



República De Colombia
Rama Judicial Del Poder Público
Juzgado Catorce (14) Administrativa Oral De Circuito De Tunja
Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

DEMANDANTE: MYRIAM MERCHAN SANCHEZ
DEMANDADO: E.S.E. CENTRO DE SALUD DE TOCA
RADICACIÓN: 150013331014-2011-00121-00
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Agotados los ritos propios de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia, al tenor de lo dispuesto en los artículos 170 del C.C.A. y 304 del C.P.C.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Ante esta jurisdicción, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., concurre la señora **MYRIAM MERCHAN SANCHEZ**, a demandar a la **E.S.E. CENTRO DE SALUD DE TOCA**, para que este Despacho y previo el trámite del proceso ordinario, se pronuncie favorablemente en las siguientes;

1.1. DECLARACIONES Y CONDENAS:

1. Se declare la nulidad de la **Resolución No. 079 del 30 de diciembre de 2010**, proferida por la Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento de la señora **MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ**, en el cargo de libre nombramiento y remoción como Subgerente de la E.S.E. Centro de Salud de Toca.

2. A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la entidad demandada:

a. Reintegrar a la actora al cargo de Subgerente de la E.S.E. Centro de Salud de Toca, código 090, grado 01, o a otro igual o equivalente; declarando que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio, desde el momento de la supresión del cargo hasta la fecha en que efectivamente sea reintegrada.



b. Reconocer y pagar a la demandante los salarios, aumentos salariales, bonificaciones, primas, vacaciones, cesantías, prestaciones sociales, aportes a seguridad social y las sumas que por todo concepto dejó de percibir, desde la fecha de insubsistencia del cargo hasta la fecha del reintegro.

c. Que las sumas de dinero por este concepto se actualicen a la fecha de la sentencia definitiva mediante la aplicación de la corrección monetaria o de acuerdo a la variación del IPC de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y el artículo 178 del C.C.A.

d. Ordenar a la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE TOCA, el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

e. Condenar en costas a la parte demandada de conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

1.2 FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se enunciaron en resumen los siguientes:

- Que el **09 de abril de 2010**, la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ fue nombrada por la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE TOCA, Dra. ANA YEEBY SÁNCHEZ PUENTES, para desempeñar el Cargo de Subgerente código 090, grado 01, de esa entidad.

- Que el **19 de octubre de 2010**, el Alcalde del Municipio de Toca, concedió licencia de maternidad a la Gerente Dra. ANA YEEBY SÁNCHEZ PUENTES, por lo cual el 20 de octubre de 2010, nombró como Gerente encargada a la Dra. CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO por el término de 82 días.

- Que entre la demandante y la gerente encargada *“se presentaron discrepancias personales...haciéndose casi imposible una buena relación laboral.”* (fl.3). Así mismo refirió que el Alcalde de Toca nunca estuvo de acuerdo con el nombramiento en propiedad de la Dra. ANA YEEBY SÁNCHEZ PUENTES, por *“diferencias personales y politiqueras”* (fl.4), que perjudicaron a la actora quien en el término de licencia de maternidad de la doctora SÁNCHEZ PUENTES, fue declarada insubsistente en el cargo de Subgerente.



- Que a pesar de la buena conducta de la accionante, la Gerente encargada CLAUDIA BIBIANA PEÑA, ejercía actitudes despreciativas y comentarios que pretendían “ofender el trabajo y labor realizada por ella y por la Dra. ANA YEEBY SÁNCHEZ.” (fl.4).
- Que el **30 de diciembre de 2010**, la Gerente encargada CLAUDIA BIBIANA PEÑA le informó a la actora que con el Alcalde del Municipio de Toca, se definió que debía presentar la renuncia al cargo de Subgerente, por lo cual la actora presentó renuncia que radicó el 30 de diciembre de 2010 con la Secretaria de la Gerencia ADRIANA FONSECA.
- Que 20 minutos después de radicada “la renuncia provocada”, se notificó a la actora la Resolución No. 079 del 30 de diciembre de 2010, “Por la cual se declara insubsistente un nombramiento de libre nombramiento y remisión en la E.S.E.”

En escrito de adición de demanda el apoderado agregó los siguientes hechos (fls.38-41):

- ✓ Que en el Manual de Funciones de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE TOCA, vigente a la fecha del acto de insubsistencia (Acuerdo No. 006 de noviembre 12 de 2006) se establece que los requisitos para ocupar el cargo de Subgerente son: “*estudios: Título Universitario en Administración de Empresas, Ingeniería Industrial, Ingeniería de Sistemas, Contaduría Pública o Economía. Experiencia: dos (2) años de experiencia profesional en instituciones que integren el Sistema General de Seguridad Social en Salud.*”
- ✓ Que analizada la hoja de vida presentada por la Doctora GLADYS ALBA GUIO quien reemplazó a la demandante en el cargo de subgerente, se encuentra que no acredita la experiencia exigida en el Manual de Funciones de la E.S.E. para ocupar dicho cargo, por cuanto no allegó probanza alguna que así lo demostrara.
- ✓ Que la doctora GLADYS ALBA GUIO en respuesta al requerimiento que le hace la Gerente de la E.S.E., ANA YEEBY SÁNCHEZ PUENTES, con el fin de revocar el acto de nombramiento por no cumplir los requisitos establecidos en el Manual de Funciones, manifestó que sí cumplía los requisitos al desempeñarse a través de delegación de funciones como Directora Local de Salud del municipio de Jenesano y miembro de la Junta Directiva de la E.S.E. del mismo municipio.



✓ Que el artículo 11 del Decreto 785 de 2005, consagra una definición de *experiencia relacionada*, con fundamento en el cual aportar como experiencia la *delegación de funciones* no puede tenerse en cuenta como experiencia relacionada.

✓ Que el numeral 18 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, prohíbe al servidor público nombrar, o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios.

1.3. NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Consideró como vulneradas las siguientes normas:

- **De orden constitucional:** Artículo 1, 2, 6, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política de 1991.
- **De orden legal:** Artículo 85 del Código Contencioso Administrativo; artículos 2, 19, 23 y 46 de la Ley 909 de 2004 y Decreto 785 de 2005,

Como concepto de violación manifestó que fue una decisión arbitraria de la Gerente Encargada declarar insubsistente a la demandante en el cargo que venía desempeñando.

Indicó que si bien el cargo de Subgerente Código 090, grado 01, es de libre nombramiento y remoción, la decisión de declarar insubsistente a la actora, no se debió a razones de mejoramiento del servicio, sino que “obedeció a discrepancias personales” de la Gerente Encargada de la E.S.E. CLAUDIA BIBIANA PEÑA contra la doctora ANA YEEBY SÁNCHEZ PUENTES y la accionante, configurándose una **desviación de poder** que conlleva a la nulidad del acto administrativo acusado que también fue expedido con desconocimiento de la Ley y **falsa motivación**, de los motivos que allí lo fundamentan. (fl.5)

Señaló que al realizar un análisis en conjunto con los principios de la norma, el libre nombramiento y remoción no es una figura jurídica que deba obedecer a las circunstancias y “razones caprichosas de los funcionarios con poder nominador” por el contrario, estos se sujetan al interés general y a las disposiciones del buen servicio, razón por la cual debe declararse la nulidad del acto acusado.



