



República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja

Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, 26 ABR 2017

DEMANDANTE: JAVIER CORREDOR PULIDO
DEMANDADO: E.S.E CENTRO DE SALUD MANUEL ALBERTO FONSECA SANDOVAL DE SOTAQUIRÁ BOYACÁ
RADICACIÓN: 150013333014-2014-00130-00
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA (fls. 3)

El apoderado de la parte actora solicita se declare la Nulidad de la Resolución No. 052 del 06 de noviembre de 2013, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante Señor **JAVIER CORREDOR PULIDO**, en el cargo de Tesorero código 201 de la **E.S.E. CENTRO DE SALUD MANUEL ALBERTO FONSECA SANDOVAL DEL MUNICIPIO DE SOTAQUIRÁ**.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho, solicita que: *i)* se ordene a la demandada a realizar el reintegro del demandante **JAVIER CORREDOR PULIDO**, a un cargo de igual o superior categoría al que venía ostentando; *ii)* se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante, todos los sueldos, primas bonificaciones, subsidios y demás derechos dejados de percibir, desde la fecha de notificación de la terminación del nombramiento hasta cuando sea reintegrado a la planta de personal de la Entidad, incluyendo el valor de los aumentos que se hubiesen decretado con posterioridad a la notificación de la terminación del nombramiento; *iii)* que las sumas reconocidas sean actualizadas de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo y se reajuste su valor, desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria del correspondiente fallo; *iv)* que se declare para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio del actor; *v)* Se condene en costas a la demandada y se dé cumplimiento a la sentencia en el término previsto en el artículo 196 del Código Contenciosos Administrativo



2. HECHOS DE LA DEMANDA (fls. 3-6).

El apoderado del demandante indica que el Señor JAVIER CORREDOR PULIDO, fue nombrado como tesorero de la **ESE CENTRO DE SALUD MANUEL ALBERTO FONSECA SANDOVAL DE SOTAQUIRÀ**, Código 201, cargo de libre nombramiento y remoción, empleo del cual tomó posesión el **05 de mayo de 2004**.

Que durante su vida laboral para la ESE siempre se desempeñó cumpliendo su deber funcional, determinado en el manual de funciones de la Entidad demandada y cumpliendo con los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

Que nunca tuvo un llamado de atención, ni fue investigado, ni sancionado por los órganos de control, ni por sus superiores jerárquicos.

Que al demandante se le vinculó en el cargo de tesorero, pero al verificar sus funciones, las cuales se encuentran determinadas en el manual de funciones, adaptado mediante Acuerdo 003 del 31 de marzo de 2011 emanado de la Junta Directiva de la ESE CENTRO DE SALUD MANUEL ALBERTO FONSECA SANDOVAL DE SOTAQUIRÀ, su cargo corresponde a otra denominación como JEFE ADMINISTRATIVO DE LA ENTIDAD.

Que la mayoría de funciones establecidas en el manual de funciones de la **ESE CENTRO DE SALUD MANUEL ALBERTO FONSECA SANDOVAL DE SOTAQUIRÀ**, corresponden a un PROFESIONAL de Presupuesto, de Contratación de Recursos Humanos, etc.; razón por la que el demandante no era un tesorero sino un profesional del área administrativa.

El Señor JAVIER CORREDOR PULIDO, fue declarado insubsistente del cargo, sin motivación alguna mediante la **Resolución Número 052 del seis (06) de noviembre de dos mil trece (2013)**.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

Señala que el acto administrativo demandado vulnera la Constitución Política en su artículo 53 el cual protege el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades y el artículo 19 de la Ley 909 de 2004 que regula la estructura del empleo público; teniendo en cuenta que la realidad funcional del accionante, no era la de un tesorero; sino de un funcionario de nivel profesional; teniendo en cuenta que ejercía funciones en áreas de recursos humanos, suministros y la realización de una eficiente gestión administrativa en todas las dependencias de la institución.



II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 63-72)

El apoderado de la entidad accionada manifiesta que se opone de plano a cada una de las **PRETENSIONES** de la presente acción, teniendo en cuenta que no se puede imputar irregularidad o causal que genere vicio sobre el acto demandado; razón por la que no hay lugar al reintegro del demandante, al reconocimiento de la solución de continuidad, ni a la condena solicitada por cuanto las fundamenta en una norma derogada por la Ley 1437 de 2011. (f. 66).

Afirma que la parte actora es persistente en sostener una presunta configuración de funciones ajenas a las del cargo de tesorero desempeñadas por el demandante; no obstante, la naturaleza del cargo, establecida directamente por la Ley es esencialmente de libre nombramiento y remoción, susceptible de ser removido, mediante acto discrecional; tal y como lo contempla la Ley 909 de 2004, como excepción al sistema de carrera administrativa, teniendo en cuenta que exigen una especial confianza o se vinculan para ejercer funciones de administración de recursos públicos.

Considera que esta clase de cargos por ser provistos de manera periódica, son de carácter político, pues se originan en funcionarios elegidos para periodos fijos; razón por la que carecen de estabilidad; pues en esta clase de cargos se desarrollan funciones de dirección, confianza y manejo; lo cual sirve de sustento, dentro de los límites establecidos para que el agente nominador pueda remover al funcionario en cualquier momento.

Finalmente propuso como excepciones **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN** y **FALTA DE DERECHO PARA PROMOVER LA ACCIÓN**.

TRASLADO DE EXCEPCIONES (fls. 145-146)

El apoderado judicial del demandante, dentro del término concedido para el efecto, se pronunció sobre las excepciones propuestas por la entidad accionada en su escrito de contestación, de la siguiente manera:

Aduce que la demanda fue interpuesta dentro del término previsto por la Ley en una oficina diferente a la del Distrito Judicial competente para conocer del medio de control; el cual lo define por el lugar en donde el demandante prestó sus servicios; no obstante, en el nuevo Código General del Proceso se incluyó la posibilidad de presentar las demandas en cualquier parte del territorio nacional, teniendo en cuenta el principio de unidad de la jurisdicción; por ende y en aplicación del artículo 90 del C.G.P., el Juez Administrativo de Yopal decidió enviarla por competencia al Distrito Judicial de Tunja. Ya que de esta manera se facilita el acceso a la Administración de Justicia.



En consecuencia, con la presentación de la demanda se interrumpe el término de caducidad del medio de control y que por ende no existe la caducidad alegada por el demandado.

Frente a la excepción de falta de derecho para promover la acción, argumentó que no existe limitación alguna para acudir a la jurisdicción, precisamente porque constituye un derecho de toda persona a promover un medio de control, bajo el precepto del artículo 2º de la Constitución Política el actor puede acudir a la jurisdicción para reclamar los derechos que considere le son vulnerados por la actuación administrativa; que para el presente caso, bajo el socaire del cargo de tesorero, siendo éste de confianza, se produjo la precariedad de su estabilidad laboral, de cara a la potestad discrecional de la administración.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

I. AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda el día 22 de enero de 2015 (fls. 45-47) y notificadas las partes¹, la entidad demandada dentro del término legal, allega contestación. Posteriormente se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial para el 27 de mayo de 2016 (fls. 155-156), la cual se aplazó para el día 24 de octubre del 2016 (fls. 163 a 165), fecha en que se realizó la Audiencia Inicial, en los términos del artículo 160 del C.P.A.C.A, culminando con la fijación de fecha para la audiencia de pruebas.

