

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "B"

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008)

CONSEJERA PONENTE: DOCTORA BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Radicación No. 68001-23-31-000-2002-00870-01

Expediente No. 0481-2007

Actor: LEIDA CASTIBLANCO ARDILA

AUTORIDADES MUNICIPALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2006 por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda incoada por Leída Castiblanco Ardila contra el Hospital San Juan de Dios de Floridablanca

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 00306 de 22 de noviembre de 2001, por medio de la cual el Gerente del Hospital San Juan de Dios de Floridablanca (S), declaró insubsistente el nombramiento de la actora, en el cargo de Directora de Centro de Salud (Caldas) a partir del día 26 del mismo mes y año:

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se ordene su reintegro al cargo que venía ocupando o a otro de igual o superior categoría, así como el pago de los salarios, primas, cesantías y todas las demás prestaciones que la entidad cancela a sus funcionarios, se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio y se de cumplimiento a la sentencia con aplicación de lo previsto en los artículos 176 a 178 del C.C.A. adicionalmente solicita la condena en costas y agencias en derecho.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes hechos:

La actora fue nombrada mediante la Resolución No. 0204 de 3 de febrero de 1993, en el cargo de Directora del Centro de Salud Caldas del Ente acusado, mientras duraba la licencia no remunerada de la titular.

Mediante Resolución No. 00564 de 2 de marzo de 1993 emanada de la Secretaria de Salud Departamental, fue nombrada en provisionalidad en el aludido cargo por el término de cuatro (4) meses mientras se realizaba el concurso correspondiente de Carrera Administrativa.

Por Resolución No. 01873 de 14 de julio de 1993, suscrita por el Secretario de Salud de Santander, el nombramiento como Directora del Centro de Salud Caldas, se prorrogó por cuatro (4) meses más.

El 4 de noviembre de 1993 la Secretaria de Salud de Santander, aclara que el nombramiento de la actora era en propiedad.

El Jefe de Personal del Hospital Regional de Floridablanca, le remitió un Memorando informándole que era trasladada del puesto de Salud Caldas al Hospital en la Sección de Cirugía a partir del 1º de agosto de 1995.

Por Resolución 001 de 12 de mayo de 2000, la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia, Seccional Santander, le otorga la distinción 'Botón de Plata y Oro' en la modalidad del servicio profesional, por su liderazgo y compromiso con la Institución Hospitalaria San Juan de Dios de Floridablanca, lo cual la hizo acreedora de muchas felicitaciones.

El Jefe de Personal de la accionada, mediante certificado de 15 de junio de 2001, hace constar que la actora siempre ha demostrado ser una persona honesta y responsable, cumpliendo a cabalidad las funciones encomendadas por la Institución.

En el mes de octubre de 2001, la actora al igual que otras funcionarias fueron llamadas por la Gerencia para solicitarles en forma verbal la renuncia a sus respectivos cargos, a lo cual hicieron caso omiso.

El día 26 de noviembre de 2001, el Gerente del Hospital, expidió la Resolución No. 0306 declarando insubsistente el nombramiento de la actora como Directora del Centro de Salud Caldas, a partir del 26 del mismo mes y año, tal determinación no fue objeto de motivación.

El mismo día fueron declaradas insubsistentes otras cuatro (4) funcionarias, que ocupaban iguales cargos, mediante las Resoluciones Nos. 0305, 0307, 0308 y 0309.

Mediante certificación de 6 de diciembre de 2001, el Jefe de Personal del Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, hace constar que la actora fue nombrada como Directora del Centro de Salud Caldas, a partir del 2 de marzo de 1993 y hasta el 25 de noviembre de 2001, aclarando que a partir del 1º de agosto de 1995 se trasladó a la Sección de Cirugía. Esa función la desempeñaba desde el 22 de agosto de 1994.

