por lo que fue aprovechada la licencia de la Gerente en propiedad, para decretar la insubsistencia del cargo de Subgerente a sabiendas que la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, era persona de mayor confianza de la Dra. SÁNCHEZ PUENTES.

Arguyó que el 30 de diciembre de 2010, de manera imprevista la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, fue citada en la Gerencia de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA, donde la gerente encargada le informo que en conversación con el Señor Alcalde Municipal de Toca, habían definido que debía presentar la renuncia al cargo de Subgerente que venía desempeñando desde el 10 de abril de 2010, siendo la única explicación dada.

Ante dicha orden impartida, indicó que la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, presento carta de renuncia, recibida por la Secretaria de la Gerencia el día 30 de diciembre de 2010 a las 10:00 a.m y 20 minutos después de radicada, le fue notificada la Resolución N° 079 del 30 de diciembre de 2010 "Por medio de la

<sup>1</sup> Adición de la demanda

cual se declara insubsistente un nombramiento de libre nombramiento y remoción de la E.S.E", acto que se convierte en el acusado.

Afirmó que aunque el cargo de Subgerente – código 090- grado 01, es de libre nombramiento y remoción según la planta de personal de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA y por tanto no pertenece al escalafón de los empleados de carrera administrativa, fue evidente que la decisión de insubsistencia no obedeció a razones de mejoramiento del servicio, sino a las discrepancias personales de la Gerente encargada con la Gerente titular, configurándose una desviación de poder y nulidad en el acto acusado.

Con la adiciones de la demanda, acotó que según el manual de funciones de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA, vigente para el momento de expedición del acto enjuiciado, se establecía que los requisitos para ocupar el cargo de Subgerente era: Estudios Universitarios en administración de empresas, ingeniería industrial, ingeniería de sistemas, contaduría pública o economía y experiencia de 2 años en instituciones que integren el sistema general de seguridad social y la persona quien reemplazo a la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, no acreditó la experiencia exigida, por lo que no puede tomarse como experiencia la relacionada con una delegación de funciones.

### **1.1.3. Fundamentos de derecho (fls. 6-9)**

Señaló la apoderada de la parte actora como fundamentos jurídicos los artículos 2, 6, 13, 25, 29, 53, 83, e la Constitución Política; los artículos 84 y 85 del C.C.A.; y los artículos 2 y 46 de la Ley 909 de 2004.

Discurrió que las disposiciones constitucionales se vulneran, pues si bien es cierto el cargo que ocupaba la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, es de libre nombramiento y remoción, también es cierto que de conformidad con las normas aplicables para la provisión de estos cargos, debe prevalecer las capacidades laborales, el mérito, la experiencia y la buena prestación del servicio que fue lo que se afectó al nombrar el remplazo de la demandante.

Indicó que con el proceder irregular del nominador se configuraron la causal señalada en el artículo 84 del C.C.A. de acuerdo al análisis de la doctrina, que permiten invocar la prosperidad de la nulidad del acto demandado, por la desviación de poder.

Sostuvo que la provisión de los empleos públicos, en todo caso, sin excepción de su forma de vinculación, deben sujetarse a la satisfacción de los intereses generales y de la efectividad en la prestación del servicio, por lo que el actuar de la Gerente encargada, no los atendió, conllevando la prelación de los intereses personales de ella y del Señor Alcalde.

Precisó que de conformidad con lo expuesto en el artículo 2º numeral 3º, para la prevalencia del interés general, debe tenerse en cuenta: a). La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la administración; b) La

flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a la necesidad cambiantes de la sociedad; c) La Responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado y d) Capacitación para aumentar los niveles de eficiencia.

Por lo anterior, consideró que no es jurídicamente factible declarar la insubsistencia de un funcionario, que ha desempeñado en debida forma sus labores, por lo que la decisión es unilateral y caprichosa por parte del Señor Alcalde y la Gerente encargada, sin que se sujete al interés general y a las disposiciones del buen servicio.

## **1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **1.2.1. E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA (fls. 43-52)**

Dentro del término de fijación en lista, el apoderado de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda al considerar que el acto administrativo demandando se encuentra ajustado a derecho y por carecer el proceso de pruebas conducentes y necesarias.

Indicó que de conformidad a la facultad discrecional, prevista en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, normas en que fue sustentado el acto acusado y de los diversos pronunciamientos del Consejo de Estado, es procedente la insubsistencia de los nombramientos de los empleados de libre nombramiento y remoción, no requiriendo motivar el acto de desvinculación, por ser empleados de confianza, ingrediente que se constituye en garantía a favor del nominador.

Señaló que el nominador al decretar la insubsistencia del nombramiento, actuó conforme a derecho, al punto que la norma otorga la facultad discrecional, más aún cuando se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto no existe mérito para declarar la nulidad del acto enjuiciado, al tenor del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Argumentó que en el último inciso de la norma referida, la competencia para expedir el acto de insubsistencia recaía en la Gerente de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA, sin que pronunciara explicación o motivación, en la medida que los empleados de libre nombramiento y remoción, no les asiste fuero de estabilidad alguno a diferencia de los empleados de carrera, observando razones de oportunidad y conveniencia, por lo que la nominadora tenía la facultad para desvincular a la funcionaria al "*haberse menguado la confianza entre la demandante y el jefe de la entidad*".

Puntualizó que el artículo 16 del Decreto 785 de 2005, el cargo de Subgerente corresponde al nivel directivo y por ende es un cargo de libre nombramiento y remoción, por tal razón podía ser removida del servicio de manera discrecional por el nominador, sin que existiera motivación alguna.

Con la contestación inicial de la demanda no formuló excepción, no obstante en el escrito de la adición (fl. 83), propuso las siguientes excepciones:

- **Inexistencia de la violación de normas superiores**

Esgrimió que según la apoderada de la parte demandante, el acto demandado vulnera normas superiores, pero realiza una explicación infundada.

- **Legalidad del acto administrativo**

Señaló que el acto administrativo que declaró la inexistencia del cargo de libre nombramiento y remoción, cuenta con las consideraciones de orden constitucional y legal que desvirtúa las causales de nulidad invocadas en la demanda, por cuanto el acto administrativo fue proferido conforme a la potestad discrecional, como lo contempla en la Ley 909 de 2004, como causal de retiro del servicio, además el acto objeto de control judicial está investido de presunción de legalidad.