2. AUDIENCIA DE PRUEBAS

En fecha 8 de noviembre de 2016 (fls. 183 a 188), se realizó audiencia de pruebas, la cual fue suspendida con el fin de lograr el recaudo de la totalidad de las pruebas decretadas; razón por la que se aplazó para el día 16 de enero de 2017 (fls. 281-283 vto.) que a su vez fue suspendida para el día 20 de febrero de 2017, audiencia en la que se incorporó la totalidad de las pruebas decretadas y se ordenó la presentación de los alegatos por escrito.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. PARTE DEMANDADA: (fls. 301-302)

E.S.E CENTRO DE SALUD MANUEL ALBERTO FONSECA SANDOVAL DE SOTAQUIRÁ: El apoderado presentó sus alegatos de conclusión, el día 06 de marzo de 2017 (fls. 302-303), señalando que se respecto de los hechos de la demanda se probó que la vinculación que

¹ Ver folios 53 a 56

² Folios 281 a 283 y 295 a 296



se hizo al señor JAVIER CORREDOR PULIDO fue con el fin de que este desempeñara funciones de tesorero de la entidad, el cual corresponde a un cargo de nivel directivo de manejo y confianza. Por ende se trataba de un cargo de libre nombramiento y remoción de acuerdo con la excepción legal contenida en la Ley 909 del 2004 por exigir una especial confianza en la administración de recursos públicos.

En consecuencia y por su misma naturaleza el acto de INSUBSISTENCIA es de carácter discrecional y no requiere de mayores motivaciones ya que bajo la presunción de legalidad se entiende que es por el mejoramiento del servicio.

Por lo anterior solicita al Despacho negar todas y cada una de las pretensiones ya que las mismas adolecen de fundamento jurídico, probatorio y factico, al ser un cargo de naturaleza presupuestal, contable y financiero, donde también se cumplían labores de tipo administrativo por ser inherentes a la naturaleza del cargo.

2. PARTE DEMANDANTE (304-305)

Mediante escrito radicado en fecha 06 de marzo de 2017 (fls. 304-305), el apoderado de la parte demandante, presenta alegatos de conclusión, donde hace referencia a las pruebas aportadas al proceso, para señalar que, es evidente el excelente desempeño laboral del demandante como empleado público de la entidad demandada y donde se probó que no existió motivo alguno para la declaratoria de insubsistencia y por el contrario si se probó que tuvo que desempeñar otras labores relacionadas con las de Director Administrativo.

Ante las imperiosas necesidades de la E.S.E., y por no contar con los recursos para crear dicho cargo, se le acumularon las funciones de director administrativo a las del tesorero; lo cual vulnera los derechos del trabajador y valiéndose de la denominación del empleo de tesorero se le desvincula bajo la apariencia de legalidad que le brinda la denominación del empleo el cual lo enmarca como empleado de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción. Por todo lo anterior considera que resultaba impertinente la declaratoria de insubsistencia de su defendido ya que las funciones que desempeñaba eran mucho más amplias que las de un de tesorero.

V. ANÁLISIS PROBATORIO

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:



- Resolución No. 052 de fecha 06 de noviembre de 2013 por medio de la cual se declara la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción con la respectiva copia de la comunicación efectuada al señor JAVIER CORREDOR PULIDO (fls. 12-13).
- Manual de funciones del cargo de tesorero de la Empresa Social del Estado Centro de Salud "Manuel Alberto Fonseca Sandoval" Sotaquirá-Boyacá (fls. 14-15 y 94-95).
- Acta de posesión del accionante como tesorero de la E.S.E CENTRO DE SALUD MANUEL ALBERTO FONSECA SANDOVAL y certificación laboral expedida por la tesorera de la ESE centro de salud (fls. 16-17 y 76).
- Constancia de conciliación extrajudicial expedida por la Procuraduría 45 Judicial II para asuntos administrativos de fecha 31 de marzo del 2014 (fl. 18).
- Derecho de petición de fecha 12 de agosto de 2015, con certificado de entrega (fls. 73-75).
- Pólizas de Manejo Global de la empresa Liberty Seguros S.A. (fls. 77-81).
- PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO No. 604-2015-02 iniciado contra el señor JAVIER CORREDOR PULIDO (fls. 82-87).
- Acta No. 006 /2012 de REUNIÓN ORDINARIA DE JUNTA DIRECTIVA de la E.S.E. (fls. 88-93).
- Hoja de vida del señor JAVIER CORREDOR PULIDO (fls. 96-142).
- Copia del Proceso Administrativo sancionatorio No.604-2015-02 de la E.S.E. Centro de Salud Manuel Alberto Fonseca Sandoval de Sotaquirá; allegado por parte de la oficina asesora jurídica de la Contraloría General de Boyacá (fls. 205-247).
- Respuesta allegada por parte de la E.S.E. Manuel Alberto Fonseca Sandoval de Sotaquirá con documentación atinente a *i)* copia de la planta de cargos de la E.S.E para la fecha en la que se desempeñaba el accionante en el cargo de tesorero de la entidad entre el 5 de mayo de 2004 al 6 de noviembre de 2013, con resolución 002 del 18 de febrero de 2004. *ii)* Copia autentica del acto administrativo mediante el cual se fijó la planta de personal de la E.S.E. y copia autentica del acuerdo 001 de 30 enero de 2004 por medio del cual se estableció el manual de funciones y organización administrativa de la misma entidad. *iii)* Certificación que acredita si en la E.S.E. existía el cargo de JEFE ADMINISTRATIVO, quien lo desempeñaba y cuáles eran sus funciones (fls. 249-276).

PRUEBA TESTIMONIAL:

- En audiencia de pruebas del día 16 de enero de 2017 (CD obrante a folio 285), se recibieron los testimonios solicitados por el demandante a los señores:
 - **JORGE AUGUSTO SANDOVAL RODRIGUEZ:** *De los hechos que dieron origen a la presente demanda manifestó que se enteró que en el año 2013, se declaró insubsistente al Señor JAVIER CORREDOR PULIDO por el cambio de gerente, quien pensó que el demandante no era de su confianza y haciendo*



uso de las facultades otorgadas por la Ley, dispuso cambiar al tesorero, por una persona de su confianza; así mismo que conoció a JAVIER CORREDOR en una brigada de salud, cuando el declarante fungía como gerente y que le pareció que era una buena persona, por lo que le dijo que si estaba interesado en desempeñar el cargo de tesorero de la ese; y que le advirtió que dicho cargo era de libre nombramiento y remoción; además que el demandante conocía en ese momento el manual de funciones y debido a eso aceptó el cargo, teniendo en cuenta las funciones que en ese momento se tiene como tesorero de la E.S.E.