Que en los artículos 19 y 23 de la Ley 909 de 2004, se precisa que en ningún caso es posible obviar los requisitos establecidos en la Ley o en los reglamentos (Manuales de Funciones) para proveer cargos, debiéndose cumplir tanto los requisitos de estudios como los de experiencia.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls.43 a 52)

El apoderado de la entidad demandada **E.S.E. CENTRO DE SALUD DE TOCA**, presentó contestación a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones del libelo introductorio, bajo los siguientes argumentos:

Señaló que la Resolución No. 079 del 30 de diciembre de 2010, fue expedida de conformidad a la facultad discrecional que le otorga al nominador el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, en concordancia con el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y que por tanto, el nominador bajo el amparo de la facultad discrecional declaró insubsistente a la actora quien desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción.

Sustentó que el artículo 41 de la Ley 909 de 2002, prevé como una de las causales para el retiro del servicio para quienes desempeñen empleos de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

Indicó que a los empleados de libre nombramiento y remoción no les asiste fuero de estabilidad alguna, y pueden ser desvinculados en cualquier tiempo por razones de confianza.

Dijo que la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE TOCA como nominadora, tenía facultad discrecional para desvincular a la funcionaria y que *"al haberse menguado la confianza entre la demandante y el jefe de la entidad"*, profirió el acto acusado.

Manifestó que el artículo 16 del Decreto 785 de 2005, establece que el cargo de Subgerente corresponde al nivel directivo, y por ende es un cargo de libre nombramiento y remoción, que puede ser removido del servicio de manera discrecional por el nominador, sin que requiera motivación alguna.



Así mismo, en escrito de contestación a la adición de demanda, visible a folios 82 y 83, reiteró su oposición a las pretensiones de la demanda por carecer de sustento legal y fáctico y propuso como excepciones las que denominó:

✓ **“INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE NORMAS SUPERIORES”**; Sustentó que el acto administrativo acusado fue legalmente proferido y que la parte demandante da una explicación infundada para solicitar su nulidad.

✓ **“LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO”**; Indicó que el acto demandado contiene unas consideraciones de orden constitucional y legal que desvirtúan las causales de nulidad invocadas en la demanda, por cuanto el acto acusado fue expedido conforme a derecho y conforme a la potestad discrecional contemplada en la Ley

3. DESARROLLO DEL LITIGIO:

La demanda fue radicada, en la oficina de reparto de los Juzgados Administrativos de Tunja el 19 de julio de 2011 (fl.11), correspondiéndole por reparto a este Juzgado, el cual mediante auto de fecha 27 de julio de 2011, admitió la demanda (fl.23-25), la cual fue notificada personalmente el 17 de abril de 2012 (fl.36); se fijó en lista, entre el 25 de abril al 09 de mayo de 2012 (fl.37); el apoderado de la parte actora presentó escrito de adición de demanda el 09 de mayo de 2012 (fls.38-41) y la entidad demandada contestó de demanda el 09 de mayo de 2012 (fl.43-52). Por auto del 6 de junio de 2012, se admitió la adición de la demanda (fl.66); la entidad accionada presentó escrito de contestación a la adición de demanda el 11 de enero de 2013 (fl.82-83). Mediante proveído del 20 de febrero de 2013, se decretaron las pruebas del proceso (fl. 91 y vto.); el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra dicho auto (fls.94-96), el cual fue resuelto mediante auto del 30 de enero de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que revocó el numeral 1.3 del auto del 20 de febrero de 2013, y en consecuencia ordenó escuchar los testimonios de las señoras ANA YEEBY SÁNCHEZ PUENTES y ADRIANA FONSECA (fls.118-121); por auto del 25 de marzo de 2015, este Despacho avocó conocimiento del presente proceso (fl.186); a través de auto de 30 de marzo de 2016, se puso el expediente a disposición de las partes para que manifestaran si el acervo probatorio decretado se encontraba recaudado (fl.252), procediéndose a correr traslado a las partes para alegar de conclusión por auto del 27 de abril de 2016, (fl.254)



4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **De la parte demandante (fls. 255- 257)**

Dentro del término legal establecido la parte actora presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la demanda, y agregando que el ejercicio de la figura de libre nombramiento y remoción no puede ser usada a capricho del nominador y con intereses personales y políticos, sino que debe obedecer al buen servicio y al interés general, lo que en el presente caso no se dio, por cuanto *“está más que probado los intereses ocultos en la toma de las decisiones como lo fue el acto administrativo demandado, donde solo se pretendía satisfacer los intereses políticos y partidarios del Alcalde de Toca y la gerente encargada de la ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA”*. (fl.257)

- **De la parte demandada E.S.E. CENTRO DE SALUD DE TOCA (fls. 258 a 276).**

Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda y agregó que de acuerdo a lo establecido en el Decreto 785 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, en el artículo 13 numeral 13.2.1.1 establece las competencias laborales y requisitos para el ejercicio del empleo del nivel directivo como es el cargo de Subgerente Administrativo que tiene como título mínimo profesional y experiencia y como máximo título profesional, postgrado y experiencia.

Que la experiencia es la regulada en el artículo 14 respecto del Decreto 2772 de 2005, *“en el que se entiende la experiencia relacionada como aquella que se adquiere en el ejercicio de funciones similares a las del cargo a proveer en una determinada área de trabajo o profesión, como ocurrió en el caso que nos ocupa”* (fl.261).

Indicó que la demandante no demostró la desviación de poder, por cuanto si bien plantea una persecución laboral ello no se probó, por el contrario, se encuentra acreditado que con fundamento en la facultad discrecional que tenía la Gerente de la ESE es que se declara insubsistente el nombramiento de la actora, sin que se acredite que alguna persona haya influido en dicha decisión.

Después de citar algunos precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, concluyó que el principio de discrecionalidad es amplio y que en el caso bajo estudio se evidencia una pérdida de confianza por parte de la Gerente respecto de la Subgerente Administrativa, y en consecuencia no puede existir desviación de poder para un cargo de libre nombramiento y remoción *“que está sujeto a*



la discrecionalidad del nominador y específicamente en la confianza que se puede tener en el mismo, para cumplir con los fines y objetivos de la entidad”.

El Ministerio Público no emitió concepto.

5. RECAUDO 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:

- Copia de la **Resolución sin número de fecha 09 de abril de 2010**, proferida por ANA YEEBY SANCHEZ PUENTES como Gerente de LA ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA, por medio de la cual se nombra a la demandante MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, en el cargo de Subgerente Código 090 grado 01, desde el 09 de abril de 2010. (fls.12 y 13 del cuaderno principal y fls.46 y 47 del anexo 1)
- Copia del **Acta de posesión de fecha 10 de abril de 2010**, de la demandante MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, como subgerente de la ESE Centro de Salud de Toca. (fl.14)
- Copia del **Decreto No. 056 del 20 de octubre de 2010**, proferido por el Alcalde de Municipio de Toca, por medio del cual nombra a la señora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO, por el término de 82 días, en calidad de Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA, en reemplazo de la titular (ANA YEEBY SANCHEZ PUENTES) quien se encuentra en licencia de maternidad, y en el que se señaló (fls. 15 y 16):

“Que la señora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO cumple con los requisitos para desempeñar el cargo de Gerente de la ESE de Toca, de conformidad con el artículo 22.3.3 del Decreto 785 de 2005 en concordancia con el artículo 24 ibídem.”