### 1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante providencia de fecha 31 de octubre de 2016 (fls. 278-294), resolvió:

**“PRIMERO.-** NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por la Señora **MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ** contra la **E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.-** Sin COSTAS en esta instancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 171 del C.C.A.

(...).”

Para adoptar tal determinación, en primer lugar la *a quo* se refirió al marco normativo y jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado, relacionado con la inexistencia en los empleos de libre nombramiento y remoción, para colegir que son ejercidos por personas que por su alto grado de confianza por el nominador lo acompañan en su gestión, por ser cargos de dirección, confianza y manejo, encontrándose el nominador en libertad para la vinculación y retiro de las personas designadas en este tipo de cargos.

Posteriormente, hizo un recuento respecto a la discrecionalidad que el nominador puede ejercer en cualquier momento y sin motivación expresa, presumiéndose que fue adoptada por razones del servicio, acotando apartes de la sentencia constitucional de unificación **SU-448 de 2011**, concluyendo que teniendo en cuenta como base la confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal, la función de dirección, entre otros, los cargos de libre nombramiento y remoción no requieren de motivación alguna para que el funcionario allí nombrado sea desvinculado.

Precisó apartes de la jurisprudencia del Consejo de Estado, para considerar que el retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción, obedece a la facultad discrecional del nominador, sin que deba mediar alguna motivación; no obstante esta medida debe estar inspirada en razones del buen servicio, por lo que resulta procedente su expedición en forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones.

De lo anteriormente expuesto y revisado integralmente el expediente, el juez de instancia, manifestó que no se encuentra en discusión que el cargo que ocupaba la demandante, era de libre nombramiento y remoción, pues dadas las funciones que desempeñaba y la jerarquía, involucra cierta confianza, en consideración a la organización, ejecución y control de ciertos procesos, por lo que en principio la Gerente de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA, podía disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular.

Destacó que la permanencia o no del cargo, va ligada con el entendimiento y grado de confianza que se dé con el nominador, a efectos de garantizar el cumplimiento de los fines de la entidad estatal y en el caso bajo estudio, si entre la demandante y la Gerente CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA, no existía una relación laboral armónica, no logrando un adecuado grupo de trabajo que fuese coordinado y entendiera los procesos administrativos y laborales, especialmente en relación a los cargos de confianza, dirección y manejo, podía la Gerente hacer uso de la facultad de renovación a través de acto administrativo inmotivado.

En cuanto a la desviación de poder, resaltó el pronunciamiento del Consejo de Estado – Sección Segunda- Subsección B, en sentencia del 14 de agosto de 2014, expediente (0827-12), para referenciar la procedencia y demostración de la causal, señalando que la Gerente encargada CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO, manifestó no tener ninguna discrepancia con la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, por lo que la insubsistencia obedeció a que en el tiempo que trabajaron se hicieron algunos requerimientos en oportunidad relacionados con la contratación y otros asuntos, sin que se le solicitara la renuncia, ni correspondiera a divergencias con el Alcalde.

Recalca de la declaración de la Señora ANA YEEBY SÁNCHEZ PUENTES, quien para la época de los hechos se encontraba en licencia de maternidad, que las discrepancias con el Señor Alcalde no eran de carácter personal, porque antes de ser elegido no lo conocía, no existiendo ninguna relación de amistad o enemistad con la Señora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO, ni tuvo conocimiento de diferencias con la demandante. Adicionalmente de la declaración de la auxiliar administrativa de la Gerencia de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA, resaltó la manifestación de la declarante respecto a no costarle nada respecto de la insubsistencia al nombramiento de la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ.

Indicó que de las pruebas testimoniales, no era posible deducir la configuración de la desviación de poder del acto que declaró el nombramiento en el cargo de Subgerente insubsistente.

Finalmente, señaló que al analizar la hoja de vida de quien remplazo a la demandante en el cargo de subgerente y los requisitos exigidos por el Acuerdo N° 006 del 12 de noviembre de 2006, encontró que la Señora GLADYS HORTENCIA ALBA GUIO, contaba a nivel académico con título profesional de Administrador de Empresas y especialista en revisión fiscal y laborablemente con la certificación del 03 de enero de 2011, suscrita por el Secretario General del Municipio de Jenesano, al desempeñar el cargo de tesorera municipal desde el 12 de agosto de 2008, además de oficiar como Directora del Fondo Local de Salud, desde la fecha de posesión en el cargo de tesorera y hasta 26 de julio de 2011, considerando que de las pruebas aportadas quien entró a desempeñar el cargo, contaba con la experiencia profesional y los requisitos exigidos por el Acuerdo N° 006 de 2006, no prosperando el cargo formulado.

#### **1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora apela la sentencia con fundamento en lo siguiente (fls. 297-303):

Indica que al contrario de lo manifestado por la *a quo*, y tal como lo indica la jurisprudencia del Consejo de Estado, aun cuando el acto administrativo de naturaleza discrecional, tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico, por lo que en el *sub examine*, es claro de la valoración conjunta de los medios probatorios allegados al expediente advertir la desviación de poder en el acto de retiro acusado.

Argumenta que si bien el despacho otorgó credibilidad al testimonio rendido por la Señora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO, fue la funcionaria que suscribió el acto de retiro, circunstancia que afecta la imparcialidad, por los intereses en las resultas del proceso.

Expresa que no fue valorado en debida forma el hecho que el 30 de diciembre de 2010 la demandante presenta la renuncia, motivada por las órdenes impartidas por el Alcalde del Municipio y sin dar respuesta al oficio radicado por la representada, decidiera declararla insubsistente con la Resolución N° 079 del 30 de diciembre de 2010, desconociendo tales indicios que permiten evidenciar la desviación de poder en el acto de retiro limitándose hacer referencia únicamente a las facultades discrecionales.

Así mismo, insiste en la falta de cumplimiento de los requisitos de la persona nombrada para desempeñar el cargo de Subgerente, concretamente relacionado con la falta de experiencia profesional relacionada, en la medida que la certificación allegada a folios 246 a 248, correspondía al desempeño como Tesorera del Municipio de Jenesano y aunque se transfirió el poder de

decisión respecto de las funciones del cargo denominado Director Local de Salud, en ningún momento desempeño tal cargo, por lo que el tiempo en que desempeño tales funciones no puede ser tenido en cuenta a título de experiencia profesional, acotando para el efecto pronunciamientos del Consejo de Estado relacionado con la delegación de funciones.