Posteriormente respecto de la misión y función desempeñada por el demandante como tesorero de la ESE afirma que: "...tratándose de una empresa pequeña con pocos empleados, la mayoría empezando por el gerente debíamos ayudar en otras cosas, teniendo en cuenta el nivel y la profesión de cada uno ... cuando cada uno de los empleados se posesionó y aceptó ser empleado de la empresa, se le dijo, se le advirtió qué responsabilidades tenía además de las propias y en qué podía ayudar porque la empresa necesitaba de eso, y que si eso le servía así o que si no se buscaba a otra persona que quisiera ayudar en el tema...", de igual manera indicó que el personal de la E.S.E. debía hacer diversos oficios, sin embargo la mayoría de ellos estaba en el manual de funciones de la empresa y que las actividades realizadas por el tesorero no desvirtuaban la esencia del cargo.

- JOSÉ RAMÓN MERCHAN RUIZ, quien manifestó que manifiesta que fue gerente de la ESE a finales del 2011 y principios de 2012, fecha en la cual conoció al demandante, así mismo que no tiene conocimiento de las razones por las cuales declararon insubsistente al demandante, así mismo que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción como tesorero de la E.S.E., pero además de las funciones propias de su cargo, ejercía otras funciones que se le designaban, tales como la cartera de la empresa, que no es función de la tesorería, pero que se asumía; así mismo, en la parte de contratación, de personal y de cartera, en ese momento a parte de su tesorería, manifiesta que en esa entidad no existía el cargo de jefe administrativo de la entidad. Finalmente aduce que era una persona diligente.

- WILFREDO RAMIREZ CASTIBLANCO, quien manifestó, que es amigo con el demandante por cuestiones laborales desde el año 2012, cuando suscribió un contrato con la ESE MANUEL ALBERTO FONSECA SANDOVAL, quien en ese tiempo se desempeñaba como tesorero y era quien manejaba lo correspondiente a la contratación de la empresa de salud, él hacía los contratos y que conoce las razones o motivo por los cuales lo declararon insubsistente del cargo, dice que desde que llegó a la ESE, lo conoció como

tesorero en la parte administrativa

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si la Resolución No. 052 del 6 de noviembre de 2013, proferida por el Gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Sotaquirá, que declaró insubsistente al actor JAVIER CORREDOR PULIDO, del cargo de Tesorero, Código 201, está viciada de nulidad. En caso afirmativo: ¿Tiene derecho el accionante al reintegro a un cargo de igual o superior categoría del que venía ostentando, así como al pago de los sueldos y prestaciones dejadas de percibir con sus respectivos aumentos, sin solución de continuidad, desde la fecha de notificación de la terminación del nombramiento hasta el momento de ser reintegrado a la planta de personal de la Entidad accionada?

2. TESIS

De la interpretación de los actos procesales de introducción y contradicción, el Despacho concreta las tesis argumentativas del caso, desplegadas por las partes, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

- **Tesis argumentativa propuesta por el demandante**

Afirma que la Resolución No. 052 de fecha 06 de noviembre de 2013, mediante la cual el Gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Sotaquirá, que declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Tesorero código 201 de la E.S.E. Centro de Salud Manuel Alberta Fonseca Sandoval del Municipio de Sotaquirá, se encuentra viciada de nulidad, dado que el Señor JAVIER CORREDOR PULIDO, se desempeñó en su cargo de manera diligente, realizando más actividades de las que se encontraban descritas en el manual de funciones para ese cargo; y que correspondían al de Director Administrativo.

De igual manera aduce que se encuentra probado en el proceso, el excelente desempeño laboral del demandante como empleado público, no existiendo motivo alguno para la declaratoria de insubsistencia y por el contrario demostró que tuvo que realizar otras labores, por cuanto la entidad no contaba con los recursos necesarios para el aumento de la planta de personal.

Como consecuencia de lo anterior, solicita ser reintegrado a un cargo de igual o superior categoría y le sean pagados todos los emolumentos que dejó de percibir a causa de su despido injusto.

- **Tesis argumentativa propuesta por la entidad demandada**

Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda al considerar que la entidad accionada profirió el acto administrativo demandado en ejercicio de la facultad discrecional del nominador aplicable para los cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales no contemplan ningún fuero de estabilidad; mismo, que el cargo de tesorero de la entidad, corresponde a un cargo de nivel directivo de la planta de personal de la entidad y que corresponde a un cargo de confianza y manejo, razón por la cual su salida era discrecional, en virtud de lo contemplado en la Ley 909 de 2004.

Aduce que para el presente caso, el acto que lo declaró insubsistente, no debe ser motivado y que por tratarse de un empleo de libre nombramiento y remoción, debe ser provisto de manera periódica, en virtud de la naturaleza del cargo y el carácter político; contemplándose éstos cargos como una de las excepciones previstas en el artículo 5º de la Ley 909 de 2004.



- **Tesis argumentativa propuesta por el Juzgado**

El Despacho negará las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que dentro del plenario no fue desvirtuada la presunción de legalidad de la Resolución N°. 052 del 06 de noviembre de 2013; toda vez que el cargo que ejercía el demandante JAVIER CORREDOR PULIDO es de libre nombramiento y remoción dada el grado de confianza que este ameritaba para con su nominador; otorgándole la facultad discrecional tanto de nombrar como de retirar del servicio al funcionario, independientemente del buen desempeño en su ejercicio del cargo, pues es obligación de todo empleado público el cumplir cabalmente con las obligaciones impuestas, propendiendo por el cumplimiento de los fines del Estado, regulados legal y constitucionalmente.

3. PARA RESOLVER EL PROBLEMA JURÍDICO, EL DESPACHO PROCEDERÁ, CONFORME A LA SIGUIENTE MOTIVACIÓN:

- 3.1 De los empleos de libre nombramiento y remoción
- 3.2 De la desvinculación en los cargos de libre nombramiento y remoción
- 3.3 Caso en concreto

3.1. DE LOS EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

El Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, establece que la regla general es que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y regula las excepciones a la regla en cargos tales como: los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Veamos:

*“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. **Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.**”*

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinada por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.(Negrilla y Resaltado del Despacho)

Así pues, la misma Carta Política, plantea excepciones a la generalidad de la carrera administrativa, como los empleos de libre nombramiento y remoción, en los que se busca que los cargos de mayor trascendencia, esto es de dirección y manejo de una entidad, por la confianza que los mismos requieren con el nominador, puedan ser desempeñados por personas designadas por la mera liberalidad de este.



Sobre esta forma de vinculación al empleo público el Consejo de Estado, Sección Segunda con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve³ ha sostenido que:

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

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

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

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-514 de 1994, MP. José Gregorio Hernández Galindo, sobre el particular indicó que:

"Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata." (Negrilla del Despacho).