- Copia del **memorial de fecha 30 de diciembre de 2010**, suscrito por la demandante y dirigido a la doctora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO como Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA, por medio del cual presenta su renuncia al cargo de Subgerente y en el que señala a folio 17 del cuaderno principal, lo siguiente:



“Por medio del presente escrito me permito presentar la renuncia al Cargo de Subgerente el cual venía desempeñando desde el pasado 10 de abril del año en curso.

Lo anterior teniendo en cuenta las ordenes impartida por el Señor Alcalde del Municipio en donde le ordena a Usted pedir de manera inmediata mi renuncia.”

- Copia de la **Resolución No. 079 del 30 de diciembre de 2010**, proferida por CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO como Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento de la demandante MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, en el cargo de Subgerente Código 090 grado 01, a partir del 31 de diciembre de 2010. (fls. 18 y 19 del cuaderno principal y fls.48 y 49 del anexo 1)
- Copia 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 Empresa Social del Estado CENTRO DE SALUD TOCA*”, en el que se especifican las *funciones y requisitos de estudio y experiencia* para desempeñar el cargo de Subgerente de la ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA Código 090 Grado 01 (fls.1-4 del anexo 1).
- Copia de la **Hoja de vida** de la demandante **MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ** en la que obran los siguientes documentos (fls.5-49 del anexo 1):
 - ✓ Título de Administrador de Empresas proferido por la Corporación Universitaria de Boyacá del 29 de enero de 1993. (fl.11 del anexo 1)
 - ✓ Título de Especialista en Gestión Pública, otorgado por la Escuela Superior de Administración Pública- Territorial Boyacá del 07 de julio de 2000. (fl.12 del anexo 1)
- Copia del **Acta de posesión** de la señora GLADYS HORTENCIA ALBA GUIO, quien entró a reemplazar a la demandante en el cargo de Subgerente de la ESE Centro de Salud de Toca a partir del **04 de enero de 2011** (fls.50 del anexo 1).
- Copia de la **Resolución No. 0001 del 04 de enero de 2011**, proferida por la Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA, por medio de la cual se nombra a la señora GLADYS HORTENCIA ALBA GUIO, para desempeñar el cargo de Subgerente Código 090 Grado 01, a partir del 4 de enero de 2011. (fls.55 y 56 del anexo 1)
- Copia de la hoja de vida de la señora GLADYS HORTENCIA ALBA GUIO, con la que se adjuntan los siguientes documentos (fls.57 a 80 del anexo 1):



- ✓ Título de Especialista en Revisoría Fiscal y Contraloría expedido por la Fundación Universitaria de Boyacá, el 11 de abril de 2003. (fl.65 del anexo 1)
- ✓ Título de Administrador de Empresas proferido por la UPTC el 28 de septiembre de 1990. (fl. 66 del Anexo 1)
- ✓ Certificación de fecha 03 de enero de 2011, suscrita por el Secretario General del Municipio de Jenesano, en el que se señala que la señora GLADYS HORTENCIA ALBA GUIO, *“SE ENCUENTRA DESEMPEÑANDO EL CARGO DE TESORERA MUNICIPAL DE JENESANO DESDE EL PASADO 12 DE AGOSTO DEL AÑO 2008, SEGÚN CONSTA EN EL ACTA DE POSESIÓN NO. 76 Y EL DECRETO NO. 069 DEL 12 DE AGOSTO DE 2008, HASTA LA FECHA”*. (fl. 67 del Anexo 1)
- ✓ Certificación de fecha 03 de enero de 2011, suscrita por el Secretario General del Municipio de Jenesano, en el que se señala que la señora GLADYS HORTENCIA ALBA GUIO, *“SE OFICIO COMO DIRECTORA DEL FONDO LOCAL DE SALUD DEL MUNICIPIO DE JENESANO DESDE LA FECHA DE POSESIÓN EN EL CARGO DE TESORERA MUNICIPAL DE JENESANO EL PASADO 12 DE AGOSTO DE 2008 HASTA LA FECHA. DE IGUAL FORMA FUE MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ESE CENTRO DE SALUD DE JENESANO DURANTE EL MISMO TIEMPO”* (Negrilla del Despacho) (fl.68 del anexo 1).
- Certificación de fecha 01 de diciembre de 2015, proferida por la Secretaria General de la Alcaldía municipal de Jenesano, en la que se señala. (fls.246 a 248 del cuaderno principal)

*“Que la Doctora GLADYS HORTENCIA ALBA GUIO... de acuerdo a Resolución No. 001 del 02 de enero de 2008 (según lo establecido en el artículo 8 literal b del Acuerdo 003/2003) en la cual se delegan funciones como **Director Local de Salud del Municipio de Jenesano al Tesorero (a) Municipal**; la señora en mención cumplió esta delegación durante el tiempo comprendido entre el 12 de agosto de 2008 y el 26 de julio de 2011.*

Que igualmente fue miembro de la Junta Directiva de la ESE CENTRO DE SALUD JENESANO, durante el mismo periodo es decir del 12 de agosto de 2008 al 26 de julio de 2011, en calidad de Directora local de salud delegada.” (Negrilla del Despacho)

En la audiencia de testimonios llevada a cabo el día tres (03) de septiembre de 2014, rindieron testimonio las siguientes personas (fls.132-137):

- ✓ **CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO**, Profesional Universitario, quien manifestó que conoció a la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, cuando fue nombrada



como Gerente en la ESE Centro de Salud de Toca; señaló que no existió ninguna discrepancia con la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ y que *“se exigía exactamente lo que se pedía en el manual de funciones y lo relacionado con el trabajo pero nunca tuvimos ningún problema ni ningún inconveniente de nada”*; indicó que la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ fue declarada insubsistente porque *“durante el tiempo de trabajo se hicieron algunos requerimientos en cuanto a contratación y frente algunas cosas que ella desempeñaba en varias ocasiones para 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 por eso se tomó esa decisión.”*; manifestó que la persona que reemplazó a la señora MYRIAM MERCHÁN tenía mayor experiencia en la parte de contratación y finanzas del sector público.

Frente a la pregunta formulada por el apoderado de la parte actora, referente a si existieron llamados de atención a la Subgerente indicó que durante el tiempo que estuvo de Gerente se hicieron varias solicitudes escritas y verbales, que no se abrió proceso disciplinario pero se llevó a Junta Directiva; señaló que *“en ningún momento se le solicitó la renuncia y no fue por cuestión del Alcalde”*; afirmó que la decisión de la insubsistencia de la Subgerente proviene de la Gerencia de la ESE.

- ✓ **LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA**, señaló que conoció a la señora MYRIAM MERCHÁN cuando trabajó en la ESE de Toca; indicó que no conocía las circunstancias de la declaratoria de insubsistencia de la señora MYRIAM MERCHÁN. Frente a la pregunta si como presidente de la Junta Directiva de la ESE y para la época de los hechos existían quejas del desempeño de la señora MERCHÁN ante la Junta Directiva contestó: *“entre los miembros se comentaba algunos elementos frente a eso del desempeño de la señora Merchán es muy difícil hace cuatro años recordar, pues habían comentarios de lo que ella desempeñaba que no se desempeñaba bien”*.