Finalmente, reitera que al valorar en conjunto y armonía el material probatorio allegado al expediente y los indicios, se encuentra acreditada la desviación de poder en la expedición del acto enjuiciado, al nombrarse a una persona que no cumplía con los requisitos que el cargo de Subgerente imponen, desmejorando el servicio, por lo que solicita se revoque la decisión de primera instancia y en consecuencia se accede a las pretensiones.

## **2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

El anterior recurso fue concedido mediante auto del 30 de noviembre de 2016, por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja (fl. 305) y admitido por esta Corporación mediante providencia del 25 de enero de 2017 (fl. 309). A través de auto del 08 de febrero de 2017, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 311).

### **2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de la oportunidad procesal ninguna de las partes efectuó pronunciamiento (fl.328).

### **2.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Agente del Ministerio Público se pronunció en concepto (fls. 314 a 327), solicitando se confirmara la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que el artículo 125 de la Constitución Política, señala unas excepciones respecto a los empleos de carrera, en concordancia con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 909 de 2004, entre ellos el cargo de libre nombramiento y remoción, para colegir que los cargos de dicha naturaleza son ejercidos por personas que por su grado de confianza con el nominador lo acompañan en su gestión, por ser cargos de dirección, confianza y manejo.

Resaltando que en los términos de la jurisprudencia constitucional, la confianza es un criterio subjetivo no solo para establecer si un cargo es de libre nombramiento y remoción, por las funciones especiales asignadas como de asesoría institucional, asistencia o de apoyo, sino también para determinar el ingreso y la permanencia en el cargo del respectivo servidor público, por lo tanto es procedente la declaratoria de insubsistencia cuando los cargos son de libre nombramiento y remoción, sin que el acto requiera de motivación alguna.

Precisó que en el ámbito del artículo 209 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998, respecto de la delegación y la exoneración de responsabilidad cuando



se realizan sin la intervención del delegante, el delegatorio responderá por el propio hecho.

Finalizó precisando que la buena conducta y el cumplimiento de las funciones, no genera por si solo fuero de estabilidad, ni puede limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concedió al nominador, mucho menos se constituye en plena prueba de la desviación de poder, en virtud a que como ha sido criterio de la jurisprudencia tanto contenciosa, como constitucional, la idoneidad para ejercer un cargo y el buen desempeño, no torga prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el buen funcionamiento.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la providencia del 18 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja.

### 1. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a esta Sala establecer si:

- i. *¿De la valoración armónica y en conjunto del material probatorio allegado al expediente y tal como lo manifestó el juez de instancia, la Resolución No. 079 de 30 de diciembre de 2010, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora, tuvo como fundamento la facultad discrecional otorgada por la ley y por tanto no se encuentra configurada la causal de nulidad de desviación de poder?*

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

#### 1.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

A partir de lo consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política de 1991, respecto a que en los órganos y entidades del Estado los empleos son de carrera **con excepción** de los de elección popular, los **de libre nombramiento y remoción** entre otros y la causales de retiro determinadas por en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, para la Sala, cuando el cargo desempeñado sea de naturaleza ordinaria de libre nombramiento y remoción, por la dirección, manejo y confianza, la discrecionalidad que se ejerza por el nominador no implica arbitrariedad, pues todas las decisiones de la administración sin excepción alguna, deben atender el bien común en concordancia con el artículo 209 de

la Constitución Política, según la cual, la función administrativa está al servicio de los intereses generales.

Por lo anterior, considera la Sala que cuando un acto de declaratoria de insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción, sea proferido dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, la facultad discrecional para el retiro del servicio que ampara una norma de rango constitucional y legal cobija de legalidad la actuación que solo puede ser desvirtuada por una carga probatoria sólida, eficiente y eficaz de quien incumbe probar su dicho y para el *sub judice* el acto de insubsistencia contenido en la Resolución No. 079 de 30 de diciembre de 2010, fue ocasionado por la facultad discrecional enmarcado dentro de las causales de retiro del servicio del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, no siendo necesario una mayor motivación.

## 2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para llegar a una decisión respecto del objeto de la Litis trazada en esta sede, la Sala estudiará los planteamientos propuestos en el problema jurídico, al tenor del siguiente orden expositivo así: i) Antecedentes constitucionales y normativos; ii) Del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto de los nombramientos de cargos de libre nombramiento y remoción; iii) De la naturaleza de la renuncia de los cargos de libre nombramiento y remoción y iv) Del Caso Concreto.

### 2.1. Antecedentes constitucionales y normativos

La Constitución Política de 1991, ratificó la importancia de la carrera administrativa y el mérito como principal forma de provisión de empleos del Estado, en el artículo 125, pues dispuso que en los órganos y entidades del Estado los empleos son de carrera **con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción**, los de trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el Legislador.

**El Decreto Ley 2400 de 1968** -art. 5º-: Estableció para la provisión de los empleos -clasificados como de libre nombramiento y remoción y de carrera- tres clases de nombramientos: **a) Ordinario**: Para los empleos de libre nombramiento y remoción; **b) En período de prueba**: Para los empleos de carrera, y; **c) Provisional**: Para "*proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera*". El período provisional no podía exceder de cuatro meses.

A su vez, el artículo 26 *ibídem*, dispuso que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a una carrera, podía ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, debería dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja

<sup>2</sup> Art. 28 Decreto 1950/73: "*Cuando no sea posible proveer un empleo de carrera con personal seleccionado por el sistema de mérito, podrá proveerse mediante nombramiento provisional. (...)*"

de vida. Ese artículo, fue declarado exequible, en sentencia que destaca la necesidad de motivar la decisión, aun cuando dicha motivación se produzca de manera posterior a la expedición del acto de declaratoria de insubsistencia, para de esta manera evitar decisiones arbitrarias y caprichosas de la administración: *"No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda."*<sup>3</sup>

Posteriormente, el artículo 107 del **Decreto reglamentario 1950 de 1973**, dispuso que *"en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados"*<sup>4</sup>.

A continuación, **La Ley 61 de 1987**, sobre carrera administrativa, en el artículo 4º dispuso las siguientes clases de nombramientos: el **ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción** y, para los empleos de carrera, previo concurso, en período de prueba o por ascenso, y por nombramiento provisional cuando *"se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado por concurso, según lo dispongan los reglamentos y exclusivamente por necesidades del servicio"*. Luego, el artículo 10 de la **Ley 27 de 1992**, previó el **nombramiento ordinario** para los empleos de libre nombramiento y remoción, y para los de carrera, nombramiento en período de prueba o por ascenso.