El Jefe de la División de Apoyo Administrativo Institucional de la Secretaria de Salud Departamental, el 8 de enero de 2002 certifica que la demandante, se desempeñó como Director del Centro de Salud Caldas, del Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, desde el 9 de febrero de 1993 hasta el 21 de agosto de 1994, es decir, que a partir del 22 de agosto de 1994 hasta la fecha de declaratoria de la insubsistencia, desempeñaba sus funciones en la Sección de Cirugía del Ente acusado.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

Constitución Política, artículos 25, 29 y 125; Ley 443 de 1998, artículos 1º, Numeral 2º, Literal A), 64 y 86; Decreto Ley 1569 de 1998, artículos 20, 34 y 35; C.C.A., artículo 84. (Fls. 21-35)

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Santander, negó las súplicas de la demanda (Fls. 200-217), con base en las siguientes consideraciones:

El cargo desempeñado por la actora era como Directora de un Centro de Salud, según la Ley 10º de 1990 ostentaba la naturaleza de libre nombramiento y remoción, no siendo en consecuencia de recibo los argumentos relativos a que era de carrera y por ende su situación debía regularse por lo contemplado en el régimen correspondiente a la misma.

En cuanto al argumento presentado por la accionante, consistente en que formaba parte del régimen de carrera administrativa por el hecho de encontrarse desempeñando un cargo perteneciente al referido régimen desde 1994 hasta el momento en el cual fue declarada insubsistente su nombramiento, el A-quo considera pertinente aclarar que si bien es cierto, se encuentra demostrado dentro del expediente que la demandante fue trasladada a la Sección de

Cirugía del Hospital, desde el 1º de agosto de 1995 hasta el 22 de noviembre de 2001 (fecha en la cual fue declarada insubsistente), no obra prueba que se encontrara inscrita en carrera administrativa, en el nuevo cargo que desempeñaba, por el contrario está demostrado que la funcionaria se hallaba vinculada a la Entidad accionada en el cargo de Directora del Centro de Salud Caldas del Hospital San Juan de Dios de Floridablanca, cargo que como se indicó es de libre nombramiento y remoción.

En esas condiciones el acto administrativo no requería motivación, es decir, que fue expedido en ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción de la cual gozaba el nominador, siendo imposible reconocerle un derecho de permanencia del nombrado en esta condición.

EL RECURSO

La actora impugnó la anterior decisión con la fundamentación que corre a folios 179 a 191.

Se quebrantó el principio del contrato realidad, que es aceptado doctrinal y jurisprudencial y que tiene soporte legal dentro del presente proceso, pues se soporta en la prueba documental y testimonial arrimada al plenario, toda vez que está demostrado que la accionante al momento de ser declarada insubsistente no ejercía el cargo de Directora del Centro de Salud Caldas, adscrito al Ente demandado, sino que por disposición del superior había sido designada para ejercer el cargo y las funciones de Enfermera Jefe, cargo éste que no es de libre nombramiento y remoción, sino que por el contrario pertenece a la carrera administrativa.

No tuvo en cuenta que el Ente acusado, a motu proprio le cambio las reglas de la vinculación laboral inicial y la obligó a ejercer un cargo y funciones que no son de carrera administrativa, durante la mayor parte del tiempo en que estuvo al servicio del Hospital; situación que no fue desvirtuada por éste, luego si la ley determina cuales son los cargos de libre nombramiento y remoción y está demostrado que el cargo del cual fue retirada la actora, no se encuentre en los taxativamente determinados por la ley, mal hace el fallador en pretender que se haya probado su vinculación a carrera administrativa, pues precisamente su no inscripción en aquella obedece a una falla del servicio o un abuso de poder o una imposición de la posición dominante por parte de la Entidad demandada a través de sus administradores, al haberla puesto a ejercer un cargo de carrera y no haberla inscrito en aquella y para eludir tal deber, simuló que la actora continuaba en el cargo de Directora del Centro de Salud Caldas, cuando en realidad sus funciones y cargo correspondían al de Enfermera Jefe.

CONCEPTO FISCAL

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, en Concepto que corre de folios 190 a 195, solicitó confirmar la sentencia impugnada, por considerar que el acto acusado goza de la presunción de legalidad, que no fue desvirtuada por la demandante.