Ahora en la audiencia de testimonios llevada a cabo el día tres (03) de julio de 2015, según el registro magnético visible a folio 203, rindieron testimonio las siguientes personas:

- ✓ **ANA YEEBY SÁNCHEZ PUENTES** testificó frente a las preguntas formuladas por el Despacho entre los minutos 00:03:24 a 00:18:34 y dijo que actualmente trabaja en la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE SÁCHICA, de profesión



Psicóloga. Indicó que para la época de los hechos ella estaba en licencia de maternidad como Gerente de la E.S.E. Hospital Centro de Salud del municipio de Toca, cargo que ocupó desde el 25 de mayo de 2007 al 24 de mayo de 2011; que durante el tiempo que fue Gerente de la E.S.E., el desempeño de Myriam Merchán como Subgerente fue excelente porque *“cumplía con el perfil del cargo y se desempeñaba muy bien en las labores que tenía que realizar”*; que tuvo algunos inconvenientes con el Alcalde del periodo 2008 - 2011, por el hecho de *“estar nombrada mucho antes de que él llegara como alcalde, entonces él demandó mi nombramiento y generó bastante choque conmigo en todo momento y digamos que la relación conmigo no fue buena”*; que supone que las razones de las discrepancias *“era el hecho de que él no pudiera nombrar una gerente bajo su periodo”*; que las discrepancias no eran de carácter personal porque antes de ser Alcalde no lo conocía; que no existió ninguna relación de amistad ni enemistad con la señora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO.

También declaró que durante el tiempo que estuvo de licencia no tuvo conocimiento si entre la señora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO y MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, existieran discrepancias de orden laboral; que tampoco tuvo conocimiento si existió alguna discrepancia de orden laboral o por otros motivos entre el alcalde del periodo 2008-2011, y la señora MYRIAM MERCHÁN. Al preguntársele sobre *“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 MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, a su cargo de subgerente de la E.S.E. centro de salud, que le consta a usted sobre eso?”* CONTESTÓ: *“Nada, nada, la verdad como vuelvo y digo yo estaba en licencia, no me consta nada, no sé qué haya sucedido”*. Así mismo al ser interrogada sobre *“que le consta sobre la declaratoria de insubsistencia de la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, como subgerente de la ESE centro de salud año 2010”* RESPONDIÓ: *“No, no me consta nada”*.

Respecto a las preguntas formuladas por el apoderado de la parte actora respondió a minutos 00:18:43 a 00:22:57 que uno de los requisitos para ser subgerente de la E.S.E. era que *“hubiese trabajado alrededor de dos años exactos en instituciones de seguridad social en salud”*; que para el nombramiento de la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ se cumplían todos los requisitos. Frente a la pregunta *“si tiene conocimiento del cumplimiento de los requisitos de la señora que reemplazó a MYRIAM MERCHÁN”* CONTESTÓ:



“la doctora GLADYS en un momento dado nos manifestó a nosotros su inconveniente con la parte de tener dos años de trabajo en instituciones de seguridad social en salud, porque ella venía de trabajar de (sic) Jenesano, de otro municipio y nos manifestó a nosotros ese inconveniente, pero pronto ella renunció, y pues no se determinó, supongo yo que si la nombraron habían verificado ese requisito”; indicó que la señora GLADYS GUÍO manifestó que estaba verificando si efectivamente cumplía con los requisitos y al poco tiempo de estar analizando el caso ella presentó su renuncia. Frente a la pregunta si con el cambio de subgerente se genera algún traumatismo en las labores que desarrolla la entidad respondió que el subgerente es un cargo de confianza por las funciones que desarrolla y que por tanto su cambio afecta el desarrollo de las labores.

Finalmente, frente a las preguntas formuladas por el apoderado de la parte demandada manifestó a **minutos 00:22:58 a 00:23:44** que el cargo de subgerente “es un cargo de libre nombramiento y remoción y de dirección confianza y manejo”. También declaró que no tiene conocimiento si existen informes por parte del asesor de control interno respecto del desempeño de MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ.

- ✓ **ADRIANA FONSECA:** testificó frente a las preguntas formuladas por el Despacho entre los **minutos 00:26:25 a 00:38:31** y dijo que se desempeña como Administradora Financiera y trabaja independiente; que le consta que la doctora CLAUDIA BIBIANA PEÑA ingresó al CENTRO DE SALUD DE TOCA a realizar la licencia de maternidad de la doctora ANA SÁNCHEZ quien era la gerente de esa época y que “le pidió el puesto a la doctora Myriam, no sé de pronto era una enemistad que tenían entre las dos, y ella nombró a otra persona”; indicó que no había confianza entre las dos; que le consta porque para esa época se desempeñaba como Auxiliar Administrativa de la Gerencia; que desempeñó el cargo de Auxiliar Administrativo desde el seis de mayo de 2008, hasta el 31 de diciembre de 2012; indicó que frente a la relación laboral entre la señora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO y MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, “nunca se llevaron bien” y sustenta que “la doctora Viviana le solicitaba algún trabajo a la doctora Miriam y ella se lo presentaba y ella le ponía como peros”; indicó que trabajó en la misma oficina con la Subgerente y que le consta que la señora “era muy responsable en su trabajo”; afirmó que no le consta si a la Subgerente MYRIAM MERCHÁN se le hicieron llamados de atención por parte de la Gerente CLAUDIA VIVIANA PEÑA; manifestó que le



dio el recibido a la señora MYRIAM MERCHÁN de la renuncia por ella presentada. A la pregunta sobre que le consta sobre la declaratoria de insubsistencia de la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, como subgerente de la ESE Centro de Salud manifestó que *"no, nada"*.

Respecto a las preguntas formuladas por el apoderado de la parte actora respondió a **minutos 00:38:46 a 00:39:46** que no recuerda si se presentó primero la renuncia de la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ antes que la insubsistencia del cargo que desempeñaba.

Finalmente, frente a las preguntas formuladas por el apoderado de la parte demandada manifestó a **minutos 00:39:58 a 00:41:35**, que el cargo de Subgerente Administrativo de la ESE es de libre nombramiento y remoción.

II. CONSIDERACIONES:

Agotadas las etapas procesales correspondientes y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, entra este Despacho a decidir de fondo sobre el debate planteado, así:

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del escrito introductorio y su contestación, corresponde a este Despacho establecer, sí:

¿Tiene derecho la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, a que se le reintegre al cargo de Subgerente, código 090, grado 01, o a un cargo de igual o superior categoría, en la E.S.E. Centro de Salud de Toca? y de esta manera,

¿Es procedente o no la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 079 del 30 de diciembre de 2010, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento de la demandante, aun cuando dicho cargo es de libre nombramiento y remoción?

• Tesis argumentativa propuesta por la parte demandante

Solicita se declare la nulidad de la Resolución No. 079 del 30 de diciembre de 2010, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento de la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, como Subgerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE TOCA. A título de restablecimiento del derecho, solicita el reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro equivalente, declarando que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio y reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir.