Con posterioridad, la **Ley 909 de 2004** en su artículo 1º<sup>5</sup>, contempló como uno de los empleos en los organismos y entidades de la administración pública, son los cargos de libre nombramiento y remoción. A su vez, el artículo 5º *ibídem* clasificó los empleos como de carrera administrativa, con excepción de los siguientes:

*"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: (...)."*

Conforme a lo anterior, es claro dilucidar que la legislación previo 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 manejo y dirección

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>4</sup> Hasta la adopción del nuevo régimen de carrera administrativa.

<sup>5</sup> Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública. Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad. De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos: a) Empleos públicos de carrera; b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo; d) Empleos temporales.

institucional, para lo cual, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Resultando razonable que para la provisión de empleos que impliquen tal condición, **no se requiera superar un proceso de selección por méritos** toda vez que, 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.

## 2.2. Del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto de la insubsistencia de cargos de libre nombramiento y remoción

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, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, establece la **facultad discrecional de remover libremente** a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

*"(...) 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 2o. 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. (...)"**

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe **precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.** El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad<sup>6</sup>.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional<sup>7</sup> ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha 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,

<sup>6</sup> Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>7</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-372 de 2012.

- b) Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza,
- c) La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

A su turno, la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, ha considerado de forma reiterada, que **la discrecionalidad no implica arbitrariedad**, pues todas las decisiones de la administración sin excepción alguna, deben atender el bien común en concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política, según la cual, la función administrativa está al servicio de los intereses generales. De manera que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma en el marco del Estado Social de Derecho y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa<sup>8</sup>.

Puntualmente, la Subsección Segunda Subsección "B" con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez en sentencia proferida el **26 de enero de 2017** en el proceso radicado bajo el N°73001-23-33-000-2014-00285-01(3313-15) promovido por Fernando Reyes Moscoso contra la Contraloría Municipal Ibagué sostuvo:

**"(...) 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 adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.**

(...)

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la **razonabilidad**, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. **El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad<sup>9</sup>.**

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado<sup>10</sup> como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Por su parte, el artículo 44 del C.P.A.C.A. establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser "adecuada" a los fines de la norma que la autoriza, y "proporcional" a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la "razonabilidad".

<sup>8</sup> Decreto 001 de 1984. Artículo 36. 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.

<sup>9</sup> Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>10</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012.

**Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido<sup>11</sup>, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos." (Resaltado fuera de texto original)**

Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido<sup>12</sup>, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

De otra para, la jurisprudencia del Consejo de Estado de manera cuidadosa, ha **hecho énfasis en la dificultad probatoria** que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener las pruebas necesarias *"que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley."*<sup>13</sup>

Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad.

El Consejo de Estado<sup>14</sup>, también ha considerado que las manifestaciones de la desviación de poder admiten por lo menos su clasificación en dos grandes grupos: *"i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario- y ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés*

<sup>11</sup> Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968

<sup>12</sup> Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda C.P. Dra. Clara Forero de Castro.

<sup>14</sup> sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 29 de junio de 2011, Rad. No. 17001-23-31-000-2007-00712-01 (0752-09).

público pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra”.

De manera que mientras en el proceso no se encuentren probados los hechos que configuren una falsa motivación o una desviación de atribuciones propias de la autoridad que las ejerza, en los términos anteriormente destacados, el acto administrativo demandado conserva su presunción de legalidad y no podrá ser anulado válidamente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

### 2.3 De la renuncia en los cargos de libre nombramiento y remoción

Tal como fue señalado en precedencia, la Ley 909 de 2004 en el artículo 41 literal d), contempló como una de las causales del retiro del servicio de quienes desempeñan cargos de carrera administrativa la **renuncia regularmente aceptada**, entendida la renuncia como el acto unilateral, libre y espontáneo<sup>15</sup> que garantiza el derecho de escoger o dejar de lado una profesión u oficio, de acuerdo con el proyecto de vida del interesado<sup>16</sup>.

Así las cosas, esta debe constar por escrito sin que admita duda sobre la voluntad del titular del empleo de separarse del cargo. Por ello, carecen de valor las presentadas en blanco o sin fecha determinada<sup>17</sup> y en atención a las referidas características, el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado se dirige a exigir que **quien alega algún vicio en el consentimiento debe probarlo**, recordando que en los términos del artículo 177 del CPC, incumbe a las partes demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia de la Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado<sup>18</sup> sostuvo:

*“Analizado el material probatorio incorporado al proceso, tanto el escrito presentado por el actor, como la prueba testimonial, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la Sala llega a la convicción de que la renuncia fue la manifestación de voluntad espontánea e inequívoca de separarse del cargo, sin que sobre esa decisión se hubieran demostrado presiones indebidas por parte del nominador.*

**Lo anterior por cuanto así lo demuestra la carta que el actor presentó y los testimonios recaudados no resultan ser prueba idónea que demuestre lo contrario, pues sus versiones son simplemente de “oídas”, del constreñimiento alegado en la demanda no tienen conocimiento directo.**

*En efecto, los señores Leonardo Alexis Pérez Contreras y Luis Eduardo Angulo Contreras se limitan a expresar sus propias conclusiones, pero no relatan ningún hecho relevante que dé la suficiente certeza de la desviación de poder alegada, pues no conocen con certeza y de manera directa el presunto constreñimiento del cual fue objeto el actor por parte del Gerente de la Empresa Social del Estado IMSALUD, por el contrario se limitan a señalar que su conocimiento de los hechos es de oídas, desconociendo los términos de la solicitud de renuncia efectuada, pues como son coincidentes en afirmar fueron llamados individualmente, desconociendo las palabras o las razones que le expusieron al actor.*

<sup>15</sup> Artículo 111 del Decreto 1950 de 1973

<sup>16</sup> Artículo 26 de la Constitución Política. Libertad de profesiones y oficios.

<sup>17</sup> Artículo 115 Decreto 1950 de 1973

<sup>18</sup> Ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón en sentencia proferida el 15 de agosto de 2013 en el proceso radicado bajo el N° 54001-23-31-000-2001-00341-01(1078-10) promovido por José Antonio Niño Ramírez contra el Municipio de San José de Cúcuta-E.S.E. IMSALUD.

