



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**
Demandante: NUBIA CECILIA SANABRIA MAPE
Demandado: HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E. DE SAN ANTONIO
– TOLIMA.
Radicación: 73001-33-33-003- **2016-00468-00**

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de **Nubia Cecilia Sanabria Mape** contra el Hospital La Misericordia E.S.E. de San Antonio – Tolima.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES (Fol. 46)

- 1.1. Que se declare la nulidad de los actos administrativo contenidos en la Resolución 293 de 05 de abril de 2016 y la Resolución 314 de 21 de abril de 2016, a través de la cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante.
- 1.2. Que como medida de restablecimiento del derecho, se reintegre en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 04 del Hospital La Misericordia E.S.E. de San Antonio Tolima a la señora Nubia Cecilia Sanabria Mape, reconociéndole todos los emolumentos y derechos laborales a los que tenía derecho desde su retiro del cargo ocurrido el 5 de abril de 2016 hasta la fecha de su reintegro sin solución de continuidad.
- 1.3. Que se indemnicen los perjuicios morales ocasionados a Nubia Cecilia Sanabria Mape, estimados en treinta y cinco millones de pesos, como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos atacados.
- 1.4. Que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas.
- 1.5. Que se condene el pago de los interés corrientes y moratorios, de conformidad con el artículo 177 del C.C.A.
- 1.6. Que se condene a la demandada a dar cumplimiento al fallo que dé fin al proceso, dentro de los términos del artículo 192 y ss. de la Ley 1437 de 2011.

1.7. Que se condene a la demanda al pago de costas.

2. HECHOS (Fol. 46-47)

A continuación, se relacionarán los hechos jurídicamente relevantes narrados:

- 2.1. Que la señora Nubia Cecilia Sanabria Mape fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 03 a través de la Resolución No 245 del 19 de marzo de 2013, aclarada mediante Resolución 670 de 5 julio de 2013,
- 2.2. Que mediante Resolución 293 de 5 de abril de 2016, suscrita por la gerente del Hospital La Misericordia de San Antonio Tolima, se declaró insubsistente a la demandante del cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 03.
- 2.3. Que a través de la Resolución 314 de 21 de abril de 2016, el hospital demandado se abstuvo de resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 293 de 2016.
- 2.4. Que la Resolución 314 de 2016 fue comunicada a la accionante por servicio de correo, mediante oficio del 22 de abril de 2016 y recibida materialmente en su domicilio el día 30 de abril de 2016.
- 2.5. Que para la fecha de insubsistencia, la accionante devengaba un sueldo básico mensual de \$3.307.304, prima de navidad \$3.307.304, prima de servicio \$1.653.653, coordinación personal \$661.470, bonificación por servicios prestados \$1.157.556, prima de vacaciones \$1.653.652

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS PRETENSIONES (FOL. 47-50)

3.1. Normas Violadas:

- Constitución Política de Colombia, artículos 2,6, 25, 29, 53, 121, 122, 123 y 125
- Ley 1437 de 2011.
- Ley 50 de 1990
- Ley 909 de 2004.

3.2. Concepto de Violación

Se entiende en una interpretación integral de lo expuesto en la demanda, que el acto demandado se acusa de haber vulnerado los derechos fundamentales de la demandante, además de estar viciado por falsa de motivación.

Se dice que el Hospital La Misericordia de San Antonio - Tolima transgredió la norma constitucional superior al retirar del servicio a la señora Nubia Cecilia Sanabria Mape, quien al momento de su retiro se desempeñaba en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa adscrito a la planta global, pues la accionada no motivó la decisión en factores específicos, tales como razones disciplinarias,

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Demandante : Nubia Cecilia Sanabria Mape
 Demandado : Hospital San José E.S.E de Ortega - Tolima
 Expediente : 73001-33-33-003-2016-00468-00

calificación insatisfactoria o por cualquier otra causal que origine en verdad la emisión del acto.