Señala que fue una decisión arbitraria de la Gerente encargada declarar insubsistente a la demandante en el cargo que venía desempeñando como subgerente, pues si bien dicho cargo es de libre nombramiento y remoción, la decisión de declarar insubsistente su nombramiento no se debió a razones de mejoramiento del servicio, sino que “obedeció a discrepancias personales” entre la Gerente Encargada y la accionante, configurándose una **desviación de poder** que conlleva a la nulidad del acto administrativo acusado que también fue expedido con desconocimiento de la ley y con **falsa motivación**. Así mismo indicó que analizada la hoja de vida presentada por la doctora GLADYS ALBA GUIO quien reemplazó a la demandante en el cargo de subgerente, se encuentra que no acreditó la experiencia exigida en el Manual de Funciones de la E.S.E. para ocupar dicho cargo, por cuanto no acreditó la experiencia solicitada.

Afirma que existen intereses ocultos en la expedición del acto administrativo demandado, porque se pretendía satisfacer los intereses políticos del Alcalde de Toca y la Gerente encargada de la ESE GLADYS ALBA GUIO.

- **Tesis argumentativa propuesta por la parte demandada E.S.E. CENTRO DE SALUD DE TOCA.**

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el acto administrativo demandado fue expedido de conformidad a la facultad discrecional que le otorga al nominador el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, en concordancia con el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y que por tanto bajo el amparo de dicha facultad la Gerente nominadora declaró insubsistente a la actora quien desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción. Dijo que “al haberse menguado la confianza entre la demandante y el jefe de la entidad”, profirió el acto acusado.

Manifestó que el artículo 16 del Decreto 785 de 2005, establece que el cargo de Subgerente corresponde al nivel directivo, y por ende es un cargo de libre nombramiento y remoción, que puede ser removido del servicio de manera discrecional por el nominador, sin que requiera motivación alguna.

Que la experiencia es la regulada en el artículo 14 respecto del Decreto 2772 de 2005, “en el que se entiende la experiencia relacionada como aquella que se adquiere en el ejercicio de funciones similares a las del cargo a proveer en una determinada área de trabajo o profesión, como ocurrió en el caso que nos ocupa” (fl.261).

Indicó que la demandante no demostró la desviación de poder y por el contrario se encuentra acreditado que con fundamento en la facultad discrecional que le otorga la ley a la Gerente de la ESE declaró insubsistente el nombramiento de la demandante sin que se encuentre probado que alguna persona haya influido en dicha decisión.

Finalmente propuso como excepciones las que denominó: “INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE NORMAS SUPERIORES” y “LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO”.

- **Tesis argumentativa propuesta por el Despacho**

El Juzgado negará las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el cargo de Subgerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE TOCA, Código 090, Grado 01, es de libre nombramiento y remoción, lo cual le otorga al Gerente de la ESE cierta libertad, la cual se encuentra instituida en la facultad dada por la normatividad para la elección del personal que le brinde el mayor grado de confianza y seguridad para asumir con destreza el ejercicio de las funciones dispuestas y en cumplimiento de los fines y metas trazadas en beneficio de la entidad que tiene a su cargo, lo que no es óbice para que se convierta en el único argumento para la declaratoria de insubsistencia en tanto debe primar la mejora del servicio.



Que en el caso sub-examine, no se encuentra acreditado un menoscabo en la prestación del servicio con la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante; atendiendo a que de la prueba documental y testimonial no es posible establecer la configuración de una desviación de poder o falsa motivación en la expedición del acto demandado en los términos señalados por la parte demandante. Así mismo, con las pruebas allegadas al plenario de pudo establecer que la persona que reemplazó a la demandante en el cargo de Subgerente reunía los requisitos para desempeñar dicho cargo.

2.2. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:

Las excepciones constituyen medios de defensa de la parte demandada que pueden atacar la acción o la pretensión. Las primeras impiden un examen de fondo, es decir, de resultar demostradas imponen una inhibición. Las segundas, es decir, las que atacan la pretensión, de prosperar conllevan la negativa de las pretensiones de la demanda.

Sobre el particular el Consejo de Estado¹ en reiteradas oportunidades ha señalado que los argumentos de defensa contra atacan los hechos y el derecho propuestos por el demandante mientras que las excepciones de fondo tienen como finalidad plantear situaciones extintivas del derecho o impeditivas de la acción. La excepción debe versar sobre un hecho impeditivo o extintivo de la acción. Por ello, no puede confundirse con la negativa de los hechos y del derecho en que la demandante sustenta su pretensión, pues no constituiría una excepción sino el ejercicio global de la defensa a través del cual se pretenden desvirtuar las pretensiones del actor, conduciendo a un pronunciamiento de fondo².

Respecto a las excepciones propuestas por la entidad accionada, que denominó "inexistencia de la violación de normas superiores" y "legalidad del acto administrativo", se debe decir que realmente no constituyen medios exceptivos sino argumentos de defensa encaminados a desvirtuar el fundamento de derecho de las pretensiones, lo que sin duda se constituye en un estudio respecto del asunto de fondo, que debe resolverse en el caso concreto.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico, el despacho procederá, conforme a la siguiente motivación:

¹ Consejo de Estado, providencia del 15 de julio de 2010, Radicación No. 11001-03-28-000-2009-00045-00(4150), Consejera Ponente: doctora Susana Buitrago Valencia.

² Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencias del 23 de noviembre de 1992, rad. 1856, MP. Ernesto Rafael Ariza Muñoz y del 23 de junio de 1995, rad. 3205, MP. Libardo Rodríguez Rodríguez y Sección Quinta, sentencia del 4 de septiembre de 2008, rad. 4150, MP. Filemón Jiménez Ochoa.



3.1. De los empleos de libre nombramiento y remoción.

3.2. De la desvinculación en los cargos de libre nombramiento y remoción.

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 establece las excepciones a la regla en: 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 determinado 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”.

Así pues, es desde la misma Carta Política, donde se plantean 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 en 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 eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en

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



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 colegir, 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.



3.2. 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.

Al respecto la Jurisprudencia Nacional ha sido reiterada en señalar que la declaratoria de insubsistencia de la designación de quienes desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción, constituye una **facultad discrecional que el nominador puede ejercer en cualquier momento y sin motivación expresa, presumiéndose que la decisión fue adoptada por razones del servicio.**

Es así como en sentencia de unificación la Corte Constitucional⁴ en lo referente a la discrecionalidad de los cargos de libre nombramiento y remoción, señaló:

“La discrecionalidad con que cuenta el nominador respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción no puede ser entendida con un carácter absoluto por cuanto puede constituirse en un acto arbitrario ajeno al Estado de Derecho. Por el contrario, la discrecionalidad relativa no está emparejada con la subjetividad del funcionario nominador sino que tiene relación con las circunstancias de hechos, las circunstancias de oportunidad y la conveniencia que puede darse con la toma de la decisión; así las cosas, en principio, los actos de desvinculación de las personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no requieren motivación y facultan al nominador a remover libremente a quienes lo ocupan. La misma jurisprudencia constitucional “(...) indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador”. Por tal razón, la finalidad que se busca con dicha permisión de remover libremente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción no es otra que garantizar la confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal, la función de dirección, entre otros objetivos, que supone el ejercicio de un cargo de este tipo consagrado expresamente en la Constitución” (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Por tanto, la Corte Constitucional concluyó que teniendo 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.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-448 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo. Posición que ya había sido sostenida en Sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



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

“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 omnimoda, 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 empleado 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, al 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.”⁵ (Resalta el 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 Estado⁶.