**Tales declaraciones contienen apreciaciones eminentemente subjetivas, afirmaciones genéricas que no están acompañadas de la prueba y por lo mismo no surten los efectos probatorios pretendidos, pues ninguno de los declarantes estuvo presente en la supuesta solicitud de renuncia realizada por el Gerente al actor**, simplemente se enteraron por comentarios posteriores de la supuesta coerción de que fue objeto el actor.  
(...)

**Para obtener la nulidad del acto, no basta simplemente con exponer argumentos, resulta necesario además, en asuntos como el presente, que se pruebe el componente coercitivo que influyó en el quebranto de la voluntad de manera tal, que indefectiblemente se haya visto compelido a renunciar.** Sobre el particular esta Corporación reiteradamente ha dicho:

**"La renuncia va precedida de un motivo, expreso o no, no es esta circunstancia la que vicia la aceptación, sino el hecho de que ese motivo haya sido gestado por la entidad con el fin de quebrar el libre arbitrio y provocar el retiro del empleado. No es suficiente, ni siquiera, la simple insinuación que haga el nominador de presentar la dimisión; es necesario que se evidencie un componente coercitivo que permita concluir que el fuero interno del empleado fue invadido de tal manera que su capacidad de decisión se ve truncada, al punto que indefectiblemente se ve compelido a renunciar."**<sup>19</sup>

Por lo demás, de un lado, no puede aceptarse que un funcionario como el actor, que sin duda alguna ocupaba un cargo que requiere determinadas calidades profesionales, condiciones intelectuales y experiencia, como la acreditada en su hoja de vida, que hizo una clara manifestación voluntaria de renunciar, exprese razones y vicios que afectaron su voluntad por el constreñimiento planteado, que dentro del plenario no logró demostrar.

(...)." (Negrilla y Subrayado fuera del texto)

Del marco normativo y jurisprudencial, se colige que al ser la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como la del demandante, una presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que **tiendan acreditarla, presunción que surge de la aplicación del principio de legalidad**, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos.

### 3. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub examine*, se observa que la a quo negó las pretensiones de la demanda, en tanto la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que reviste el acto administrativo demandado, como quiera que del material probatorio allegado no se pudo establecer que **Resolución No. 079 de 30 de diciembre de 2010**, mediante la cual la declaró insubsistente en el cargo de libre nombramiento y remoción que venía ocupando como Subgerente – código 090- grado 01 de la entidad, haya estado motivada en una causa de desviación de poder, correspondiéndole al demandante acreditar dicha circunstancia y de acuerdo al objeto del recurso que se centra en la indebida valoración probatoria, la Sala procederá al estudio de fondo.

<sup>19</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Expediente No. 2500023250002000-1405-01 (N.I.5182-01) . Sentencia de 23 de enero de 2003. Magistrado Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Actor: María Jadile Orozco contra – Superintendencia Nacional de Salud.



A efectos de desatar las inconformidades planteadas por el demandante en el recurso de apelación, la Sala desarrollará los siguientes puntos: **i) De los hechos probados dentro del proceso – Vinculación laboral del demandante; ii) De la valoración en conjunto del material probatorio; iii) De los cargos de nulidad elevados por el actor contra la Resolución No. 079 de 30 de diciembre de 2010, (Desviación de poder).**

### 3.1. De los hechos probados dentro del proceso – Vinculación laboral del demandante

De acuerdo con el material probatorio allegado al plenario, la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

- Que la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, tomo posesión del cargo de Subgerente – Código 090 – grado 01 de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA, a los 10 de abril de 2010 (fl. 14), de acuerdo al nombramiento efectuado por la Resolución del 09 de abril de 2010 (fls. 12-13).
- Que la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, presentó renuncia al cargo de Subgerente, con recibido de la auxiliar administrativa del 30/12/12 a las 10:00 a.m y de la personería municipal en la misma fecha pero a las 10:30 a.m (fl. 17).
- Que mediante Resolución No. 079 del 30 de diciembre de 2010, la Gerente encargada CLAUDIA BIBIANA PEÑA, declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de Subgerente – Código 090 – grado 01 de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA, a partir del 31 de diciembre de 2010 (fls. 18-19), notificada a la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, el mismo día a las 10:20 a.m.
- Aparte del Acuerdo No. 006 del 12 de noviembre de 2006, “Por el cual se ajusta el Manual Especifico de funciones y de competencias laborales para los empleados de la Planta de Personal de la Empres Social del Estado CENTRO DE SALUD TOCA”, (anexo N° 1) en el que se dispuso para el cargo de Subgerente los siguientes aspectos:

“(…)

Nivel	Directivo
Denominación del Empleo	SUBGERENTE
Código	090
Grado Salarial	01
Nº DE CARGOS	1
Dependencia	Despacho de Gerente
Cargo del Jefe Inmediato	Gerente

II. PROPÓSITO PRINCIPAL
<u>Ejecutar labores relacionadas con la organización, ejecución y control de los procesos de apoyo administrativo en las áreas financieras, facturación y sistemas, recursos humanos, suministro y otras de apoyo dirigidas a implementar y desarrollar una eficiente gestión administrativa a todas las dependencias de la institución.</u>

(...)

VI. REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA	
Estudios	Experiencia
Título universitario en administración de empresas, ingeniería industrial, ingeniería de sistemas, contaduría pública o económica.	Dos (2) años de experiencia profesional en instituciones que integren el sistema general de seguridad social en salud.
	<b>EQUIVALENCIA</b> Las establecidas por la Ley de conformidad con el artículo 22 del decreto 785 de 2005.

(...)"

De lo anterior, se confirma la vinculación que la demandante MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, ostento con la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA y que fue declarado insubsistente el nombramiento como Subgerente, por parte de la Gerente encargada CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO, nombrada mediante Decreto No 056 del 20 de octubre de 2010, por el término de 82 días (fls. 15-16), en reemplazo de la titular quien se encontraba en una situación administrativa (licencia de maternidad) amparada por el artículo 2.2.5.5.10 del Decreto 1083 de 2015 modificado por el 648 de 2017, encargada a quien le fueron **otorgadas las funciones y asignación** correspondiente a las normas esto es Decreto 1876 de 1994 "Por el cual se reglamentan los artículos 96o, 97o y 98o del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado"., lo que la ubica como representante legal con efectos jurídicos de nominadora por el lapso en que fue nombrada, encontrándose facultada para expedir el acto demandado.