Se afirma que la señora Nubia Cecilia Sanabria Mape fue nombrada en provisionalidad y que las razones expuestas por la parte accionada para su desvinculación no corresponden a la realidad, puesto que se desconocieron las normas que regulan la materia, vulnerando además la inamovilidad relativa de la que gozaba la accionante y que al no seguir los mecanismos planteados por la ley, se violó también el debido proceso.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. Hospital la Misericordia de San Antonio Tolima E.S.E. (67-83)

El Hospital La Misericordia de San Antonio – Tolima, a través de apoderada judicial se pronunció durante el término de traslado de la demanda, oponiéndose a las pretensiones, advirtiendo que la parte actora si bien alega una falsa motivación en el acto administrativo que la declaró insubsistente, no indica el supuesto fáctico en el que se centra para alegarla, señalando que le corresponde a la parte actora probar que lo expresado en el acto atacado no corresponde a la realidad.

Afirma la profesional del derecho que, la parte actora tampoco logra probar que el cargo ocupado sea de carrera administrativa, y en su lugar, indica que en la Resolución 245 de 2013 y el acta de posesión No. 110 del 19 de marzo de 2013, se estipula que la naturaleza del cargo es de libre nombramiento y remoción por ser de manejo y confianza.

Se arguye además que tanto en el Acuerdo 06 del 28 de diciembre de 2011 y el Acuerdo 002 de 25 de abril de 2015, por medio de los cuales se ajustaron el manual de funciones y competencia laborales, de manera expresa quedó establecido que el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 04 es de libre nombramiento y remoción, concluyendo de esta manera que las pretensiones esbozadas en la demanda no están llamadas a prosperar.

Estos argumentos de defensa, los incluye en lo que a título de excepciones de mérito dice plantear bajo los rótulos de: *Ausencia de fundamentos fácticos, jurídicos, y probatorios que indiquen la vulneración de normas (Falsa motivación)*” y *“Legalidad y debida motivación de los actos administrativos que se denuncian”*.

4.2. Tercera Interesada - Yenni Paola Suarez Padilla

No contestó demanda; de ello da cuenta en la constancia secretarial visible a folio 137 del expediente.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 10 de octubre de 2016 (fl. 1), siendo admitida por auto del 07 de diciembre de 2016 (fl.55). Vencidos los términos de traslado para contestar la demanda y su reforma, mediante auto del 29 de enero de 2018, se

vinculó dentro del presente medio de control a la señora Yenni Paola Suárez Padilla, en calidad de tercero interesado (Fol. 128). Realizada la notificación y vencido el término para contestar y excepcionar, en providencia 14 de diciembre de 2018 se fijó fecha y hora para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (fl. 166), la cual se llevó a cabo el día 02 de mayo de 2019, en ella se realizó el saneamiento del proceso, se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se abordó el tema de la conciliación sin que las partes propusieran fórmula de arreglo y se decretó las pruebas solicitadas por las partes (fl. 177-179).

Recaudada la totalidad de las pruebas, en auto del 28 de octubre de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión (fl.196) haciendo uso de su derecho de la parte demandante.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte Demandante (Fol. 197-200)

Reitera los argumentos inicialmente expuestos, especialmente los que afirman que la parte accionada le vulneró los derechos fundamentales, así como las citas de disposiciones legales y jurisprudenciales que regulan la cesación de servicios de un servidor público en provisionalidad en cargo de carrera administrativa. Añade además que la entidad no ha iniciado un proceso de convocatoria y de oferta del cargo para proveerlo. El apoderado de la accionante insiste que la ESE demandada no sujetó sus atribuciones a los cánones supraleales, expresando que el acto administrativo emitido por la entidad está viciado de nulidad por falsa motivación, toda vez que las razones que motivaron dicho acto son de índole político.

I. CONSIDERACIONES

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia.

1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 2º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Se deberá determinar si el acto administrativo por medio del cual el Hospital La Misericordia E.S.E. de San Antonio Tolima, declaró insubsistente el nombramiento de la señora Nubia Cecilia Sanabria Mape en el cargo de Profesional Universitario código 219 grado 04, se encuentra viciado de nulidad y en caso de ser afirmativo, si tiene derecho la demandante a ser reintegrada en el citado cargo, con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde su retiro hasta el momento en que opere su reintegro.