Jurisprudencias transcritas que permiten concluir que los cargos de libre nombramiento y remoción, son ejercidos por personas que por su alto grado de confianza con el nominador lo acompañan en su gestión, pues son de aquellos cargos de dirección, confianza y manejo, en los que se desempeñan funciones al interior de la administración, en las que se adoptan decisiones de gran trascendencia para el cumplimiento de la misión institucional. Por tanto, frente a tales cargos, el nominador cuenta con alguna liberalidad para la vinculación y retiro de las personas designadas en este tipo de cargos.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 7 de julio de 2011. Expediente: 050012331000200601107 01 (0740-2010).



4.2. DE LA DESVINCULACIÓN DE LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Ahora bien, así como la vinculación a dichos empleos implica cierta liberalidad por parte del nominador, la misma también se predica respecto de su retiro, el cual puede realizarse de forma discrecional, en tanto se presume que las decisiones que sobre el particular adopta el nominador, se hacen pensando en el buen servicio público.

Respecto a la forma de desvinculación de los empleados de libre nombramiento y remoción, el Consejo de Estado ha indicado que:

“El acto de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción es discrecional y debe ser adecuado a los fines de la norma que lo autoriza. Y si bien es cierto que tal potestad no es omnímoda, en forma tal que pueda llegar a convertirse en arbitrariedad, dicha facultad está amparada legalmente cuando se trata de una atribución cuya conveniencia y oportunidad, está enmarcada dentro de la racionalidad de la medida.

*Cuando se ha otorgado a los nominadores la facultad discrecional para remover libremente a sus empleados, éstos gozan de un cierto margen de libertad, para **decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración los fines que se le han encomendado**; por ello en el ejercicio de funciones públicas debe existir un entendimiento entre empleada y empleador; así cuando se rompe dicha armonía, por la inconformidad del funcionario respecto de la manera como entiende la salvaguarda de sus intereses, ya el buen servicio no puede cumplirse, pues no se da, como es obvio, la comunidad de fines e intereses.*

Por ella, resulta razonable en aras del interés de la institución, el cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo.”(Resalta el Despacho).

La permanencia o no en el cargo, va directamente ligada con el entendimiento y grado de confidencialidad que se dé con el nominador, a efectos de garantizar el cumplimiento de los fines e intereses de la entidad estatal. Sobre el particular, la misma Corporación en pronunciamiento de 31 de enero de 2008, indicó:

“En esas condiciones es de resaltar que la actora desempeñaba un cargo de confianza y manejo (Director Regional), que su vinculación se realizó bajo la modalidad de empleado de libre nombramiento y remoción, es decir que podía ser retirada del servicio sin motivar el acto de desvinculación.

Siendo el cargo que ocupaba lo demandante de aquellos de confianza, dirección y manejo, lo ley les ha dado el tratamiento especial de ser ejercidos sólo por aquellas personas llamadas por el nominador a acompañarlo en su gestión en razón del alto grado de confiabilidad que en ellas debe depositar. En consecuencia, resulta razonable que en aras del interés institucional, el nominador -en ejercicio de su potestad discrecional- pueda retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo de trabajo. Esa facultad discrecional para remover libremente a sus empleados otorgada a los nominadores implica un cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración los fines encomendados a la entidad a su cargo.

La situación laboral que regía a la demandante, no le otorgaba ningún fuero de estabilidad relativa, pues esta Corporación ha sostenido reiteradamente que cuando la administración decide declarar insubsistente a un servidor público de libre nombramiento y remoción, se presume que se realizó en procura del buen servicio público, conforme con la facultad

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia veintidós (22) de marzo de dos mil siete (2007).



discrecional del nominador para disponer de los cargos cuyas titulares no están amparados por algún fuero especial de inamovilidad." (Negrilla del Despacho).

Así las cosas, el retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción, obedecen a la facultad discrecional del nominador sin que para el ejercicio de esta facultad, deba mediar motivación alguna. No obstante, esta medida debe estar inspirada en razones de buen servicio, por lo que resulta procedente su expedición de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵.

Acto Administrativo que se encuentra amparado bajo la figura de la presunción de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y *"opera en el que hacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o justicia estricta y de oportunidad o conveniencia"*⁶.

El tratadista JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ, en su obra *"Insubsistencia Laboral Reglada, discrecional y arbitraria"*⁷, señaló *contrariamente a lo que vulgar o abusivamente se cree, la potestad discrecional no es abstracta, ni absoluta, ni ilimitada, ni indefinida, ni extrajurídica, ni caprichosa. Tampoco es lo que en épocas tenebrosas se conoció como el juicio secreto o de verdad sabida y buena fe guardada.* Precisó además, que la misma no se concibió para satisfacer caprichos individuales, pues es la forma de expresión de la arbitrariedad, mientras que el poder discrecional se ejerce sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes.

Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado que:

*"En un Estado de Derecha, la facultad de libre nombramiento y remoción no equivale a la arbitrariedad, pues el otorgamiento de facultades, por amplias que ellas sean para apreciar los hechos y tomar las decisiones más convenientes al bien común y concretamente al buen servicio, supone una subordinación de medio a fin; sin ésta el poder discrecional degeneraría en la arbitrariedad que es la total negación del Estado de Derecha"*⁸

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub examine*, se encuentra que el señor JAVIER CORREDOR PULIDO, laboró en el cargo de Tesorero código 201 de la E.S.E. Centro de Salud Manuel Alberto Fonseca Sandoval del Municipio de Sotaquirá, del día 05 de mayo de 2004, al 06 de

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B". Consejero Ponente: BERITIA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Sentencia de Treinta Y Uno (31) De Enero De Dos Mil Ocho (2008).

⁶ Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1º de noviembre de 2007, Expediente No. 250002325000199902672-01 (2007-2008). Actora: Yolanda Teresa Gómez Fajardo, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante

⁷ DRÓMLI, ROBERTO, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1995, página 29.

⁸ VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. INSUBSISTENCIA LABORAL REGLADA, DISCRECIONAL Y ARBITRARIA. Editorial LEGIS, 2001, pág. 30

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda sentencia de 5 de mayo de 1993.



noviembre de 2013¹⁰, fecha en la cual fue declarado insubsistente mediante la Resolución No. 052 expedida por el Gerente de la ESE Centro de Salud de Sotaquirá (fl. 136); razón por la cual, considera que dicho acto administrativo se encuentra viciado de nulidad, por violar el principio laboral de lo sustancial sobre las formalidades.

Así entonces, se abordará cada uno de los argumentos esgrimidos por el demandante en contra del acto acusado a efectos de establecer si alguno de ellos se encuentra llamado a prosperar dentro de la presente acción, en el siguiente orden:

- **De la naturaleza del cargo desempeñado por el actor**

Afirma el demandante **JAVIER CORREDOR PULIDO** que, si bien fue nombrado en el cargo de tesorero de la E.S.E, Centro de Salud Manuel Alberto Fonseca Sandoval del Municipio de Sotaquirá, las funciones que le fueron asignadas correspondían al cargo de Director Administrativo; teniendo en cuenta que cumplía funciones adicionales a las inherentes del cargo de tesorero; así mismo, que la entidad accionada, lo declaró insubsistente en una actuación con desvío de poder y motivación falaz; dado que el demandante cumplía cabalmente con sus deberes.