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 quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia”⁷.*

El tratadista JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ, en su obra *“Insubsistencia Laboral Reglada, discrecional y arbitraria”⁸*, señaló contrariamente a lo que vulgar o

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SECCION SEGUNDA. Consejera Ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO. Sentencia del 22 de marzo de 2007.

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 (4249-2004). Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante

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

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



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 Derecho, 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 Derecho”⁹

También ha sido clara la jurisprudencia en señalar que en tratándose de empleados de libre nombramiento y remoción el buen desempeño en el empleo no genera estabilidad en el cargo, en tal sentido se precisó:

“...el buen desempeño del empleo es lo que cabe esperar del funcionario. En consecuencia, el cabal cumplimiento de los deberes no genera per se ningún fuero de estabilidad.

Así se expresó por esta Subsección en sentencia del 25 de marzo de 2004, con ponencia del Despacho que sustancia la presente causa, Actora Blanca María Vargas de Londoño, No. Interno 2930-2003:

“La circunstancia de que haya acreditado un óptimo desempeño laboral y títulos académicos, que en su opinión justifican su permanencia en el cargo, no constituye motivo suficiente para enervar la facultad discrecional de la nominadora para retirarla del servicio. Como el servidor público tiene el deber de cumplir a cabalidad con las funciones que le han sido encomendadas, su buen desempeño es lo que cabe esperar por parte la Administración y, en consecuencia, el mismo no genera en su favor fuero de estabilidad alguno, como lo ha sostenido esta Corporación en decisiones anteriores:

“Resta agregar que el Consejo de Estado ha señalado reiteradamente, que la idoneidad del funcionario en el ejercicio de sus funciones, no le otorga por sí sola la prerrogativa de permanencia en el mismo, porque pueden darse otras circunstancias que a juicio del nominador no constituyan plena garantía de la eficiente prestación del servicio. (...)”¹⁰
(Negrilla y subrayado fuera del texto).

Con fundamento en los anteriores precedentes jurisprudenciales concluye el Despacho que el retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción, no requiere motivación expresa, por tratarse de una facultad discrecional

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, sentencia del 5 de mayo de 1972.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección B. C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 23 de junio de 2005. Exp. 25000-23-25-000-2002-07251-01(2637-04).



cuyo ejercicio, por sí solo, no conlleva la vulneración del debido proceso o del derecho de defensa, toda vez que no se trata de una potestad absoluta de las autoridades nominadoras, las cuales deben adoptar la decisión acudiendo a criterios de oportunidad y conveniencia, de conformidad con las finalidades generales de la función pública y los propósitos particulares inmersos en las normas que autorizan la desvinculación laboral del afectado, que se circunscriben **al mejoramiento del servicio y la protección de la confianza que exige el desempeño de estos cargos.**

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, observa el Despacho que la demandante pretende la declaratoria de nulidad de la **Resolución No. 079 del 30 de diciembre de 2010**, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento de la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, como Subgerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE TOCA, y a título de restablecimiento del derecho solicita el reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro equivalente, declarando que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio y reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir.

Sea lo primero señalar que en el caso bajo estudio no está en discusión que el cargo que ocupaba la demandante MYRIAM MERCHAN SANCHEZ como Subgerente de la E.S.E. Centro de Salud de Toca, código 090, grado 01, cuando se produjo el acto acusado, era de libre nombramiento y remoción; pues dada las funciones que desempeña¹¹ y el nivel jerárquico, involucra cierta confianza, en consideración a la organización, ejecución y control de ciertos procesos, además de la coordinación, supervisión elaboración y manejo de ciertas actividades, por lo que en principio el 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.

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,

¹¹ Ver Acuerdo No. 006 del 12 de noviembre de 2006, "en el que se especifican las funciones y requisitos de estudio y experiencia para desempeñar el cargo de Subgerente de la ESE Centro de Salud de Toca código 090 grado 01 (fls. 1 a 4 del anexo 1).



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 1500 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 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 desconoce la Constitución, lo cual, de otro lado, no significa que tal autorización sea una patente de corso 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 su 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.

(...)” (Negrilla y subraya del 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, ésta también se predica respecto de su retiro.

Así entonces, **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 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 discrecional del nominador para disponer de los cargos cuyos titulares no están amparados por algún fuero especial de inamovilidad.”¹²
(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 *intuitu personae*, como lo expone el Alto 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 los 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 intuitu personae (sic) entre el nominado y el nominador.

¹² CONSEJO 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).



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 personales o de confianza, siempre que cumpla con los requisitos de ley. (...)¹³ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Criterio jurisprudencial que 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 Monsalve¹⁴ 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 la ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, 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 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 o de confianza (...)” (Resalta el Despacho).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, frente a la estabilidad precariedad 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 no hizo valer las sentencias con efectos erga omnes dictadas por esta Corte respecto de las normas que debía aplicar y los contenidos normativos 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

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Fallo del 26 de noviembre de 2009. Radicación número: 27001-23-31-000-2003-00471-02(1385-09). Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 7 de julio de 2011, Expediente: 050012331000200601107 01 (0740-2010).



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, unívocamente concluyera, aunque de forma descontextualizada, que la discrecionalidad utilizada por el nominador no tenía sustento en razones del buen servicio sino en la supuesta animadversión del Procurador General (E) respecto del Procurador Delegado, lo que la tornaba arbitraria e ilustrativa de una desviación de poder.

7.10. Por el contrario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁵ no solamente ha tenido en cuenta la discrecionalidad del nominador respecto de cargos de libre nombramiento y remoción utudu a las razones del buen servicio, sino que la ha valorado otros aspectos, sentenciús éstas con efectos erga omnes que otorgubun 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 directrices que upurejaban la confianza absoluta de parte del señor Procurador General. Por tul ruzón, la relación que debía existir entre el Procurador Delegado señor Solano Bárcenas y el Procurador General de la Nación (E) señor Jaramillo Juramillo -bajo el entendimiento de la Constitución - era de plena confianza, de confidencialidad, de seguridad, de conocimiento personal y de sometimiento a la dirección. 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 Constitución¹⁶.

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 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.

En el caso bajo estudio, se señala en el escrito de demanda que entre la demandante y la gerente encargada "se presentaron discrepancias personales...haciéndose casi imposible una buena relación laboral." (fl. 3).

¹⁵ 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.

¹⁶ Arts. 277 y 278 Constitución Política.



Al respecto debe precisarse que si entre la demandante y la Gerente CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO de la ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA, no existía una relación laboral armónica, teniendo en cuenta que esta última debe propender por la excelencia en la prestación del servicio, la que se logra con un adecuado grupo de trabajo que sea coordinado y se entienda en los procesos administrativos y laborales, especialmente en aquellos cargos de libre nombramiento y remoción que son por su naturaleza, de **confianza, dirección y manejo**, podía como Gerente de la ESE accionada ejercer la facultad de remoción a través de acto administrativo inmotivado.