Además según el Manual específico de funciones de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA, el cargo de Subgerente tenía como propósito apoyar a la Gerencia de la entidad en una eficiente gestión administrativa, lo que lo enmarca dentro de aquellos que por su **confianza** deben ser ejercidos mancomunadamente y en coordinación con la proyección del representante legal.

En ese sentido, en la Resolución No. **Resolución No. 079** del 30 de diciembre de 2010, "Por la cual se declara insubsistente un nombramiento de libre nombramiento y remoción en la E.S.E", se consignó (fls. 18-19):

**"Que el cargo de subgerente código 090, grado 01, es empleo que en la planta de la ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA I, es de libre nombramiento y remoción.**

(...)

Que el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 establece:

**"En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.**

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña".

Que en igual sentido se expresa el artículo 41 Ley 909 de 2004 al señalar:

CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) **Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;**
- b) *Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;*
- c) *....."*

*Que legalmente le asiste al Gerente de la E.S.E, la potestad discrecional en la Remoción de los empleados de libre nombramiento y remoción.*

*Que es ese orden de ideas se declarara la insubsistencia del nombramiento de subgerente en el E.S.E Centro de Salud de Toca, que actualmente desempeña a Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ.*

*(...)" (Negrita y subraya fuera del texto original).*

Conforme a la postura jurisprudencial expuesta en el acápite considerativo y al contenido normativo en cita, la Sala advierte que no se exigen motivaciones respecto del acto de insubsistencia, en virtud a que prevé como causas del retiro del servicio respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción.

De lo anterior, se observa para el *sub judice* que **el acto de insubsistencia fue ocasionado** por la facultad discrecional enmarcado dentro de las causales de retiro del servicio del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, decisión ratificada por la Gerente encargada, en la audiencia de testimonios llevada a cabo el 03 de septiembre de 2014 (fls. 132-135), de la cual se destacan las siguientes respuestas:

*"(...) PREGUNTADO: Indíqueme al Despacho si usted sabe las razones o motivos por los cuales la Señora MIRIAM MERCHAN dejo de ejercer las funciones de Sub- Gerente de la E.S.E del Municipio de Toca. CONTESTADO: **Si fue declarada insubsistente, pues realmente durante el tiempo de trabajo se hicieron algunos requerimiento en cuanto a contratación y frente algunas cosas que ella desempeñaba en varias ocasiones** por lo cual se comunicó en su debido momento a junta directiva y teniendo en cuenta que como era un cargo de libre nombramiento y remoción se tomó esa decisión. (...) PREGUNTADO: sírvase decir al Despacho si es cierto o no que la demandante presentó renuncia motivada la (Sic) cargo que venía desempeñando y que la Gerente no la aceptó y porque razón. CONTESTADO: cuando se le comunicó por acto administrativo que se le declaraba insubsistente transcurrió un tiempo de media hora o una hora no recuerdo bien y ella presentó la renuncia motivada entonces no la podía aceptar porque existía un acto administrativo que precedía a esto. (...) PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho si existió solicitud de renuncia a la Señora MERCHAN del cargo de Sub Gerente y si esta fue por petición del Alcalde. CONTESTADO: No señor en ningún momento se le solicitó la renuncia y no fue por cuestión del Alcalde. (...) **PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho si la decisión de la insubsistencia de la sub Gerente hoy demandante proviene de la gerencia de la ESE o de la junta directiva CONTESTADO: de la Gerencia de la ESE. (...)"***

Declaración que convalida el contenido del acto objeto de litis y que no puede ser afectado de credibilidad en la medida que la decisión esta cobijada por el principio de legalidad y en tal sentido el inconformismo del recurrente debe ir más allá a indicar que quien suscribió el acto está viciada por ratificar lo contenido. Manifestación anteriormente expuesta que se constituye en una *presunción iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario por la parte que la alega, y que

deberá acreditarse a través de cualquier medio legalmente establecido y de manera suficiente y que será analizada a continuación.

### 3.2. De la valoración en conjunto del material probatorio

Ahora bien atendiendo los argumentos del recurso, al valorar la Sala el testimonio de la Señora ANA YEEBY SÁNCHEZ PUENTES, rendido el 03 de julio de 2015 registrado en audio visto a folio 203 del (Min: 07:23 a Min: 24:23), se destacan los siguientes aspectos:

*"(...) Pregunta: Se dice dentro de las presentes diligencias, que el alcalde del periodo 2008-2011, tenía discrepancias personales con usted, eso es cierto. Respondió: he pues digamos que desde un principio tuvimos algunos inconvenientes por el hecho que yo estaba nombrada mucho más antes que él llegara como alcalde entonces él demandó mi nombramiento y pues generó bastante choque conmigo en todo momento y digamos la relación conmigo no fue buena (...) supongo yo que era porque no pudo nombrar una gerente para el periodo de él (...) de carácter personal no creo porque yo a él no lo conocía (...). Pregunta: En los hechos de la demanda se dice que la Señora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO, por orden del alcalde de la época año 2011, solicitó la renuncia a la Señora MIRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, a su cargo de Subgerente de la ESE centro de salud de Toca, que le consta a usted al respecto: CONTESTO: **Nada, nada, al verdad como vuelvo y digo yo estaba en licencia, no me consta nada, no sé qué haya sucedido.** PREGUNTADO: Que le consta sobre la declaratoria de insubsistencia de la Señora MIRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, como subgerente de la ESE centro de salud 2010. CONTESTO: **No, no me consta nada.** (...) Pregunta del apoderado de la demandada: Sírvase decirle al Despacho si el cargo de Subgerente Administrativo es un cargo de libre nombramiento y remoción y de confianza y manejo CONTESTO: **Si Señor, si Doctor es un cargo de libre nombramiento y remoción y de dirección confianza y manejo (...)**"*

Conforme a lo destacado, es claro para la Sala que la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, tuvo un **nombramiento ordinario, para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción** y que a través de la facultad discrecional la gerente encargada hizo uso de una de las causales de retiro, sin mayores razones referidas por la testigo en tanto reiteradamente manifestó no tener conocimiento de lo acaecido por encontrarse en licencia, de allí que el argumento del recurrente respecto a la evidencia de las animadversiones no está debidamente acreditada.