Así las cosas, en el *sub* examine, se encuentra demostrado que mediante el Acuerdo N°. 01 del 30 de enero de 2004 (fls. 251-275), se estableció el manual de funciones y la Organización Administrativa de la E.S.E. Centro de Salud Manuel Alberto Fonseca Sandoval del Municipio de Sotaquirá, creando la siguiente planta de personal:

CARGO	N° DE CARGOS	CÓDIGO	NIVEL
GERENTE	1	257	DIRECTIVO
MEDICO GENERAL/RURAL	1	310	PROFESIONAL
ODONTÓLOGO	1	325	PROFESIONAL
TESORERO	1	201	PROFESIONAL
ENFERMERA	1	365	PROFESIONAL
AUXILIAR DE ENFERMERÍA	1	555	AUXILIAR
AUXILIAR DE ODONTOLOGÍA	1	518	AUXILIAR
REGENTE EN FARMACIA	1	516	TÉCNICO PROFESIONAL
AUXILIAR TÉCNICO ADMINISTRATIVA	1	550	AUXILIAR ADMINISTRATIVO
AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES	1	105	OPERATIVO
CONDUCTOR AMBULANCIA	1	620	OPERATIVO

¹⁰ Ver Certificación obrante a folios 17 y 138.



En el mismo Acuerdo, se estableció el número de funciones específico para cada uno de los cargos, así:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	TESORERO GENERAL
N. DE CARGOS	1
DEPENDENCIA	GERENTE
CÓDIGO	20
NIVEL	EJECUTIVO
REQUISITOS	TÍTULO UNIVERSITARIO EN ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS, ECONOMÍA, CONTADURÍA O ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. EXPERIENCIA EN LA ESE

Asignando las siguientes funciones:

- Ejecución de labores de planeación, organización y evaluación en la implementación de sistemas y programas de naturaleza... en su dependencia.
- Colaborar con los jefes de unidades y funcionamiento del nivel táctico, asesor y estratégico en la implementación y desarrollo de políticas, programas, proyectos y procedimientos.
- Proponer el diseño y formulación de procedimientos y sistemas atinentes a las áreas administrativas, financieras con miras a optimizar la utilización de los recursos disponibles.
- Conceptuar sobre asuntos propios del área de trabajo y de su especialidad.
- Orientar, coordinar y controlar las actividades relacionadas con el área de trabajo y el personal asignado para su desarrollo.
- Ejercer y responder por controles de gestión financiera, administrativa y de resultados según las responsabilidades asignadas.
- Proyectar actos, contratos y convenios que debe ser suscritos por el representante legal o por funcionarios competentes
- Responder por el correcto manejo de los fondos, cuentas bancarias, títulos valores y demás recursos económicos de la entidad.
- Diseñar estrategias y políticas en los campos técnico, administrativo, financiero y de gestión.
- Cumplir y hacer cumplir la constitución, las leyes, los decretos, las ordenanzas, las resoluciones y demás disposiciones legales.
- Recaudar, custodiar y controlar los ingresos que por todo concepto perciba la ESE.
- Verificar que a todo ingreso se le expida su recibo de caja.
- Responder por los fondos, valores, documentos y efectivo que estén bajo su custodia.
- Efectuar diariamente los arqueos de fondos por todo concepto.
- Revisar que las cuentas tengan todos los soportes de ley y elaborar los respectivos cheques para su pago.
- Revisar que se lleve a cabo la conciliación periódica de las cuentas bancarias conforme a lo establecido.
- Llevar el control de deudores morosos de conformidad con los procedimientos y normas establecidas para la jurisdicción coactiva.
- Rendir informes periódicos al Gerente sobre el estado de Tesorería de la E.S.E. y de los demás que conforme a los reglamentos deba presentar al Junta Directiva, a las Contralorías Departamental, Nacional, contaduría y demás instancias que lo soliciten.
- Estudiar los requerimientos de adiciones y traslados presupuestales.
- Llevar al día la ejecución del presupuesto.
- Responder por el manejo de las Cajas Menores que se llevan en la E.S.E, una vez esté reglamentada.
- Efectuar los movimientos de recaudos, giros y traslados según las normas establecidas en la E.S.E.
- Elaborar diariamente el boletín de los ingresos y pagos efectuados.
- Revisar la autenticidad y legalidad de los soportes y documentos.
- Revisar la disponibilidad presupuestal de los diferentes conceptos de ingreso.
- Observar el régimen jurídico de los servidores públicos y el estatuto anticorrupción.



- Recaudar, custodiar y controlar los ingresos que por todo concepto perciba la Empresa Social del Estado Centro de Salud Manuel Alberto Fonseca Sandoval del Municipio de Sotaquirá.
- Llevar al día la ejecución del presupuesto.
- Efectuar las retenciones sobre salarios y prestaciones ordenadas por la ley a favor de la E.S.E. Centro de Salud Manuel Alberto Fonseca Sandoval del Municipio de Sotaquirá y de terceros.
- Elaborar diariamente el boletín de los ingresos y pagos efectuados.
- Revisar y refrendar las cuentas de cobro que van a ser firmadas por el Gerente de la Empresa Social del Estado Centro de Salud Manuel Alberto Fonseca Sandoval del Municipio de Sotaquirá.
- Las demás funciones que le asigne el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del cargo.

Así las cosas, sin ligar a dudas el Despacho da cuenta que de las funciones del cargo desempeñadas por el actor, lleva implícito el ejercicio de labores de manejo y confianza; razón por la que es necesario que el nominador tenga en cuenta respecto de la persona o funcionario que nombra, o ratifica, varios de las siguientes premisas, como son: i) *alto grado de confiabilidad*, ii) *Conocimiento personal del empleado*, iii) *Escogencia por motivos estrictamente personales que le generen seguridad en el desarrollo coordinado de las funciones* y iv) *convencimiento del sometimiento a la dirección o gerencia*.

- **De la estabilidad en el empleo con la expedición del acto acusado**

Al respecto, lo primero que precisa el Despacho es que el cargo ocupado por el señor **JAVIER CORREDOR PULIDO**, como **Tesorero código 201** de la **E.S.E. Centro de Salud Manuel Alberto Fonseca Sandoval del Municipio de Sotaquirá**, corresponde a de aquellos cargos de libre nombramiento y remoción, situación ésta que es de pleno conocimiento del actor desde la fecha de su posesión - 5 de mayo de 2004- (fl. 15, 110), teniendo en cuenta el nivel jerárquico del cargo, y en virtud a la naturaleza de las funciones del mismo, toda vez que presupone una coadyuvancia en la formulación de labores de planeación, organización y evaluación en la implementación y desarrollo de políticas, programas, proyectos y procedimientos para el buen funcionamiento de su dependencia y en general de la entidad, lo que involucra un gran nivel de confianza, entre el Gerente y el tesorero de la E.S.E. Centro de Salud de Sotaquirá, constituyendo una relación *intuite personae* entre el nominador y el nominado.