NO obstante lo anterior, compete al Despacho referirse acerca de los cargos de nulidad formulados en el escrito introductorio.

- **De la Desviación de poder:**

Sobre la carga de la prueba, en materia de desviación de poder, el Consejo de Estado, Sección Segunda- Subsección "B", en sentencia proferida el 14 de agosto de 2014, con ponencia del doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del proceso radicado bajo el número 11001-03-25-000-2012-00208-00(0827-12), precisó:

"(...) La desviación de poder es un vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse. Cuando se invoca, necesariamente la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, ya que se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión.

En relación con esta causal de nulidad, la Sala, en Sentencia de 26 de abril de 2012¹⁷, consideró:

"(...) El acto por el cual el nominador retira del servicio a un funcionario reviste de presunción de legalidad, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón se desmejoró el buen servicio; ya que quien afirme que en su expedición concurrieron razones distintas, está obligado a incorporar la prueba que así lo demuestre. En este sentido, se advierte que la aseveración del actor en torno a la supuesta desviación de poder, impone trascender la órbita de lo objetivo y formal del acto acusado, para trasladarse a la estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del vicio de nulidad, que debe aparecer acreditado fehacientemente; ello es, que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Radicación No: 68001-23-31-000-2001-02484-02(2587-11). Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.



*legal le obliga observar. En otras palabras, **demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma.** Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión. (...)* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Dijo el demandante que fue una decisión arbitraria de la Gerente encargada declarar insubsistente a la demandante en el cargo que venía desempeñando como subgerente. Que si bien dicho cargo es de libre nombramiento y remoción, la decisión de declarar insubsistente su nombramiento no se debió a razones de mejoramiento del servicio, sino que *“obedeció a discrepancias personales”* entre la Gerente Encargada y la accionante, configurándose una **desviación de poder**. Así mismo, afirma que existen intereses ocultos en la expedición del acto administrativo demandado, porque se pretendía satisfacer los intereses políticos del Alcalde de Toca y la Gerente encargada de la Entida demandada, GLADYS ALBA GUIO.

En materia de prueba testimonial y sobre el punto en controversia se tiene lo siguiente:

La señora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO, quien para el momento de los hechos fue nombrada como Gerente en la ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA¹⁸, señaló que no existió ninguna discrepancia con la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ y que *“se exigía exactamente lo que se pedía en el manual de funciones y lo relacionado con el trabajo pero nunca tuvimos ningún problema ni ningún inconveniente de nada”*; indicó que la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ fue declarada insubsistente porque *“durante el tiempo de trabajo se hicieron algunos requerimientos en cuanto a contratación y frente algunas cosas que ella desempeñaba en varias ocasiones para 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 por eso se tomó esa decisión”*. Así mismo, hizo referencia a que *“en ningún momento se le solicitó la renuncia y no fue por cuestión del Alcalde”*.

Por su parte la señora ANA YEEBY SÁNCHEZ PUENTES quien para la época de los hechos estaba el licencia de maternidad como Gerente de la E.S.E. Hospital Centro

¹⁸ Ver el Decreto No. 056 del 20 de octubre de 2010, proferido por el Alcalde de Municipio de Toca, por medio del cual nombra a la señora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO, por el término de 82 días, en calidad de Gerente de la ESE Centro de Salud de Toca, en reemplazo de la titular (ANA YEEBY SANCHEZ PUENTES) quien se encuentra en licencia de maternidad.



de Salud del municipio de Toca, manifestó en su declaración que tuvo algunos inconvenientes con el alcalde electo del periodo 2008 a 2011, por el hecho de *“estar nombrada mucho antes de que él llegara como alcalde, entonces él demandó mi nombramiento y generó bastante choque conmigo en todo momento y digamos que la relación conmigo no fue buena”*; que supone que las razones de las discrepancias *“era el hecho de que él no pudiera nombrar una gerente bajo su periodo”*; que las discrepancias no eran de carácter personal porque antes de ser Alcalde no lo conocía; que no existió ninguna relación de amistad ni enemistad con la señora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO.

También declaró que durante el tiempo que estuvo de licencia no tuvo conocimiento si entre la señora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO y MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, existieran discrepancias de orden laboral; que tampoco tuvo conocimiento si existió alguna discrepancia de orden laboral o por otros motivos entre el Alcalde del periodo 2008-2011 y MYRIAM MERCHÁN. Al preguntársele sobre *“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 MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, a su cargo de subgerente de la E.S.E. centro de salud, que le consta a usted sobre eso?”* CONTESTÓ: *“Nada, nada, la verdad como vuelvo y digo yo estaba en licencia, no me consta nada, no sé qué haya sucedido”*. Así mismo al ser interrogada sobre *“que le consta sobre la declaratoria de insubsistencia de la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, como subgerente de la ESE centro de salud año 2010?”* RESPONDIÓ: *“No, no me consta nada”*.

Por su parte la señora ADRIANA FONSECA, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Auxiliar Administrativa de la Gerencia del Centro de Salud de Toca, manifestó en su declaración que la doctora CLAUDIA BIBIANA PEÑA ingresó a la ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA a realizar la licencia de maternidad de la doctora ANA SÁNCHEZ quien era la gerente de esa época y que *“le pidió el puesto a la doctora Myriam, no sé de pronto era una enemistad que tenían entre las dos, y ella nombró a otra persona”*; indicó que frente a la relación laboral entre la señora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO y MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, *“nunca se llevaron bien”* y sustenta que *“la doctora Viviana le solicitaba algún trabajo a la doctora Miriam y ella se lo presentaba y ella le ponía como peros”*; manifestó que le dio el recibido a la señora MYRIAM MERCHÁN de la renuncia por ella presentada. A la pregunta sobre que le consta sobre la declaratoria de insubsistencia de la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, como subgerente de la



ESE Centro de Salud manifestó que **“no, nada”**. Finalmente afirmó no recordar que se presentó primero si la renuncia de la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ o la insubsistencia del cargo que desempeñaba la actora.

De la prueba testimonial, así analizada concluye el Despacho que no es posible deducir la configuración de una desviación de poder con la expedición del acto demandado, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ, en el cargo de libre nombramiento y remoción como Subgerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE TOCA. Es así como del testimonio de la señora CLAUDIA BIBIANA PEÑA MORENO se desprende que como Gerente de la ESE nunca tuvo ningún inconveniente con la demandante a quien después de haberle hecho algunos requerimientos en cuanto al desempeño de sus funciones se le declaró insubsistente. Así mismo, en declaración la señora ANA YEEBY SÁNCHEZ PUENTES manifestó no tener conocimiento frente a las razones de la insubsistencia de la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ.

Ahora, analizado el testimonio de la señora ADRIANA FONSECA, se observa que al descender a la causa del retiro de la demandante se limitó a expresar **su criterio, su concepto**, pero al preguntarse sobre las razones de la insubsistencia de la señora MYRIAM MERCHÁN SÁNCHEZ manifestó que no le constaba nada. Por tanto, de esta declaración no es posible establecer con certeza y convicción plena la existencia de una causal de desviación de poder en la decisión de declarar insubsistente a la actora en el cargo que venía desempeñando como subgerente.

De otra parte, argumenta la parte demandante que analizada la hoja de vida presentada por la doctora GLADYS ALBA GUIO quien reemplazó a la demandante en el cargo de subgerente, se encuentra que no acreditó la experiencia exigida en el Manual de Funciones de la E.S.E. para ocupar dicho cargo, por cuanto no acreditó la experiencia solicitada. Así mismo sustentó que la doctora GLADYS ALBA GUIO en respuesta al requerimiento que le hace la Gerente de la E.S.E., ANA YEEBY SÁNCHEZ PUENTES, con el fin de revocar el acto de nombramiento por no cumplir los requisitos establecidos en el Manual de Funciones, manifestó que sí cumplía los requisitos al desempeñarse a través de delegación de funciones como Directora Local de Salud del municipio de Jenesano y miembro de la Junta Directiva de la E.S.E. del mismo municipio, pero que el artículo 11 del Decreto 785 de 2005, consagra una definición de *experiencia relacionada*, con fundamento en el cual aportar como experiencia la *delegación de funciones* no puede tenerse en cuenta como experiencia relacionada.



Al respecto, sea lo primero señalar que por **Resolución No. 0001 del 04 de enero de 2011**, proferida por la Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA, se nombró a la señora GLADYS HORTENCIA ALBA GUIO, para desempeñar el cargo de Subgerente código 090 grado 01 a partir del 04 de enero de 2011 (fls.55 y 56 del anexo 1)

Así mismo, obra dentro del plenario Copia 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 Empresa Social del Estado CENTRO DE SALUD TOCA*”, en el que se especifican las *funciones y requisitos de estudio y experiencia* para desempeñar el cargo de Subgerente de la ESE Centro de Salud de Toca código 090 grado 01, en los siguientes términos (fls.1 a 4 del anexo 1):

“Experiencia: dos (2) años de experiencia profesional en instituciones que integren el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

Así las cosas, frente a la experiencia profesional acreditada por la señora GLADYS HORTENCIA ALBA GUIO, quien entró a reemplazar a la demandante el cargo de Subgerente de la ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA, analizada la hoja de vida que fue aportada como prueba dentro del plenario se observan los siguientes documentos (fls.57 a 80 del anexo 1):

- Título de especialista en Revisoría Fiscal y Contraloría expedido por la Fundación Universitaria de Boyacá, el 11 de abril de 2003 (fl.65 del anexo 1).
- Título de Administrador de Empresas proferido por la UPTC el 28 de septiembre de 1990 (fl.66 del anexo 1).
- Certificación de fecha 03 de enero de 2011, suscrita por el Secretario General del Municipio de Jenesano, en el que se señala que la señora GLADYS HORTENCIA ALBA GUIO, **“SE ENCUENTRA DESEMPEÑANDO EL CARGO DE TESORERA MUNICIPAL DE JENESANO DESDE EL PASADO 12 DE AGOSTO DEL AÑO 2008 SEGÚN CONSTA EN EL ACTA DE POSESIÓN NO. 76 Y EL DECRETO NO. 069 DEL 12 DE AGOSTO DE 2008, HASTA LA FECHA”** (fl.67 del anexo 1).
- Certificación de fecha 03 de enero de 2011, suscrita por el Secretario General del Municipio de Jenesano, en el que se señala que la señora GLADYS HORTENCIA ALBA GUIO, **“SE OFICIO COMO DIRECTORA DEL FONDO LOCAL DE SALUD DEL MUNICIPIO DE JENESANO DESDE LA FECHA DE POSESIÓN EN EL CARGO DE TESORERA MUNICIPAL DE JENESANO EL PASADO 12 DE AGOSTO**



DE 2008 HASTA LA FECHA. DE IGUAL FORMA FUE MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ESE CENTRO DE SALUD DE JENESANO DURANTE EL MISMO TIEMPO” (Negrilla del Despacho) (fl.68 del anexo 1).

De igual forma, a folios 246 a 248 del cuaderno principal obra Certificación de fecha 01 de diciembre de 2015, proferida por la Secretaria General de la Alcaldía Municipal de Jenesano, en la que se señala:

“Que la Doctora GLADYS HORTENCIA ALBA GUIO... de acuerdo a Resolución No. 001 del 02 de enero de 2008 (según lo establecido en el artículo 8 literal b del Acuerdo 003/2003) en la cual se delegan funciones como Director Local de Salud del Municipio de Jenesano al Tesorero (a) Municipal; la señora en mención cumplió esta delegación durante el tiempo comprendido entre el 12 de agosto de 2008 y el 26 de julio de 2011.

Que igualmente fue miembro de la Junta Directiva de la ESE CENTRO DE SALUD JENESANO, durante el mismo periodo es decir del 12 de agosto de 2008 al 26 de julio de 2011, en calidad de Directora local de salud delegada” (Negrilla del Despacho).

Con fundamento en las anteriores pruebas, es claro que la señora GLADYS HORTENCIA ALBA GUIO, al momento de entrar a desempeñar el cargo de subgerente se la ESE CENTRO DE SALUD DE TOCA, tenía una experiencia profesional como Directora Local de Salud del Municipio de Jenesano durante el tiempo comprendido entre el 12 de agosto de 2008 y el 26 de julio de 2011, y además fue miembro de la Junta Directiva de la ESE CENTRO DE SALUD JENESANO, durante el mismo periodo es decir del 12 de agosto de 2008 al 26 de julio de 2011, en calidad de Directora local de salud delegada cumpliendo de esta forma con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones contenido en el Acuerdo No. 006 del 12 de noviembre de 2006, para el desempeño del cargo, por lo que tampoco están llamados a prosperar los cargos de desmejoramiento del servicio, y desviación de poder.

En este orden de ideas, estima el Despacho que la parte demandante debió acreditar los motivos ajenos a la buena marcha de la administración que determinaron la expedición del acto demandado para desvirtuar su presunción de legalidad, aportando los medios probatorios que dieran cuenta de la existencia de la desviación de poder, sin embargo, en el presente caso no atendió la carga probatoria que le correspondía, al tenor del artículo 177 del C.P.C, y por ende, no logró probar los supuestos fácticos en que se fundamentó el cargo de desviación de poder, por lo que se impone denegar las pretensiones de la demanda.

Por otro lado, no se condenará en costas en esta instancia, toda vez que las partes se limitaron al ejercicio de los derechos y actuaciones procesales pertinentes y no



se observó una conducta dilatoria o de mala fe, según lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

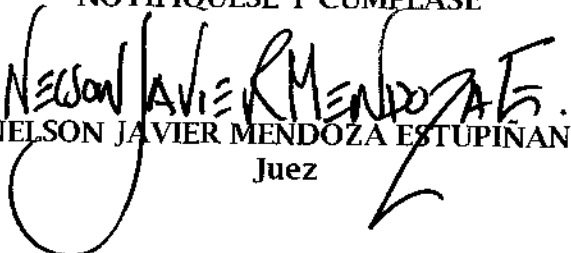
RESUELVE:

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.

TERCERO.- En firme la presente providencia, por secretaría procédase a su **ARCHIVO**, con las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER MENDOZA ESTUPIÑÁN
Juez