No obstante y con el fin de atender cada una de las pruebas recaudadas, la Sala destaca de la declaración rendida por la Señora ADRIANA FONSECA, quien para la época de los hechos se desempeñaba como auxiliar administrativa de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA (Min: 27: 43 a Min: 42:25), que efectivamente la testigo manifestó que entre la Gerente encargada y la demandante, no existió una buena relación, expresamente indicando: **"No se caían bien, como que no había confianza entre las dos"**<sup>20</sup>, en relación con el interrogante de las circunstancias en la que se presentó la renuncia por la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, manifestó **"no lo recuerdo esa parte no"**<sup>21</sup>, solamente que ella como auxiliar la recibió pero no logro establecer si la renuncia fue presentada antes o después del acto en juicio y puntualmente a la pregunta de que le constaba respecto de la insubsistencia de la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, manifestó **"No nada"**<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Audio folio 203: minuto del 31:32 al 31:37.

<sup>21</sup> Minuto: 36:52

<sup>22</sup> Minuto: 38:32

Teniendo en cuenta los argumentos del recurso, respecto de la indebida valoración probatoria de la testigo ADRIANA FONSECA, la instancia con apoyo de la doctrina, destaca que para que el testimonio goce de fuerza probatoria debe versar sobre hechos de los que **tenga conocimiento el declarante**. Pero si contienen simples suposiciones u opiniones sobre hechos no percibidos por el declarante, no sirven para llevarle al juez a un convencimiento sobre lo que se pretende acreditar, tal como fue analizado por Hernando Devis Echandía, en el Tomo II del libro Teoría General de la Prueba Judicial, Segunda Edición:

*"Para que el testimonio sirva de prueba del hecho que representa y no resulte ineficaz, es indispensable, como también lo enseña CARNELUTTI<sup>23</sup>, que ese objeto de la representación "sea un hecho de que tenga experiencia por haberlo percibido". Sólo así el testimonio servirá de prueba histórica de tal hecho. Por esto, CARNELUTTI compara allí mismo, al testigo con "un tubo a través del que se transmite la impresión" del objeto percibido, al juez que no lo percibió; por lo cual califica de recepticia la percepción del testigo, quien entra en contacto directo e inmediato con el destinatario del testimonio, es decir, con el juez (excepto cuando se trata de testimonio documental), para representar en su presencia el hecho del que tiene experiencia por haberlo percibido.*

(...)"<sup>24</sup>

Así que la prueba testimonial reseñada no gozan de fuerza probatoria, en la medida que a las declarantes no les costaba nada específico con el objeto en litis, por lo que la Sala considera que no se logra desvirtuar la presunción respecto a que la declaratoria de insubsistencia obedeció a motivos de discrepancias personales o políticas, más aún si se recuerda que el cargo de Subgerente – código 090- grado 01 de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA, es de naturaleza de libre nombramiento y remoción por el propósito general contemplado en el Acuerdo N° 006 del 12 de noviembre de 2006, cuyo nominador es el Gerente concordante con lo establecido en el Decreto 1876 de 1994.

### **3.3. De los cargos de nulidad elevados contra la Resolución No. 079 de 30 de diciembre de 2010**

Esta Sala acoge lo expuesto por la Juez de Instancia, respecto a que si bien la causal de nulidad de desviación de poder, que la parte demandante consideró inmersas en la **Resolución No. 079 de 30 de diciembre de 2010**, fue invocada en virtud del Decreto 01 de 1984, también se encuentran incluidas en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (artículo 137), lo que permite hacer alusión a la reciente jurisprudencia que frente a las mismas ha proferido el Consejo de Estado.

- **Desviación de poder**

Se presenta, como lo ha dicho la jurisprudencia y la doctrina, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, amparándose en la legalidad formal del acto, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o

<sup>23</sup> CARNELUTTI: *Lezioni sul proceso penal*, t. I, págs. 214-215; cita de AUGENTI en el Apéndice de *La Prueba Civil*, ed. cit., XXVI, pág. 243

<sup>24</sup> Editor VICTOR P. DE ZAVALÍA. ALBERTI 835-Buenos Aires. Pág. 29

sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia<sup>25</sup>.

En ese sentido, el interesado en desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado debe demostrar la existencia de esa finalidad que contradice la ley, en la búsqueda de la satisfacción de intereses subjetivos.

Así, en el presente asunto las declaraciones rendidas son coincidentes en afirmar que el cargo desempeñado por la demandante MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, era de naturaleza ordinaria de libre nombramiento y remoción y de manera genérica que la demandante era una empleada que cumplía con sus deberes, por lo que acogiendo el criterio del Consejo de Estado, respecto a que el buen desempeño de los funcionarios no genera fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad discrecional que se presume ejercida en aras del buen servicio<sup>26</sup>, en el caso en estudio, no existe ningún medio de prueba tendiente a acreditar que con el retiro del demandante se haya producido una desmejora en el servicio judicial.

En ese contexto, encuentra la Sala que la profesional que entro a remplazar a la demandante, reunía los requisitos establecidos en el Acuerdo No. 006 del 12 de noviembre de 2006, "Por el cual se ajusta el Manual Especifico de funciones y de competencias laborales para los empleados de la Planta de Personal de la Empresa Social del Estado CENTRO DE SALUD TOCA", (anexo N° 1), determinados de la siguiente manera:

- a) Contaba con título profesional de Administrador de Empresas de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (fl. 66- anexo 1).
- b) Ostentaba el título de especialista en revisoría fiscal y contraloría de la Fundación Universitaria de Boyacá (fl. 65- anexo 1).
- c) Certificación de fecha 03 de enero de 2011, suscrita por el Secretario General del Municipio de Jenesano, en la que se consiga que la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, se desempeñó como tesorera de la localidad y **fue miembro de la junta Directiva de la E.S.E Centro de Salud de Jenesano desde el 12 de agosto de 2008, hasta el 03 de enero de 2011** (fls. 67-68 – anexo 1).
- d) Certificación del OUTSOURCING TEMPORAL DE COLOMBIA E.U, donde desempeñó el cargo de Subgerente Administrativa y Financiera, desde junio 2004 a febrero 2008 (fl. 71 – anexo 1).
- e) Certificación del 03 de enero de 2008, por la cual la Dirección Administrativa de la Contraloría General de Boyacá, hizo constar que la Señora GLADYS H. ALBA GUIO, laboró en dicha entidad en diferentes cargos y periodos, finalizando como Subdirectora encargada

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 4 de mayo de 2017. Rad. No. 0318-14. C.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.