Sobre tal facultad discrecional de la autoridad nominadora en empleos de libre nombramiento y remoción, el artículo 26 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968, dispone:

"ARTICULO 26. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera."



Por su parte, el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, consagra:

"ARTICULO 107. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinaria o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados."

Posteriormente, en la sentencia C-734 de 2000, la Corte Constitucional, tuvo la oportunidad de examinar la constitucionalidad del precitado artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, en los siguientes términos:

"(...)...

En conclusión, resulta claro que la Corte ha admitido, en varias ocasiones, que la autorización dada por el legislador para no motivar los actos de desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, no descontra la Constitución, lo cual, de otra lado, no significa que tal autorización sea un atentado de curso para proceder arbitraria o caprichosamente en estos casos.

7. En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues la estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.

...(...)

En lo que se refiere a la desvinculación de los servidores del Estado, es evidente que la situación en que se encuentran los de carrera administrativa no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, pues en éstos últimos, como se dijo, debe hallarse presente un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente, es razonable, pues consiste en asegurar la permanencia de esta confianza que supone el ejercicio del cargo, circunstancia que se encuentra avalada por la propia Constitución, que expresamente autoriza la existencia de esta clase de vinculación.

(...)" -Resalta el Despacho

Bajo los anteriores presupuestos legales y jurisprudenciales, se deduce con claridad que así como la vinculación a empleos de libre nombramiento y remoción implica cierta liberalidad por parte del nominador, esta también se predica respecto de su retiro; tal como fue regulado en la Ley 909 de 2004, que en su artículo 41, literal a) y parágrafo 2º, dispone:

"(...) 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. (...) (Negrilla y Subrayado Fuera de Texto)

Así entonces, jurisprudencialmente se ha analizado las disposiciones legales desde el punto de vista del grado de confianza que el cargo presupone para el buen funcionamiento de la entidad, teniendo en cuenta que **la permanencia o no en el cargo, va directamente ligada con el entendimiento y grado de confidencialidad que se dé con el nominador, a efectos de garantizar el cumplimiento de los fines e intereses de la entidad estatal.** Al respecto, el órgano de cierre de la jurisdicción en pronunciamiento de 31 de enero de 2008, indicó:

*“En esas condiciones es de resaltar que la actora desempeñaba un **cargo de confianza y manejo** (Director Regional), que su vinculación se realizó bajo la modalidad de empleado de libre nombramiento y remoción, es decir que podía ser retirada del servicio sin motivar el acto de desvinculación.*

*Siendo el cargo que ocupaba la demandante de aquellos de confianza, dirección y manejo, la ley les ha dado el tratamiento especial de **ser ejercidos sólo por aquellas personas llamadas por el nominador o acompañarlo en su gestión en razón del alto grado de confiabilidad que en ellas debe depositar.** En consecuencia, resulta razonable que en aras del interés institucional, el nominador -en ejercicio de su potestad discrecional- pueda retirar del servicio o funcionarios de libre nombramiento y remoción para **reacomodar su equipo de trabajo.** Esa facultad discrecional para remover libremente a sus empleados otorgada a las nominadores implica un cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración los fines encomendados a la entidad a su cargo.*

La situación laboral que regía a la demandante, no le otorgaba ningún fuero de estabilidad relativa, pues esta Corporación ha sostenido reiteradamente que cuando la administración decide declarar insubsistente a un servidor público de libre nombramiento y remoción, se presume que se realizó en procura del buen servicio público, conforme con la facultad discrecional del nominador para disponer de los cargos cuyos titulares no están amparados por algún fuero especial de inamovilidad.”¹¹ (Resalta el Despacho)

En esta dirección encuentra el Juzgado que la vinculación con el Estado para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, lleva implícita *per se* una relación *intuitupersonae*, como lo expone el Aito Tribunal en la sentencia de 26 de noviembre de 2009:

“(…)

*Se tiene entonces que por vía de excepción, los empleos de los organismos y entidades estatales también pueden ser de **libre nombramiento y remoción.** Es en acatamiento al principio de razón suficiente, que dichos nombramientos no pueden constituirse en la regla general.*

Los cargos de libre nombramiento y remoción no pueden ser otros que los creados de manera específica, en razón a la naturaleza y características de los mismos, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales o las que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.

*En suma, obedecen a una relación subjetiva, porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar o ejecutar una política, en la que se establece una relación *intuitupersonae*(sic) entre el nominado y el nominador.*

El ingreso, permanencia y el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, depende de la facultad discrecional del nominador, la que no requiere de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos

¹¹CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B". Consejero Ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia de Treinta Y Uno (31) De Enero De Dos Mil Ocho (2008).



personales o de confianza, siempre que cumpla con los requisitos de ley. (...)¹²(Subraya y negrilla fuera del texto original)

Criterio jurisprudencial que hoy continúa vigente, pues el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia proferida el 7 de julio de 2011 con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve¹³ reitera los siguientes aspectos:

"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 ella.

En estos casos, advierte la Sala ha sido previsto 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 alta grado de confianza para su desempeño.

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

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 las motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala es clara 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 u de confianza (...)"
(Resalta y Subraya el Despacho)

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, frente a la estabilidad precaria de quienes desempeñan empleos de libre nombramiento y remoción, en sentencia SU-448/11, indicó:

"7.9. Debido a los defectos referidos, la sentencia que se estudia en sede de tutela na hizo valer las sentencias con efectos erga omnes dadas por esta Corte respecto de las normas que debía aplicar y los contenidos normativas en discusión. Aunque la providencia de Segunda Instancia analizó la discrecionalidad que asistía al Procurador General de la Nación (E), solamente la evaluó en relación con uno de los referentes de ésta, es decir las "razones del buen servicio", dejando de lado otros aspectos indispensables que la jurisprudencia constitucional ha señalado -no solamente las razones de buen servicio- para el entendimiento constitucional de la discrecionalidad del nominador al remover -declarar insubsistente- funcionarios de libre nombramiento y remoción. Este examen aislado realizado en la Sentencia de Segunda Instancia que se estudia, llevó a que el fallador, con base en los testimonios aportados al proceso, equivocadamente concluyera, aunque de forma descontextualizada, que la discrecionalidad utilizada por el nominador no tenía sustento en razones del buen servicio sino en la supuesta animosidad del Procurador General (E) respecto del Procurador Delegado, lo que la tornaba arbitraria e ilustrativa de una desviación de poder.

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Fallo del 26 de noviembre de 2009. Radicación número: 2009-23-31-000-2003-00471-02(1385-09). Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 7 de julio de 2011, Expediente: 0500123310002006011701 (0740-2010).



7.10. Por el contrario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁴ no solamente ha tenido en cuenta la discrecionalidad del nominador respecto de cargos de libre nombramiento y remoción atada a las razones del buen servicio, sino que la ha valorado otros aspectos, sentencias éstas con efectos erga omnes que otorgaban luces sobre los contenidos normativos discutidos.