No comparte las afirmaciones contenidas en el escrito de apelación, si se tiene en cuenta que la persona interesada, en este caso la demandante, en el reconocimiento de un derecho, debe brindar al Juez todas las pruebas necesarias para acceder a su pedido y en el sub-júdice se evidencia todo lo contrario; la accionante se limita a hacer una serie de afirmaciones que no prueba y no contenta con ello, endilga a la Administración y al fallador de primera instancia unas actuaciones desacertadas en cuanto que se exigió la prueba de la inscripción en carrera administrativa y que, hubo abuso de poder cuando en realidad no se demostró dentro del proceso que el cargo de Enfermera fuera de carrera administrativa; por el contrario, las declaraciones que fueron recepcionadas coinciden en afirmar que el cargo de la actora era de libre nombramiento y remoción y ninguna de ellas dijo que estuviera amparada por fuero alguno de estabilidad, por lo que no puede ahora aceptarse que la exigencia legal de probar el ingreso a la carrera administrativa sea, en el caso objeto de estudio, por simple capricho del fallador, como pretende hacerlo ver la actora; más aún, es una obligación de la demandante probar dicho ingreso y en este

caso no lo hizo, por lo que podía ser desvinculada del servicio en cualquier momento, sin que por ello se predique un abuso de poder por parte del nominador.

En consecuencia, tanto la Administración, al expedir el acto acusado, como el Juez de Primera Instancia, al negar las súplicas de la demanda, actuaron siguiendo los lineamientos legales, observando las formas propias del juicio, fallando en derecho y en justicia al valorar las pruebas documentales y testimoniales que obran en el proceso, por lo tanto corresponde confirmar la negativa a las pretensiones.

Como no se evidencia causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar si el retiro de la actora a través de la insubsistencia de su nombramiento se encuentra ajustado a derecho teniendo en cuenta su desempeño en un cargo de libre nombramiento y remoción o si por el contrario requería motivación o se incurrió en desviación de poder.

ACTO ACUSADO

Resolución No. 00306 de 22 de noviembre de 2001, suscrita por el Gerente del Hospital San Juan de Dios de Florida Blanca (S) E.S.E., por la cual se declaró insubsistente el nombramiento hecho a la accionante, en el cargo de Directora de Centro de Salud (Caldas) a partir del día 26 del mismo mes y año. (Fl. 14)

HECHOS PROBADOS

Conforme a la certificación suscrita por el Jefe de Personal del Hospital San Juan de Dios de Floridablanca (S), la demandante fue nombrada Directora del Centro de Salud Caldas, a partir de 2 de marzo de 1993 hasta el 25 de noviembre de 2001. (Fl. 15)

La Jefe de Personal del Ente acusado, mediante Memorando de 26 de julio de 2005, informa a la actora que a partir del 1° de agosto de ese año es trasladada al Hospital, en la Sección de Cirugía. (Fl. 8)

A folio 16 del expediente obra el último desprendible de pago a nombre de la accionante, en que se le liquida la nómina de 30/04/2001, en el cargo de Directora.

ANÁLISIS DE LA SALA

El nombramiento en cargo de libre nombramiento y remoción y la facultad discrecional del nominador.

Observa la Sala que la demandante no probó que estuviese amparada por fuero alguno de carrera administrativa que le significara una estabilidad o garantía de inamovilidad, por el contrario está demostrado que su vinculación era de libre nombramiento y remoción, al ocupar el cargo de Directora del Centro de Salud Caldas¹.

¹ Por **Resolución No. 0204 de 3 de febrero de 1993**, suscrita por el Secretario de Salud Departamental, fue nombrada como Directora del Centro de Salud Caldas del Hospital de Floridablanca (S), a partir de la fecha y mientras dure la licencia no remunerada de su titular; posteriormente por **Resolución No. 00564 de 2 de marzo de 1993**, es nombrada en provisionalidad

en el mismo cargo a partir del 19 de febrero de 1993; luego mediante la **Resolución No. 01873 de 14 de julio de 1993**, es ampliada la provisionalidad por cuatro (4) meses más; y, finalmente por Resolución No. 03522 de 4 de noviembre de 1993, se aclara el artículo 2º de la Resolución 564, en el sentido que el nombramiento era en propiedad. (Fls. 4 a 7)

La Ley 443 de 11 de junio de 1998, por la cual se dictan normas de carrera en su artículo 5º prevé la clasificación de los empleos entre otros de la Administración Central y Órganos de Control del Nivel Territorial y precisa los criterios de los empleos de libre nombramiento y remoción, así:

"DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera, con excepción de: (...)

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

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, que adelante se indican, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, así: (...)