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Demandante : Nubia Cecilia Sanabria Mape
 Demandado : Hospital San José E. S. E. de Ortega - Tolima
 Expediente : 73001-33-33-003-2016-00468-00

3. MARCO JURÍDICO

3.1. Régimen jurídico de los cargos de libre nombramiento y remoción.

El artículo 125 de la Constitución Política consagra como regla general, para la vinculación de servidores públicos, el sistema de carrera *“cuya finalidad es la de preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, así como garantizar a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de promoción y ascenso, previo el lleno de las condiciones y requisitos que para el efecto exija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”*.

Sin perjuicio de esta regla general de carrera administrativa, la misma Carta señala unas excepciones, como son los empleos de elección popular, **los de libre nombramiento y remoción**, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Siendo competencia del legislador expedir las normas que regirán el sistema de carrera en las entidades del Estado (art. 150-23 C.P.), respetando las excepciones ya señaladas.

Es así que en el artículo 5 de Ley 909 de 2004, se estableció la clasificación de los empleos públicos de la siguiente manera:

“Artículo 5º. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

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

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

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

*b) Los empleos cuyo ejercicio **implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:***

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente; (...)

(Resaltado fuera de texto).

Por su parte, los artículos 23 y 41 ibidem, reglaron la forma de proveer los cargos de libre nombramiento y remoción, así como sus causales de retiro:

“Artículo 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en periodo de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

(...)

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;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

c) Literal inexequible (Ver Sentencia C-501 de 2005).

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; (Declarado condicionalmente exequible en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente por la Corte Constitucional - Ver Sentencia C-501 de 2005).

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; (Declarado condicionalmente exequible, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición

205

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : Nubia Cecilia Sanabria Mape
Demandado : Hospital San José E. S.E de Ortega - Tolima
Expediente : 73001-33-33-003-2016-00468-00

del acto administrativo que declare el retiro del servicio – Ver Sentencia C-1189 de 2005)

j) *Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;*

k) *Por orden o decisión judicial;*

l) *Por supresión del empleo;*

m) *Por muerte;*

n) *Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.*

Parágrafo 1º. Inexequible (Ver Sentencia C-501 de 2005).

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”.(Destaca el Juzgado)

3.2. De la confianza como criterio determinante en los cargos de libre nombramiento y remoción.

Al analizar el régimen particular que rodea a aquellos cargos que no están dentro del régimen de carrera administrativa, tales como los de libre nombramiento y remoción, por ser estos, de dirección y confianza, la Corte Constitucional en sentencia T-686 de 2014 reitera los principios orientadores en este tipo de cargos, aduciendo que en todo caso, la confianza es el criterio determinante para fijar tal naturaleza:

“El artículo 125 de la Constitución Política consagra como regla general, para la vinculación de servidores públicos, el sistema de carrera “cuya finalidad es la de preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, así como garantizar a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de promoción y ascenso, previo el lleno de las condiciones y requisitos que para el efecto exija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.

Sin perjuicio de esta regla general de carrera administrativa, la misma Carta señala unas excepciones, como son los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Siendo entonces competencia del legislador expedir las normas que regirán el sistema de carrera en las entidades del Estado (art. 150-23 C.P.), respetando las excepciones ya señaladas.

De conformidad con lo anterior, esta Corte en reiteradas ocasiones ha fijado unos parámetros o criterios que han de ser observados por la ley para determinar cuándo un cargo es de libre nombramiento y remoción:

*“(…) como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, **exija una confianza plena y total**, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación”.* (Negrilla fuera de texto).

Siguiendo esta línea jurisprudencial, en la Sentencia C-514 de 1994, esta Corporación señaló que un cargo de libre nombramiento y remoción tiene que reunir las siguientes características: (i) de un lado, hacer referencia a **funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional** y, (ii) de otro, referirse a **cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades**. Al respecto se dijo:

*“Siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, **por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera.** 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 requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho.*

*Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el *intuitio personae*”.*

Con posterioridad, en Sentencia T-132 de 2007 se recordó que **en los cargos de libre nombramiento y remoción la confianza representa uno de los aspectos centrales, para la vinculación del servidor:**

“Ha manifestado la Corte Constitucional que al “tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Demandante : Nubia Cecilia Sanabria Mape
 Demandado : Hospital San José E.S.E de Ortega - Tolima
 Expediente : 73001-33-33-003-2016-00468-00

principio, de la discrecionalidad del nominador.” Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que “el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación.”

De esta manera, es claro que la confianza es un criterio subjetivo relevante no solo para establecer si un cargo es de libre nombramiento o remoción, especialmente en aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, sino también para determinar el ingreso y la permanencia en el cargo del respectivo servidor público”.

Por su parte, el Consejo de Estado respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción, en sentencia del 30 de marzo del 2017, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, dentro del expediente 41001-23-33-000-2012-00142-01(0990-14), indicó:

“Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia¹, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

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

Así las cosas, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que 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, 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.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 29 de febrero de 2016, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno 3685-2013.

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

Aunque de acuerdo con la norma, la remoción de empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad. En otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional indicó que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado² como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

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

3.3. De la falsa de motivación.

Al respecto, se debe destacar la tesis sostenida por el Consejo de Estado - Sección Cuarta, que en sentencia del 26 de julio de 2017, dentro del expediente 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326), advirtió:

“Sobre la falsa motivación, la Sección Cuarta ha precisado que esta “causal autónoma e independiente se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.

Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que “es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente”.

Por su parte, en cuanto a la falta o ausencia de motivación, la Sección Cuarta ha señalado lo siguiente:

² Sentencia T-372 de 2012.

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Demandante : Nubia Cecilia Sanabria Mape
 Demandado : Hospital San José E.S.E de Ortega - Tolima
 Expediente : 73001-33-33-003-2016-00468-00

"La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos.

Los motivos del acto administrativo deben ser de tal indole, que determinen no sólo n la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que: inspiraron la producción de los mismos.

En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forme del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en vicio de expedición irregular y, por ende, so configura la nulidad del acto administrativo.

En efecto, la expresión de los motivos por los cuales se profiere un acto administrativo de carácter particular y concreto es indispensable, pues es a partir de los mismos que el administrado puede controvertir aquellos aspectos de hecho y de derecho que considera no pueden ser el soporte de la decisión, pero cuando se prescinde de la motivación se impide que el particular afectado con la decisión pueda ejercitar cabalmente su derecho de defensa y contradicción"(Resaltado fuera de texto)

4. DEL CASO CONCRETO.

Decantados, los parámetros jurisprudenciales y legales que habrán de orientar la decisión, es momento de descender al análisis de las pruebas practicadas, para luego determinar si se lograron demostrar los cargos formulados contra el acto acusado.

4.1. Pruebas jurídicamente relevantes recaudadas.

Las pruebas documentales que servirán a la decisión, son las que en orden cronológico a continuación se enuncian:

- Resolución N°245 del 19 de marzo de 2013, donde se nombra a la señora Nubia Cecilia Sanabria Mape en el cargo de profesional universitario código 219 grado 01, con carácter de libre nombramiento y remoción (Fol. 2-3 cuaderno pruebas parte demandada)

- Acta de posesión en el cargo de profesional universitario de libre nombramiento y remoción de Nubia Cecilia Sanabria Mape del 19 de marzo de 2013. (Fol. 7 cuaderno pruebas parte demandada)
- Resolución No. 670 del 5 de julio de 2013 por medio de la cual se modifica y aclara la resolución 245 del 19 de marzo de 2013, en la que se ratifica el nombramiento de la demandante hasta tanto se realice concurso de méritos correspondiente y se provea el cargo de manera definitiva, y aclarando que el cargo de Profesional Universitario código 219 grado 04 nivel profesional es un cargo de planta del hospital, sometido a las reglas de carrera administrativa, conforme al manual de funciones y competencias laborales vigente, acuerdo 06 del 28 de diciembre de 2011. (Fol. 4-6 cuaderno pruebas parte demandada)
- Resolución N° 293 del 5 de abril de 2016, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento realizado a la señora Nubia Cecilia Sanabria Mape en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 04. (Fol. 10-13 cuaderno pruebas parte demandada)
- Resolución N° 314 del 21 de abril de 2016, por medio de la cual la Gerente del Hospital La Misericordia E.S.E. se abstiene de resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 293 del 5 de abril de 2016. (Fol. 18-19 cuaderno pruebas parte demandada)
- Resolución N° 098 del 2 de marzo de 2018, por medio de la cual se realiza el nombramiento de Yenny Paola Suarez Padilla en el cargo de Profesional universitario Código 219 Grado 04 del ente hospitalario demandado. (Fol. 165 cuaderno principal)
- Certificación del 13 de abril de 2019, emitida por el Hospital La Misericordia E.S.E. de San Antonio Tolima, en donde se indica que no existe ni ha existido estudio y/o análisis respecto del cambio o modificación de la naturaleza del cargo 219 grado 04, el cual es un cargo de libre nombramiento y remoción de conformidad con el Acuerdo 06 del 28 de diciembre de 2011. (Fol. 7 cuaderno pruebas parte demandante)
- Certificación del 30 de julio de 2019, emitida por la Gerente de Convocatorias de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la que se informa que el cargo denominado Profesional Universitario Grado 04 Código 219 perteneciente al Hospital la Misericordia de San Antonio Tolima no ha sido reportado por la entidad en el aplicativo SIMO. (Fol. 47 cuaderno pruebas de oficio)
- Acuerdo No. 06 del 28 de diciembre de 2011, *“por medio del cual se modificó el Acuerdo 08 de octubre 13 de 2005, ajustando el Manual Específicos de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de plana de personal del Hospital La Misericordia de San Antonio Tolima – Empresa Social del Estado”*. (Fol. 10-16 cuaderno principal)
- Acuerdo No. 02 del 25 de abril de 2015, *“por medio del cual se ajusta el Manual Especifico de Funciones y de Competencias laborales para los empleos de la Planta de Personal del Hospital la Misericordia E.S.E de San Antonio Tolima, adoptado mediante Acuerdo No. 06 de diciembre 28 de 2011”* (Fol. 17-25 cuaderno principal)

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se puede precisar por parte del Despacho que se encuentra probado que, inicialmente Nubia Cecilia Sanabria Mape fue nombrada en el cargo de libre nombramiento y remoción denominado profesional universitario código 219 grado 04 en el Hospital La Misericordia E.S.E., mediante Resolución N° 245 del 19 de marzo de 2013.

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Demandante : Nubia Cecilia Sanabria Mape
 Demandado : Hospital San José E.S.E de Ortega - Tolima
 Expediente : 73001-33-33-003-2016-00468-00

No obstante, la naturaleza del cargo en la que fue nombrada la actora, fue modificada a través de la Resolución No. 670 del 5 de julio de 2013, en el que se indicaba que cargo de Profesional Universitario código 219 grado 04 nivel profesional es un cargo de la planta del hospital, sometido a las reglas de carrera administrativa, conforme al manual de funciones y competencias laborales vigente, Acuerdo 06 del 28 de diciembre de 2011.

De acuerdo a lo anterior, debe este despacho entrar a revisar las funciones del cargo que ostentaba la demandante para determinar de conformidad con el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales, si el cargo se circunscribe en un cargo de carrera administrativa o en su defecto, en un cargo de libre nombramiento y remoción, tal y como lo afirma el ente hospitalario al momento de declarar insubsistente a la señora Nubia Cecilia Sanabria Mape.

Así, en el Decreto 06 del 28 de diciembre de 2011, el cual contiene el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales del Hospital demandando y que se encontraba vigente al momento del nombramiento de la demandante, se precisa que el "Propósito Principal" del cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 04 era el de *"Elaborar las disponibilidades, registro y giros presupuestales; elaborar los informes de ejecución presupuestal de ingresos y gastos; los informes trimestrales a la Contraloría Departamental, La Superintendencia Nacional de Salud y demás organismos de supervisión y control; en lo referente a su área administrativa. Registrar el estado de cartera a los diferentes usuarios de los servicios de salud. Coordinar los grupos de trabajo de cada una de las unidades funcionales de la institución bajo la asignación"*³, situación ésta que se desarrollaba a través del cumplimiento de las funciones especiales de dicho cargo descritas en el referido manual de funciones.

Al reparar en las funciones relacionadas en los numerales 1, 2, 14, 19, 22 y 24, estas desarrollan los criterios de dirección, conducción y orientación institucionales, dentro de los que se destacan aquellos relacionados la emisión de disponibilidad, compromisos y giros presupuestales, así como los informes presupuestales y financieros del centro de salud.

Así mismo encuentra el Despacho que el ejercicio de las funciones definidas en los numerales 5, 8, 9, 10, 16 y 20 del cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 04 de la E.S.E. demandada, implican una especial confianza, por cuanto le asignan funciones de asesoría institucional, asistenciales y de apoyo, siendo el jefe inmediato del funcionario que desarrolle tal cargo, el Gerente del Hospital.

Además, debe resaltar el Despacho que encontrándose la señora Nubia Cecilia Sanabria Mape ocupando el cargo de profesional universitario código 219 grado 04, el Manual de Específico de Funciones y de Competencias Laborales fue modificado a través del Acuerdo 002 del 25 de abril de 2015, en donde concretamente se indica que la naturaleza del empleo es de Libre Nombramiento y Remoción, especificando

³ Ver folio 12 del Cdo. Principal

que el propósito principal del cargo es *“Ejecutar labores de dirección, coordinación y control en el desarrollo de políticas institucionales y procesos administrativos requeridos para la prestación de servicios en la E.S.E.”*

En el citado Acuerdo 002, también es posible identificar que en los numerales 1, 2, 3, 7, 9, 10, 16, 26, 38 y 42, son funciones directivas, de conducción y manejo del Hospital La Misericordia E.S.E., y conservando además las funciones del manejo presupuestal de la entidad.

Aunado a lo anterior, en la señora Norma Esperanza Urrego en la declaración rendida aduce que las funciones desempeñadas por la demandante *“...era en la parte administrativa manejar el presupuesto, diligenciar en el sistema toda la parte presupuestal del hospital y era coordinadora en otros procesos, como los procesos de informes con los asesores, coordinaba la facturación y coordinaba en la parte de farmacia.”*

Además, el señor Carlos Alfonso Criollo Rodríguez afirmó que *“En ese cargo se desarrollaban funciones con el tema de presupuesto, estar muy pendiente del presupuesto, como son generar disponibilidades presupuestales, registros presupuestales, giros presupuestales, rendir informes a algunos entes de control que hacían parte del tema financiero del cual algunos yo los apoyaba como control interno, eso es más que todo lo que recuerdo, el tema administrativo.”*

De lo anterior, se desprende que las funciones desarrolladas en el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 04 del Hospital La Misericordia E.S.E. de San Antonio, son propias de aquellos cargos de libre nombramiento y remoción de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 5 de Ley 909 de 2004, por lo que además de la certificación expedida en tal sentido por la entidad, se acredita que materialmente sí se trataba de un empleo que tiene dicha connotación, debido al desempeño de funciones de dirección y confianza asignadas.

Aparece que con el acto acusado, esto es, la Resolución 293 del 5 de abril de 2016 el Hospital La Misericordia E.S.E. de San Antonio declaró insubsistente el nombramiento de Nubia Cecilia Sanabria Mape y que en la parte considerativa se refirió que la accionante prestaba un servicio insatisfactorio y deficiente que afectaba el objeto y fin de la entidad, atendiendo a las quejas presentadas por el Presidente de la Junta Directiva y de la Secretaría de Salud del Municipio de San Antonio ante los organismos de control por el concurso dirigido a escoger la universidad encargada del proceso de selección del gerente durante el periodo 2016-2020 de la E.S.E. demandada, en que se seleccionó a la Universidad de Medellín.

Además de todo lo anterior, se afirmó que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no requiere motivación y se dijo también que, ante el cambio de administración municipal, resultaba procedente hacer uso de la facultad discrecional de remoción de los empleados que se otorga a los nominadores.

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Demandante : Nubia Cecilia Sanabria Mape
 Demandado : Hospital San José E.S.E de Ortega - Tolima
 Expediente : 73001-33-33-003-2016-00468-00

- **De la falsa motivación**

La parte demandante afirma que el acto administrativo atacado está viciado de nulidad, al considerar que la E.S.E. accionada incurrió en falsa motivación al expedirlo, pues considera que los argumentos esgrimidos no se encausan en la realidad, vulnerando los postulados legales que se enmarcan en los cargos de carrera administrativa, y obedeciendo a motivos de índole político, desconociendo la inamovilidad relativa de la que gozaba la accionante por ocupar en provisionalidad un cargo de carrera administrativa.

Teniendo en cuenta que el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 en su parágrafo 2°, establece que en caso de efectuarse el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, no es necesaria la motivación y que depende de la discrecionalidad del nominador, se puede advertir que el acto acusado no tenía necesidad de ser motivado y sin embargo, la entidad demandada hizo una exposición de las razones que llevaron a su emisión, con una mención de los antecedentes de hecho y derecho que se mencionan para justificar su expedición.

Es importante señalar que, las condiciones profesionales y el correcto desempeño de la función, no le dan al servidor de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad alguno, pues aquellas, son calidades que son exigibles de cualquier persona que preste un servicio público. Así, aun asumiendo que la hoy demandante desempeñó una buena gestión en el Hospital accionado, las relaciones de confianza con el nominador, son las que resultan esenciales para el buen desempeño y manejo de la administración pública, por ende, cuando esas relaciones de confianza se ven menguadas por las razones o circunstancias que sean, surge la posibilidad de la declaratoria de insubsistencia del servidor, sin expresar motivación alguna y en el caso concreto, resultó afectada tal confianza, al punto que se decidió la remoción de la accionante, bajo argumentos que no fueron desvirtuados por la actora en este proceso, quien tampoco demostró los motivos políticos que aduce, fueron los determinantes en la decisión atacada.

5. CONCLUSIÓN JURÍDICA

Luego del análisis del caso concreto, concluye el Despacho que se logró determinar que el cargo de Profesional Universitario código 219 grado 04 del Hospital La Misericordia E.S.E. de San Antonio desempeñado por la señora Nubia Cecilia Sanabria Mape, efectivamente correspondía a un cargo de libre nombramiento y remoción, y que la presunción de legalidad del acto administrativo demandado Resolución No. 293 del 5 de abril de 2016, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, no fue desvirtuada, al no demostrarse el cargo de nulidad formulado, cuyo eje central consistía en señalar que se trataba de un cargo de carrera que requería para la desvinculación del servidor que lo ocupaba en provisionalidad, una motivación derivada de la estabilidad laboral relativa que le acompañaba. Al contrario, se considera que el contenido del acto demandado cumple las exigencias de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la decisión discrecional de retiro del servicio.

En vista de lo anterior, habrán de denegarse las pretensiones de la demanda.

6. CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

"Salvo en los procesos en 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."

Al resultar denegatorias las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionada, ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018⁴, verificando en consecuencia que la demandada contestó demanda, asistió a la audiencia inicial y a la de pruebas; razón por la cual se fijará la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la entidad demandada, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda promovida por Nubia Cecilia Sanabria Mape contra el Hospital La Misericordia E.S.E. de San Antonio, conforme lo indicado en parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte accionante. Tásense, tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000) a favor de la entidad demandada. Líquidense por Secretaría.

TERCERO: Ejecutoriado el presente fallo y liquidadas las costas, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).