Era indispensable apreciar que el cargo de Procurador Delegado desempeñado por el señor Solano Bárcenas como Procurador Delegado implicaba un papel directivo, de manejo y de orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptaban políticas o directrices¹⁵ que aparejaban la confianza absoluta¹⁶ de parte del señor Procurador General. Por tal razón, la relación que debía existir entre el Procurador Delegado señor Salana Bárcenas y el Procurador General de la Nación (E) señor Jaramillo Jaramillo -bajo el entendimiento de la Constitución - era de plena confianza, de confidencialidad, de seguridad, de conocimiento personal y de sometimiento a la dirección¹⁷. Precisamente, en el evento en que el nominador no encuentre que su relación laboral con un funcionario bajo su dependencia y que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción, goce de su confianza plena, de la confidencialidad necesaria, del conocimiento personal y del convencimiento del sometimiento de éste a su dirección, puede hacer uso de la facultad discrecional de remover a dicho funcionario, por cuanto dichas tipologías especiales de la relación laboral son imprescindibles para el cumplimiento de las responsabilidades que le atribuye la Constitución¹⁸.

7.11. Así las cosas, entiende esta Corte que la sentencia debió, en primer lugar, justipreciar el uso de la facultad discrecional del Procurador General de la Nación (E) para declarar insubsistente al Procurador Delegado Solano Bárcenas, respecto de las razones del buen servicio; e igualmente, debió ponderar dicha facultad en relación con la plena confianza, la confidencialidad necesaria, la seguridad, el conocimiento personal y el convencimiento del sometimiento a sus órdenes, de parte del entonces Procurador General encargado y su dependiente funcionario." (Resalta y Subraya el Despacho)

Jurisprudencias antes transcritas que permiten reiterar tal como se expuso en el marco normativo y jurisprudencial, la precariedad de la estabilidad en el empleo para aquellas personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, más aún cuando la naturaleza del cargo supone una relación de confianza y manejo entre el nominador y el nominado, para el buen funcionamiento de la entidad; otorgando la facultad discrecional del nominador, que no requiere de motivación de prescindir de los servicios de su subalterno cuando advierta una falta de confianza, que ponga en peligro los fines de la entidad estatal.

Así las cosas, y como se esgrimió líneas atrás, las funciones desempeñadas por el Señor JAVIER CORREDOR PULIDO, en la E.S.E. Centro de Salud Manuel Alberto Fonseca Sandoval del Municipio de Sotaquirá, de las cuales se predica un alto grado de confianza que debe existir entre el Gerente del Centro de Salud, y el Tesorero de la entidad, lo cual se hace evidente respecto de la responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal que en conjunto a estos dos cargos se les podía atribuir en caso de una investigación de dicha índole; tal y como quedó comprobado en el plenario; con el proceso administrativo sancionatorio No. 604-2015-02, que se adelantó en la Contraloría General de Boyacá en contra de FELIPE

¹⁴ Sentencias de Constitucionalidad C-838 de 2003, C-368 de 1999, C-443 de 1997, C-540 de 1998, C-734 de 2000, C-514 de 1994, C-195 de 1994, C-181 de 2010, C-312 de 2003, C-161 de 2003.

¹⁵ Art. 65 ley 201 de 1995

¹⁶ Sentencia C-514 de 1994

¹⁷ Sentencia C-838 de 2003

¹⁸ Arts. 277 y 278 Constitución Política.



CASTELBLANCO PINEDA, en su calidad de Gerente y JAVIER CORREDOR PULIDO, como Tesorero de la entidad (fls.206-247), siendo eximidos de la sanción respecto de los cargos que les fueron formulados dentro del proceso en mención; lo que denota el trabajo coordinado que deben realizar estas dos dependencias y el alto grado de confianza que el demandante debía tener con su nominador; razones por las que no se encuentran llamados a prosperar los cargos de nulidad propuestos sobre el particular por parte del demandante.

De igual manera, es del caso resaltar que desde un inicio el demandante conoció y aceptó las calidades del cargo para el cual fue nombrado y las funciones que éste implica; situación que fue ratificada por el Señor JORGE AUGUSTO SANDOVAL RODRIGUEZ, quien para la época de la vinculación del actor a la E.S.E Centro de Salud Manuel Alberto Fonseca Sandoval del Municipio de Sotaquirá, fungía como Gerente y que en su deposición realizada ante este Despacho, afirmó: *"...tratándose de una empresa pequeña con pocos empleados, la mayoría empezando por el gerente debíamos ayudar en otras cosas, teniendo en cuenta el nivel y la profesión de cada uno ... cuando cada uno de los empleados se posesionó y aceptó ser empleado de la empresa, se le dijo, se le advirtió qué responsabilidades tenía además de las propias y en qué podía ayudar porque la empresa necesitaba de eso, y que si eso le servía así o que si no se buscaba a otra persona que quisiera ayudar en el tema..."*; razón por la que ahora no puede pretender ser reintegrado a la entidad, aduciendo que las funciones que ejercía correspondían a un cargo que ni siquiera hace parte de la planta de personal de la entidad.

- **De la eficiente prestación del servicio y de la desviación de poder, con la que se expidió el acto administrativo acusado.**

El apoderado de la parte actora arguye que el demandante era un excelente servidor público, que cumplía cabalmente con sus deberes; razón por la que para los Gerentes de la E.S.E., resultaba extraño que haya sido removido de su cargo; afirmación ésta que fue ratificada en los testimonios practicados en audiencia de pruebas celebrada el día 16 de enero de 2017, cuyo medio magnético obra en folios 285.

Al respecto, para este Despacho es claro que la eficiencia en la prestación del servicio es una condición que debe caracterizar a los funcionarios públicos, y por ende, ésta por sí sola no confiere estabilidad laboral, ni otorga la prerrogativa de permanencia con fuerza suficiente para debilitar el ejercicio de la facultad discrecional del nominador; pues es una de las obligaciones de todo servidor público la de prestar sus servicios en forma óptima y eficiente, ya que de ello depende la consecución de los fines esenciales del Estado y garantiza a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos y el acceso a las distintos beneficios previstos para el adecuado desarrollo social.



En tal sentido, el Máximo Tribunal de lo Contencioso se pronunció en Sentencia del ocho (8) de marzo de dos mil doce (2012), Radicación número: 25000-23-25-000-2008-01067-01(2157-11), así:

"De otro lado, según lo plantea el actor, su hoja de vida demuestra las altas capacidades y logros académicos con que cuenta, y que su desempeño fue excelente, eficiente y exigente, al punto de llevar las más importantes investigaciones; empero, tales circunstancias, tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, mucho menos constituyen plena prueba de la desviación de poder, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario. En efecto, así lo ha puntualizado la Corporación"¹⁹ :

"... en lo que respecta al buen desempeño del actor durante el tiempo que laboró para la entidad, ha de decir la Sala que tal circunstancia no genera para los empleados que puedan ser retirados del servicio por discrecionalidad del nominador; fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad que le ha sido asignada por Ley, como en el caso sub-examiné (sic), la que se presume ejercida en aras del buen servicio."