En la Administración Central y Órganos de Control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Distrital; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; **Director** y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; ~~Jefe de Control Interno, Jefe de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones;~~ Alcalde Local, Corregidor e Inspector de Tránsito y Transporte o el que haga sus veces, y Personero Delegado de los municipios de categoría especial y categorías uno, dos y tres.² (Se resalta)

Adicionalmente la Ley 10a de 1990, por la cual se organiza el Sistema Nacional de Salud, en su artículo 26, preceptúa:

"CLASIFICACIÓN DE EMPLEOS. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.

Son empleos de libre nombramiento y remoción: (...)

2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:

a) Los de Secretario de Salud o **Director Seccional** o **local del sistema de salud**, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente; (...)³

En esas condiciones la demandante desempeñaba un cargo de confianza y manejo (Directora del Centro de Salud Caldas), y 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 [le ha dado el tratamiento- especial de ser

² CORTE CONSTITUCIONAL, Apartes subrayados declarados CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES, mediante Sentencia C-506-99 de 14 de julio de 1999 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE, mediante Sentencia C-387-96 de 22 de agosto de 1996, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

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.

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.

Adicionalmente la demandante en su impugnación argumenta que el cargo que realmente ostentaba era el de Enfermera del Área de Cirugía y no el de Directora del Centro de Salud Caldas, allegando como prueba de tal situación un Memorando de 26 de julio de 1995 (Fl. 8) por el cual es trasladada a la Sección de Cirugía del Hospital de Floridablanca (S).

La demandante en procura de probar los hechos de la demanda, pidió los testimonios entre otros de Celmira Vesga Gómez (Fls. 126128), quien al ser interrogada dijo: "*PREGUNTADO: Sabe Usted cual era el cargo desempeñado por la señora (...). CONTESTO: El cargo en nómina era de Directora del Centro de Salud de Caldas, pero se desempeñaba como Enfermera Jefe de Cirugía del Hospital.*", de la misma manera se pronunciaron Myriam Teresa Silva Pérez Teresa Cárdenas Pitta, entre otros.

La Sala observa en el plenario que la actora siempre ostentó el cargo de Directora del Centro de Salud Caldas, como lo demuestran los actos de nombramiento y el desprendible de pago, en que se le canceló su nómina correspondiente al 30/04/2001, en el cargo precitado (Fls. 4-7 y 16) y los diferentes testimonios (en total diez -10-) recepcionados en el proceso coinciden en afirmar que la accionante cumplía funciones de Enfermera Jefe del Departamento de Cirugía y a veces como Jefe del mismo, pero que durante todo el tiempo devengó su remuneración como Directora del Centro de Salud Caldas. (Fls. 126 a 157).

En ese orden de ideas, tal como lo precisara el Agente Fiscal en su Concepto, es claro que la demandante siempre desempeñó el cargo de Directora del Centro de Salud Caldas y aún cuando en un momento dado pudo cumplir funciones de enfermera, nunca fue nombrada y posesionada en tal cargo, ni se le desmejoró su remuneración salarial; por tanto, la Entidad demandada cumplió a cabalidad con sus deberes mientras la actora permaneció en el cargo, usó los procedimientos de ley para realizar el traslado al que se ha hecho alusión y en ejercicio de la facultad discrecional la retiró del servicio, toda vez que se encontraba nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción.

Respecto a las buenas calidades, preparación y experiencia de la accionante, ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido de que la reunión de estos aspectos son garantía de buen servicio pero no enervan el ejercicio de la potestad discrecional toda vez que diversos motivos del servicio a cargo de la entidad justifican su ejercicio, lo cual no implica descalificación de la funcionaria.

Al no aparecer prueba que acredite los cargos endilgados contra el acto demandado, y al no encontrarse la actora favorecida por los beneficios de la Carrera Administrativa, no es posible admitir en el sub-exámine, que el acto censurado haya quebrantado los principios constitucionales y las normas de superior jerarquía invocadas en la demanda, o que la decisión del nominador haya obedecido a un fin diferente al del buen servicio público, por lo que la determinación de la insubsistencia no conlleva desbordamiento de poder en este caso.

Conforme a las razones expuestas, se confirmará el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 22 de septiembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda incoada por Leída Castiblanco Ardila, contra el Hospital San Juan de Dios de Floridablanca Santander.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

GERARDO ARENAS MONSALVE