<sup>26</sup> CE. SCA. S2, Sub. "B". Sentencia de 26 de abril de 2012. Rad. No. 1205-10. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Administrativa del Presupuesto y Tesorería N° 068-05, en el lapso comprendido del **16 de marzo de 2000 al 31 de diciembre de 2001**. (fl. 72-anexo 1), especificando las funciones entre las que se resalta la siguiente:

*"Dirigir, administrar, controlar y evaluar el desarrollo de los programas, los proyectos y las actividades de su dependencia y del personal de apoyo. Desarrollar las actividades que en materia de ejecución presupuestal deba realizar la entidad y elaborar en coordinación con la oficina de planeación y la contraloría Auxiliar el proyecto de presupuesto de ingreso y gastos de la entidad y presentarlo al Señor Contralor para el trámite correspondiente (...) Responder por la administración y desarrollo de las actividades presupuestales contables y de tesorería y en general del sistema financiero de la entidad (...)"* (fls. 73-72 –anexo 1).

Por lo anterior y visto la equivalencia determinada en el Acuerdo N° 006 del 12 de noviembre de 2006, quien remplazo a la demandante en el cargo de Subgerente, contaba con los requisitos establecidas en el artículo 22 del decreto 785 de 2005, al ejercer como miembro de la junta Directiva de la E.S.E Centro de Salud de Jenesano, debidamente certificada y que convalido la experiencia requerida.

En consecuencia, no se puede discutir que el motivo por el cual el nombramiento de la actora fue declarada insubsistente estuvo dirigido al mejoramiento del servicio, el cual no pudo ser desvirtuado por la demandante, en la medida que con especialización y experiencia en dicho cargo especialmente la adelantada en el Contraloría Departamental y como miembro de la junta Directiva de la E.S.E Centro de Salud de Jenesano **desde el 12 de agosto de 2008, hasta el 03 de enero de 2011**, superando más de dos años que exigía el manual de funciones, con lo que se desvirtúa la afirmación que si bien no tiene soporte probatorio en el plenario, con el fin de cotejar las calidades profesionales del demandante y ésta, fue plasmada en la resolución de insubsistencia y a lo largo del presente proceso, sin que el actor hiciera manifestación contraria al respecto.

Además y con fundamento en la eficacia de la prueba, su neutralidad o la oportunidad de contradicción, el artículo 177 de Código de Procedimiento Civil establece que incumbe a las partes enfrentadas en un litigio probar *"el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen"*; es decir, que la accionante debió probar el desmejoramiento del servicio que alega o la existencia de motivos distintos de la facultad discrecional que llevaron a la Gerente encargada de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA a declarar insubsistente su nombramiento.

Probanza que echa de menos esta Corporación y que permitiría establecer la afectación o desmejora del servicio con ocasión del acto demandado y asegurar que el mismo se inspiró en razones diversas del buen servicio y en la misma línea, tampoco fue acreditado que la empleada nombrada en reemplazo de la actora, no garantizaba el buen servicio a cargo de la entidad, en tal sentido la parte interesada no desplegó ninguna actividad probatoria tendiente a acreditar el desmejoramiento del servicio, por lo que frente a este cargo de nulidad las pretensiones no prosperan.

### **3.4 Del análisis probatorio de la renuncia a los cargos de libre nombramiento y remoción**

Teniendo en cuenta el argumento del recurrente, según el cual la demandante renunció por petición de la Gerente encargada, como consecuencia de las discrepancias políticas y la orden del Alcalde de la localidad, lo primero que debe advertir la Sala, es que no reposa asomo de prueba eficiente y eficaz que convalide tal manifestación, por el contrario los testimonios recibidos tanto a ANA YEBBY SANCHEZ PUENTES y ADRIANA FONSECA, fueron claros en enfatizar que no tenían conocimiento alguno de tal circunstancia o petición que generara la renuncia.

Aunado el acto enjuiciado, correspondió al ejercicio de la facultad discrecional y no a la aceptación de la renuncia que la Señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ presentó limitándose hacer manifestaciones subjetivas que pretenden desdibujar el ejercicio de la facultad discrecional, no logrando acreditar el constreñimiento alegado en la demanda.

Así al valorar la Sala la prueba testimonial y documental que reposa en el proceso, se observa que no se acreditan los presuntos móviles políticos que alega la demandante frente a la renuncia y que conllevaron al retiro del servicio de la entidad accionada mantiene la presunción de legalidad del acto acusado, en razón de no demostrarse el cargo de nulidad de desviación de poder que fue invocado en la demanda, por lo que se impone la confirmación del fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

### **4. COSTAS**

Por no evidenciarse temeridad o mala fe de las partes, conforme al artículo 171 del CCA no se dictará condena en costas.

### **III. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

#### **FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 31 de octubre de 2016, por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** Acéptese la renuncia presentada por el profesional en derecho SANTIAGO EDUARDO TRIANA MONROY, identificado con cédula de ciudadanía



Nº 79.392.541 de Bogotá y Tarjeta Profesional Nº 58.773 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos del memorial visible a folio 312, como apoderado de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA, por reunir los requisitos del artículo 69 del CPC.

**CUARTO:** Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No. 4 de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**  
Magistrado

**Ausente Con Permiso**

**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
Magistrado

  
**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**  
Magistrado

**HOJA DE FIRMAS**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Rad. No. 150013331014-2011-00121-02  
Accionante: MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ  
Accionado: E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA



**Tribunal Administrativo de Boyacá**  
**Secretaria**

**E D I C T O**

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, POR EL PRESENTE NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA**

CLASE DE ACCIÓN            **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
RADICADO                    **150013331014201100121-02**  
DEMANDANTE                **MYRIAM MERCHAN SANCHEZ**  
DEMANDADO                 **E.S.E CENTRO DE SALUD DE TOCA**  
MG. PONENTE                **JOSE ASCENCION FERNANDEZ OSORIO**  
FECHA DE DECISIÓN        **24 DE JULIO DE 2018**

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA ANTERIOR SENTENCIA, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LUGAR PUBLICO DE LA SECRETARIA POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, HOY 31/07/2018 **A LAS 8:00 A.M.**

  
**CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO**  
**SECRETARIA**

CERTIFICO: Que el presente EDICTO permaneció fijado en lugar público de la Secretaría del TRIBUNAL, por el término en él indicado, y se desfija hoy 2/08/2018 **a las 5:00 p.m.**

  
**CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO**  
**SECRETARIA**