En otras palabras, por más de que se requiera, para el desempeño del cargo de Magistrado Auxiliar de una alta Corporación, calidades excelsas y condiciones especiales, como las que ostentaba el demandante, estas circunstancias no enervan la potestad discrecional del nominador de relevar a sus empleados ya que el primero puede tener razones objetivas del servicio para prescindir de sus servicios."

De lo anterior se colige que es deber legal y constitucional de todo funcionario público el desempeñar eficientemente sus funciones, en aras de propender por el cumplimiento de los fines del Estado, sin que este aspecto mengüe la facultad discrecional del nominador de retirar del servicio al empleado que se encuentra vinculado a la entidad pública en un cargo de libre nombramiento y remoción, como en el caso que nos ocupa; razón por la que este Estrado Judicial no comparte los argumentos esbozados por el demandante.

Así mismo, el Despacho discierne de la afirmación realizada por el actor respecto de la desvío de poder que originó la expedición de la Resolución No. 052 del 06 de noviembre de 2013, mediante la cual se declaró insubsistente al Señor JAVIER CORREDOR PULIDO, teniendo en cuenta que es deber de la parte que alega la desviación de poder acreditar probatoriamente dicho argumento, pues las afirmaciones en las cuales se sustentan los reproches a la actuación administrativa en debate, deben cumplir con la carga probatoria correspondiente de conformidad con el artículo 177 del C.P.C²⁰, aplicable por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A., es decir, con la debida incorporación de los medios de convicción que conduzcan al juez a la certeza de que los motivos o fines que tuvo la administración para adoptar la decisión, en realidad son ajenos al interés público en que

¹⁹ Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 31 de julio de 1997, radicado 16128, actor Manuel Salamanca.

²⁰ El artículo 164 del C.G.P. en igual sentido prescribe: "Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho".

se funda la facultad que tiene la autoridad nominadora para separar del empleo a los funcionarios que no gozan de fuero de estabilidad.

Con lo anterior, se tiene entonces que al actor, no obstante asistirle la carga de la prueba, no demostró fehacientemente que el acto objeto de acusación se inspiró en razones ajenas o distintas al fin señalado por el Legislador, es decir, el buen servicio; además del goce de su confianza plena en el nominado, de la confidencialidad necesaria, del conocimiento personal y del convencimiento del sometimiento de éste a su dirección; las cuales han sido contempladas y decantadas jurisprudencialmente por la Honorable Corte Constitucional; como se dejó expuesto líneas atrás; lo cual en el presente caso, no permitió establecer la presencia de desviación de poder en su expedición; razón por la que se negarán las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se desvirtuó la presunción de legalidad de la que goza el acto administrativo demandado.

- **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en los artículos 188 del C.P.A.C.A, y 365 núm. 8 del C.G.P., el despacho considera que en el presente asunto, si bien no se accederá a las pretensiones de la parte demandante, no se condenará en costas, en razón a que la entidad demandada **CORPOBOYACA**, no acreditaron haber incurrido en gasto alguno, por lo que no se hará reconocimiento al respecto.

Lo anterior, acogiendo lo expuesto por el H. Consejo de Estado en providencia del 22 de julio de 2014, en la que aclaró el tema de las costas en el sentido de que *“el reconocimiento efectivo de las costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, por lo tanto, a la parte que obtuvo un pronunciamiento favorable a sus pretensiones, le corresponde no sólo acreditar que se causaron sino también el monto en que incurrió, para que, con fundamento en ello y de acuerdo a los criterios establecidos por el legislador, se cuantifiquen. Debe tenerse en cuenta, que en el evento de que no se pruebe su causación material, pueden liquidarse sin reconocimiento alguno”²¹*

²¹Sobre el tema señala el Consejo de Estado:

“De la condena en costas.

Al respecto, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) estableció que: “salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

...Debe advertirse que dicha condena es una figura que surge del proceso propiamente dicho y hace relación a los gastos en los que se debe incurrir para obtener una declaración o ejecución judicial de un derecho^[17]. Estas deben ser sufragadas por aquel que fue vencido en el proceso^[18] y, comprende además de las expensas necesarias, las agencias en derecho, es decir el pago de honorarios del abogado de la parte que obtuvo un pronunciamiento judicial favorable a sus intereses^[19].

No obstante, el reconocimiento efectivo de las costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, por lo tanto, a la parte que obtuvo un pronunciamiento favorable a sus pretensiones, le corresponde no sólo acreditar que se causaron sino también el monto en que incurrió, para que, con fundamento en ello y de acuerdo a los criterios establecidos por el legislador^[20], se cuantifiquen. Debe tenerse en cuenta, que en el evento de que no se pruebe su causación material, pueden liquidarse sin reconocimiento alguno.



VII. CONCLUSIÓN

El Juzgado negará las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el cargo de Tesorero de la E.S.E. Centro de Salud Manuel Alberto Fonseca Sandoval del Municipio de Sotaquirá, es de libre nombramiento y remoción, implicando tal circunstancia, una limitación en la estabilidad del empleo, pues debe recordarse como bien lo sabe el demandante que su nombramiento fue ordinario, vale decir, que obedeció a una designación discrecional previo cumplimiento de requisitos reglados de experiencia, academia e idoneidad, pero que sobre el mismo podía, conforme a la facultad a discrecionalidad conferida al nominador, retirarlo del cargo toda vez que es una causal legal prevista para tal fin, como ya se señaló, decisión que se debe plasmar en un acto administrativo que se presume legal pero que es desvirtuable, dado que no puede ser un acto arbitrario ni desproporcionado a sus propósitos; sin embargo, en el *sub examine*, se insiste, no hubo ninguna prueba directa o indirecta que evidenciara que existieron fines diversos a los que se presume con la expedición del acto de insubsistencia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

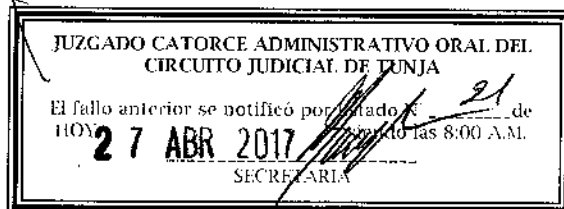
SEGUNDO: Sin Condena en Costas.

TERCERO: Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAVIER HUMBERTO HÉREIRA JAUREGUI

JUEZ



....
Por tal motivo, y en virtud a que el A quo condenó a la parte demandada en un "(...) 80% en costas y en agencia de derecho (...)", omitiendo el procedimiento establecido para la fijación y liquidación de estos emolumentos, la Sala aclarará el numeral sexto de la Sentencia apelada en el sentido de retirar dicho porcentaje de la condena impuesta, pues omiéndose que se deben tener en cuenta los presupuestos establecidos en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso."