

LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Designación / FACULTAD DISCRECIONAL - Nominador / DESVIACION DE PODER - Acto administrativo de naturaleza discrecional / EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Concepto

El artículo 125 de la Constitución Política, establece como regla general que los servidores del Estado sean incorporados mediante el sistema de méritos y además que permanezcan en el cargo, mientras no hayan incurrido en las causales específicas de retiro previstas por el legislador. No obstante, la Constitución también prevé que los directores y responsables de las instituciones, pueden rodearse de personas de su entorno más próximo, es decir, de toda su confianza, quienes encarnan y materializan las políticas administrativas y las estrategias del director para el desarrollo de la misión institucional, por lo que el manejo de este grupo especial de personas de confianza debe ser flexible. Por lo que acaba de decirse, la Constitución y la ley han previsto que algunos cargos deban ser de libre nombramiento y remoción, lo cual implica que su permanencia responda a la discrecionalidad del Presidente, Director, Gerente o Responsable de la entidad. La Corte Constitucional, se ha pronunciado sobre la posibilidad de que haya empleos de libre nombramiento y remoción, cuyos titulares, por carecer del privilegio de estabilidad, y por no ser de carrera, pueden ser retirados del servicio mediante actos discrecionales no motivados. Entonces, esa facultad discrecional permite que los empleados de libre nombramiento y remoción puedan ser retirados de sus funciones, con el fin de garantizar el buen servicio público, es decir, ese vínculo no genera ningún tipo de estabilidad, a menos que exista una limitación de orden legal, la cual debe ser alegada y demostrada, cuando el asunto transita al examen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El fenómeno de la desviación de poder puede presentarse inclusive en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues esta prerrogativa, la discrecionalidad, no puede ejercerse de manera arbitraria o abusiva, ni exceder las directrices y principios previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro de un funcionario, que carece de estabilidad esté inspirado en genuinas razones del buen servicio y no en motivaciones diferentes. Admitido lo anterior, también es sabido que para el logro de los fines y metas trazados por la dirección de las instituciones, es decir, para el logro cabal de sus cometidos, el ordenamiento prevé la posibilidad de que los responsables de cada entidad puedan rodearse de personas de su entera confianza. Lo excepcional de la situación de los empleados de libre nombramiento y remoción, reside en que estos no cumplen las exigencias que de modo general se aplican a quienes ingresan al servicio, esto es, superar los requerimientos del concurso de méritos y someterse a un régimen estricto y periódico de calificaciones. Los empleados de libre nombramiento y remoción, tienen entonces el privilegio de ingresar al servicio sin hacer oposición de sus méritos con otros aspirantes, es decir, sin someterse a los rigores de un concurso. Igualmente quedan eximidos de las evaluaciones periódicas que a los funcionarios del escalafón se aplican. Por supuesto que a cambio de todos esos privilegios, el empleado de libre nombramiento y remoción está expuesto a las vicisitudes y cambios institucionales necesarios para lograr las metas que se proponen las directivas de la administración. Por lo mismo, el manejo de los funcionarios de libre nombramiento y remoción es un instrumento estratégico de la política de gobierno de las instituciones, y brinda a la administración la posibilidad de reclutar nuevos recursos humanos para la consecución de esos fines.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION NACIONAL - ARTICULO 125 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTICULO 107

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia de la Corte Constitucional, C-734 de 2000., MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

PROCESO DISCIPLINARIO - No es necesario para declarar insubsistente un empleado de libre nombramiento y remoción / FACULTAD DISCRECIONAL Y POTESTAD DISCIPLINARIA - Diferencia

La responsabilidad por el fracaso de una gestión o la frustración de los resultados esperados, no se traduce necesariamente en responsabilidad disciplinaria o penal. Por supuesto que los bienes jurídicos protegidos por las acciones disciplinarias y penales, no son los mismos que inspiran la gestión administrativa. Por lo mismo, las normas que regulan la responsabilidad disciplinaria y los dictados de las ciencias administrativas no son idénticos, ni en su naturaleza, ni en sus efectos, tampoco en sus fuentes. Así, las normas correccionales, en cuanto tipifican conductas y prevén sanciones para ellas, no son de la misma estructura de los dictados de la técnica administrativa. De otro lado, la desatención de las directrices técnicas, lleva a consecuencias enteramente distintas de las secuelas disciplinarias, pues en aquél caso se trata del fracaso de una función, o la imposibilidad de alcanzar las metas y fines institucionales, mientras que la trasgresión de los tipos disciplinarios genera verdaderos castigos individuales. Cuando la conducta cometida por el funcionario es de tal intensidad que compromete, no sólo su papel misional y las metas de su gestión administrativa, sino que pasa los linderos de la responsabilidad penal o el compromiso disciplinario, de modo que se abre alguno de esos procesos en contra del funcionario por desatención de sus deberes y responsabilidades, ello no impediría hacer uso de la discrecionalidad. En suma, la apertura de un proceso disciplinario o penal no puede inhibir el uso de la potestad discrecional que lleve al retiro del funcionario. Resulta sí intolerable, exigir, como aquí se hace, que por haberse iniciado un proceso disciplinario contra un funcionario de libre nombramiento y remoción, esa circunstancia, que le debiera ser adversa, se convierta en fuente de estabilidad mientras se tomen las determinaciones propias del proceso correccional. La estabilidad propia de los empleados de carrera y excluida expresamente para los empleos de libre nombramiento, no puede ser ganada por estos a la espera de las resultas de un proceso disciplinario.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02831-01(0653-10)

Actor: NESTOR PIRAGUA LOMBANA

**Demandado: HOSPITAL JOSE CAYETANO VASQUEZ DE PUERTO BOYACA
ESE**

Decide la Sala el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2009, por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que negó las súplicas de la demanda incoada por Néstor Piragua Lombana contra la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá.

LA DEMANDA

NÉSTOR PIRAGUA LOMBANA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Boyacá, declarar la nulidad del siguiente acto administrativo:

- La Resolución No. 413 del 14 de julio de 2003, emitida por el Gerente de la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez, del Municipio de Puerto Boyacá, mediante la cual lo declaró insubsistente del cargo en el que se desempeñaba como Subgerente Administrativo.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho solicitó:

- Se ordene a la entidad demandada reintegrar al señor Piragua Lombana a la misma responsabilidad administrativa que venía desempeñando, o a un cargo de igual o de superior categoría;
- Se condene al pago de los salarios, primas, bonificaciones, gastos de representación, vacaciones y demás prestaciones sociales con sus debidos incrementos, causados desde la fecha de su desvinculación del cargo y hasta cuando sea restituido al mismo.
- Declarar que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, desde el momento de la desvinculación y hasta la fecha en que se disponga el reintegro efectivo.
- Condenar a la demandada, al pago del equivalente de 2.000 gramos de oro, por el daño moral causado al actor, así como el cubrimiento de las costas y gastos del proceso.

- Se indexen las sumas de dinero que resulten a su favor, acorde a las previsiones del artículo 178 del C.C.A., repitiendo posteriormente contra el funcionario creador del acto.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Las pretensiones tienen apoyo en los hechos que enseguida se sintetizan:

El demandante ingresó a laborar en el Hospital José Cayetano Vásquez del Municipio de Puerto Boyacá, por virtud de la designación que se le hizo mediante la Resolución No. 120 del 7 de mayo de 1987, en el cargo de Asistente Administrativo, actualmente denominado Subgerencia Administrativa, acto aquél expedido por el Director del Hospital.

Señala el actor, que la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez, mediante la Resolución No. 413 del 14 de julio de 2003, lo declaró insubsistente del cargo de Subgerente Administrativo, basado en el poder discrecional que dice tener para remover al personal que desempeña cargos de libre nombramiento y remoción. Igualmente invocó como pretexto para el retiro, la existencia de presuntas faltas de tipo laboral y de gestión en su desempeño, las que no fueron demostradas si se revisa la hoja de vida que reposa en la entidad.

La entidad designó en su lugar a una persona que no reunía las condiciones, ni la experiencia exigida, por cuanto apenas ostentaba el título de tecnólogo en Administración Pública, incurriendo por ese solo hecho en desvío y abuso de poder, extralimitación de funciones y desmejoramiento del servicio, con claro desacato de lo establecido en el artículo 24 de la Ley 443 de 1998.

Hace referencia el demandante, a que durante los casi 16 años que estuvo vinculado con la entidad hospitalaria, se caracterizó por su honestidad, idoneidad, espíritu de colaboración, capacidad y decoro. Igualmente destaca que su hoja de vida no registra un solo llamado de atención, ni apercibimiento alguno por incumplimiento en el ejercicio de sus funciones.

Se refirió luego el demandante a los verdaderos móviles que originaron su despido, para advertir que estos tenían un carácter burocrático y político, porque al poco tiempo de haber llegado el nuevo Gerente de la E.S.E., le solicitó la

renuncia, la que se negó a presentar, como oportunamente se lo hizo saber mediante escrito remitido el 11 de julio de 2003.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 2º 6º, 13, 25, 53, 121 y el inciso 3º del artículo 125.

De la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 23.

De la Ley 74 de 1968, el artículo 6º.

Del Decreto 2400 de 1968, el artículo 26.

Del Decreto 1950 de 1973, los artículos 107 y 109.

Del Decreto 1569 de 1998, el artículo 24.

Para desarrollar el concepto de violación, el demandante estima que la Resolución demandada estuvo inspirada en una conducta típicamente constitutiva de desviación de poder, desafuero en que incurrió el Gerente de la entidad, impulsado por compromisos de carácter burocrático y en atención a "*exigencias realizadas por las personas encargadas de designar al funcionario creador del acto*", abusos que descartan la presunción de legalidad de los actos de la administración, así como afecta el principio de buena fe, en los términos señalados en el artículo 83 de la Constitución Política. Denuncia entonces el quebranto al ordenamiento jurídico, en tanto que el acto estuvo inspirado en fines ajenos por entero al interés público que debe promover la actividad de las entidades estatales.

Alega desmejoramiento del servicio, porque en remplazo del demandante se designó a una persona que carece de las exigencias mínimas establecidas por el artículo 24 del Decreto No. 1569 de 1998 para ocupar el cargo; en efecto, la persona designada en su remplazo tan solo es tecnólogo en administración pública y no posee postgrado relacionado con las funciones. En contraste, el señor Piragua Lombana, registra una nutrida hoja de vida y una trayectoria que demuestra su experiencia en el ramo.

Por último, agregó que hay falsa motivación en la expedición del acto acusado, al considerar erradamente que la facultad discrecional de remover los servidores públicos es absoluta y omnímoda, lo que no corresponde con la tendencia jurisprudencial, pues en varios pronunciamientos del Consejo de Estado, se ha

atemperado esta facultad discrecional, señalando que sólo procede cuando con ella se busque el mejoramiento del servicio.

Es tal la falsa motivación en el acto, dice el demandante, que en su parte motiva se plantea que el actor “*de manera reiterativa presenta fallas de tipo laboral y de gestión*”. Para desvirtuar la afirmación de que hubo fallas, acude a su hoja de vida donde se demuestra la inexistencia de tales faltas.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, con apoyo en las siguientes razones (Fls. 56 a 68):

El legislador puede consagrar causales de retiro de la función pública que puede igualmente aplicar la administración o ser fruto de la conducta del propio funcionario; en el caso concreto, el retiro del cargo del señor Néstor Piragua Lombana, se produjo por decisión de la administración, mediante la declaración de insubsistencia en uso de la facultad discrecional de que está investido el nominador, la que puede acontecer en cualquier momento y no requiere de motivación, conforme a lo previsto en el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973.

El cargo de Subgerente Administrativo del ente hospitalario, es un empleo de libre nombramiento y remoción, por ende, carece de fuero de estabilidad y así lo dejó determinado el Consejo de Estado al confirmar la sentencia del 22 de enero de 2004, proferida por el mismo Tribunal.

Negó que el acto administrativo acusado se hubiera expedido con desviación de poder o de manera irregular, o que se hubieran omitido las formalidades o procedimientos sustanciales.

Aclaró que los requisitos mínimos para acceder al cargo de Subgerente Administrativo¹, se contraen a acreditar un título universitario y dos años de

¹ En el Manual de Funciones vigente para la época, así como el Acuerdo No. 010 de 2005 que lo modificó establece la posibilidad de equivalencias, para remplazar el título de postgrados, siempre que se acredite título universitario, como lo establece el artículo 1º numeral 2º del Manual Específico de Funciones y Requisitos.

experiencia específica o relacionada, que pueden equipararse con un título de postgrado, los que no pueden ser cambiados por la administración. El señor Enrique Erwin Corradine², quien sustituyó en el cargo al demandante, al contrario de lo que se afirma en la demanda sí reúne las exigencias para el desempeño del empleo.

La demandada propuso las excepciones que nominó carencia de derecho para iniciar la acción, soportada en que la causa del retiro del demandante de la función pública, surgió por la insubsistencia decretada por la administración, pues el cargo que desempeñaba el actor, es de los denominados de libre nombramiento y remoción, y por tanto, ajenos a la carrera administrativa.

Y en cuanto a la excepción de falta del presupuesto procesal de demanda en forma, a juicio de la entidad, *“En el libelo demandante no aparece mencionado el hecho principal, es decir, la causa de la concreta situación de hecho de la que podría determinarse la supuesta consecuencia jurídica (la nulidad demandada), pues sobre los hechos de la pretensión gira toda la contienda judicial y el diálogo probatorio, como fundamento del derecho invocado, y sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan es sobre las que transita la controversia como regla indispensable para circunscribir el pleito.”*

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Boyacá, negó las pretensiones de la demanda, lo que hizo con fundamento en las siguientes consideraciones (Fls. 256 a 273):

Para el Tribunal, contrario a lo sostenido por la parte demandada, en el escrito introductorio al proceso sí se hizo un relato detallado de los hechos, como también se enuncian las causales concretas con sujeción a las cuales el Acto Administrativo acusado debía ser anulado y dejar de producir efectos jurídicos; además, se identificaron y sustentaron cada uno de los yerros que a su juicio

² El señor Enrique Erwin Corradine, Administrador Público, título obtenido en la Escuela Superior de Administración Pública. Desarrollo diferentes actividades en la Administración Municipal y en la Empresa Solidaria de Salud de Puerto Boyacá y entidades como el Instituto de Tránsito de Boyacá, Personería Municipal del mismo Municipio.

afectan la manifestación de voluntad de la administración, razón suficiente para que no se declare probada la excepción.

Luego de examinar minuciosamente la clasificación y funciones del empleo desempeñado por el actor, estableció el Tribunal que las funciones atribuidas al Subdirector Administrativo, eran de dirección y confianza, añade que dicho funcionario no se encuentra inscrito en la base de datos de la Oficina de Registro como empleado de carrera administrativa, todo lo cual corrobora, que se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción; por lo mismo, no gozaba de fuero alguno que le brindara estabilidad laboral, de lo cual se desprende que podía ser retirado por el nominador en uso del poder discrecional.

En cuanto a los cargos señalados, sobre que hubo falsa motivación del acto, refiere que la entidad dejó constancia en el acto sobre las faltas de tipo laboral y de gestión cometidas por el demandante, de donde se deduce el difícil manejo *“que aleja la posibilidad de aplicar los principios básicos de administración de manera óptima”*. Luego de que el Tribunal hizo una síntesis de lo acaecido, con la confrontación de las pruebas, concluyó que ellas *“dan fe suficiente a la Sala de estar acorde las motivaciones del acto administrativo cuestionado con la realidad fáctica, circunstancia que deja sin fundamento el cargo de falsa motivación”*; por ello, declara impróspero el cargo de falsa motivación.

Para despachar el cargo de desviación de poder y desmejoramiento del servicio, el *a quo*, acudió a la hoja de vida del nuevo funcionario que sustituyó al demandante, luego de lo cual pudo constatar la idoneidad y capacidad de éste para el desempeño del cargo, contrario a lo argumentado en la demanda; por ello, mantuvo la presunción de legalidad del acto acusado.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso el recurso de apelación contra la Sentencia, impugnación apoyada en los siguientes argumentos (Fl. 284 a 299):

Se acusa que hubo error en el Tribunal, en cuanto a la forma como se planteó la sentencia, en tanto se redujo a predicar que el funcionario desvinculado de la entidad ocupaba o no un cargo de libre nombramiento y remoción, pues tal cosa

no fue objeto de discusión a lo largo del proceso, es decir, las partes lo aceptaron como cierto, de modo que ese no era el problema central a definir.

En lo que concierne al cargo de falsa motivación, el Tribunal centró su atención en sostener la validez de la motivación invocada por la administración como explicativa de las determinaciones tomadas en el acto cuestionado. Por lo mismo, el *a quo*, entendió esas motivaciones en su carácter disciplinario, y a las que atribuyó la razón y motivo suficiente para retirar al funcionario. A juicio del Tribunal, las explicaciones rendidas en su oportunidad por el demandante, no son suficientes, ni tienen como efecto desvirtuar las faltas que la entidad le imputó, en especial la ausencia del lugar de trabajo durante los días 3, 4 y 5 de junio de 2003 y lo acaecido en la reunión de la Junta Directiva del 6 de junio del mismo año. En dicha sesión hubo un sensible retraso que obedeció a errores manifiestos en la preparación de los documentos necesarios para su cabal desenvolvimiento.

El demandante, a manera de pregunta retórica y a la espera de que se responda afirmativamente, indaga sobre si:

“¿constituye o no falsa motivación de un acto administrativo que en el mismo se le endilguen al funcionario una serie de faltas de relevancia disciplinaria, relacionadas con el incumplimiento apropiado de sus funciones; que el servidor dé la respuesta a las mismas, y que la administración valore esa respuesta; la asuma como no satisfactoria y determine sobre ese estado de cosas, separar de la administración pública al funcionario?”.

Hace ver además el recurrente, que la falsa motivación estudiada por el Tribunal tiene una falencia, cual es, de haber desatendido por completo la existencia de un régimen disciplinario, para los funcionarios públicos³. En efecto, había otros escenarios propicios para juzgar disciplinariamente al señor Piragua Lambona, en el caso de que hubiese incurrido en alguna o varias conductas disciplinarias relacionadas con el abandono injustificado de su puesto de trabajo, o con el incumplimiento del deber de presentar unos documentos a la Junta Directiva de la entidad, proceso correccional que se imponía a la administración antes de disponer el retiro. Como soporte de esta afirmación se remite a lo dicho por un tratadista nacional,⁴ según el cual:

“si la administración motiva espontáneamente, vale decir, sin estar obligado a hacerlo, los motivos expuestos son susceptibles de control jurisdiccional y

³ En este caso la Ley 734 de 2002.

⁴ Betancur Jaramillo Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Séptima Edición 2009, pág 273.

se demuestra su error o falsedad el acto podrá ser anulado. Se despide, por ejemplo, a un funcionario de libre nombramiento y remoción pretextando ciertas faltas cometidas por él en el ejercicio del cargo y se comprueba luego que tales irregularidades no existieron en realidad o fueron cometidas por otros funcionarios. En esta hipótesis la solicitud de reintegro es viable.”

Entonces, cuando los motivos que aduce la administración tienen relevancia disciplinaria, en garantía de la presunción de inocencia, y del debido proceso disciplinario, a la administración no le queda camino distinto que agotar ese procedimiento, en garantía de la legalidad de su actuación.⁵

Dice el recurrente, que aceptando que el señor Enrique Edwin Coradine, quien sustituyó al demandante en el cargo, era Administrador Público Municipal de la ESAP, es de ver que el manual específico de funciones de la empresa demandada, señalaba para la época de los hechos, que el cargo requería tener título en áreas de administración económica y contaduría, que se relacionen con las funciones específicas del cargo, eso es lo que dice el manual, y quien reemplazó al actor, tenía título, pero no en la administración hospitalaria o en salud, que es a lo que se refiere el manual de funciones, puesto que estas aéreas profesionales, deben relacionarse con las funciones específicas del cargo, y en el área de Administración Pública Municipal y Regional.⁶ La experiencia del señor Coradine, era en áreas como la de elaboración de inventarios de propiedad privada y actividades periodísticas y de comunicación social.

El actor, se remite a la prueba documental por él aportada, esto es a la carta del 11 de julio de 2003, dirigida al entonces Gerente de la entidad, en la cual se remite a la conversación sostenida y en la que le sugería que presentara la carta de renuncia, documento que no fue infirmado en su oportunidad, ni con ocasión de la demanda, y por ende es plena prueba y constituye un indicio desde el punto de vista probatorio, de la desviación de poder, por el deseo del Gerente “*de deshacerse del funcionario*”

EI CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

⁵ Se cita la Sentencia 80053 de 17 de junio de 1994 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dra. Dolly Pedraza de Arenas.

⁶ Acude el actor al Manual de Funciones de la entidad que obra al folio 139 ya que se está hablando de un cargo específico en el sector de la salud.

El Ministerio Público, omitió contribuir con sus reflexiones para ilustrar mejor esta controversia.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si se encuentra ajustada a derecho la decisión de la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez, de Puerto Boyacá, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del demandante, lo que sucedió mediante la Resolución No. de 413 de 14 de julio de 2003, proferida por el Gerente General de la entidad, que ha sido acusada.

Para decidir el presente asunto es menester abordar los siguientes aspectos: **1.-** El tipo de vinculación que ostentaba el demandante en la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá; **2.-** Si hubo falsa motivación o desviación de poder, **3.-** Si era menester adelantar un proceso disciplinario para desvincular al demandante y si ello impedía el uso de la facultad discrecional.

Para desatar la cuestión que exige la atención de la Sala, se encuentran probados los siguientes hechos:

- Copia auténtica de la Resolución No. 120 del 7 de mayo de 1987, por la cual se designa al demandante en el Cargo de Asistente Administrativo, del Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá (Fl. 2).
- Copia auténtica del Acta de posesión N° 786 del 19 de mayo de 1987, mediante la cual Néstor Piragua Lombana toma posesión del cargo de Asistente Administrativo del Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá (Fl. 3).
- Copia auténtica de la Resolución No. 413 de julio 14 del año 2003, por medio de la cual se declara insubsistente al Subgerente administrativo de la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, señor Néstor Piragua Lombana (Fl. 4 y 5).
- Copia auténtica del diploma como Contador Público otorgado a Néstor Piragua Lombana por la Facultad de Contaduría de la Universidad Libre de Bogotá (Fl. 8).
- Copia auténtica del diploma como Especialista en Gerencia Informática, concedido por la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia al demandante (Fl. 10).

- Certificación expedida por el Ministerio de Salud, Programa de Desarrollo y Consolidación del Sistema Nacional de Salud, de participación en el Taller Metodológico Contable (Fl. 12).
- Certificación expedida por el Servicio Seccional de Salud de Boyacá, de asistencia al curso de "Metodología para el Cálculo de Costos en Salud" (Fl. 13).
- Certificación expedida por Consultora de Economía y Gerencia Ltda., de asistencia al seminario "El presupuesto del Sector Salud" (Fl. 14).
- Certificación expedida por ASETA de asistencia al seminario taller "El Sistema Presupuestal y Nuevo Régimen de Endeudamiento de las Entidades Territoriales" (Fl. 15).
- Certificación expedida por la Escuela Superior de Administración Pública, de asistencia al "Seminario Taller sobre Desarrollo e Implementación de un Plan Estratégico para una Empresa Social del Estado E.S.E." (Fl.15).
- Constancia expedida por la Subsecretaria de Desarrollo Operacional de la Secretaría de Salud del Departamento de Boyacá, de asistencia y participación en el curso taller "Gerencia de los Recursos Humanos en las Organizaciones de Salud" (Fl. 17).
- Certificación expedida por la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, de la asistencia y participación en "El Taller de Desarrollo Empresarial Hospitalario" (Fl. 18).
- Certificación expedida por la Escuela Superior de Administración Pública de participación en el curso sobre "Administración de Personal y Régimen Disciplinario" (Fl. 19).
- Constancia expedida por el Servicio Seccional de Salud de Boyacá, de asistencia al "Seminario Identificación, Formulación y Evaluación Social de Proyectos" (Fl. 20).
- Certificación expedida por el Centro de Educación en Administración de Salud de asistencia al "Seminario de Actualización para Asistentes Administrativos" (Fl. 21).
- Certificación expedida por el Centro de Educación en Administración en Salud de asistencia al "Taller de Computación en Salud" (Fl. 22).
- Oficio de fecha 11 de julio de 2003, dirigido por el demandante al Gerente de la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez, de Puerto Boyacá, y factura cambiaria de transporte N° 7 33794265 de "Servientrega", mediante el cual se remite el oficio inicialmente señalado, a través de el se niega a presentar la renuncia al cargo (Fl. 23 y 24)

- Certificación expedida por la Coordinador de Personal de la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez, de Puerto Boyacá, del tiempo de servicios del actor, último sueldo devengado, y cargo desempeñado (Fl. 25).
- Memorando No. 01 de la Gerencia de la E.S.E., de 9 de junio de 2003, dirigido al demandante (Fl. 26).
- Oficio de fecha 10 de junio de 2003, mediante el cual el demandante da respuesta al memorando 01 del 9 de junio de 2003, emanado de la Gerencia de la E.S.E. (Fl. 27).
- Oficio No. 056382 de la Contraloría General de Boyacá, dirigido a Néstor Piragua Lombana, indicándole se haga presente en la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de dicha Contraloría para notificarle el auto de apertura N° 0019, proferido dentro del proceso fiscal N° 1162 contra el Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá (Fl. 28).
- Se allegó un cuaderno contentivo de la hoja de vida del demandante.
- Copia simple del Manual de Funciones y Requisitos, de la Empresa Social del Estado Hospital José Cayetano Vásquez, Puerto Boyacá del 15 de septiembre de 1997 (Fl. 132 a 174).
- Se recibió Oficio No. 14627 del 5 de noviembre de 2008 de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC -, por medio del cual comunica que *“revisada la base de datos de la Oficina de Registro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, no se encontró constancia de inscripción del señor Néstor Piragua Lombana (...) Por tal razón le sugiero solicitar dicha información a la Gobernación de Boyacá, entidad donde reposa el archivo de la extinta Comisión Seccional del Servicio Civil de ese departamento.”* (Fl. 179).
- Obra la hoja de vida del señor Enrique Erwin Coradine García, del folio 89 al 129 del cuaderno principal, en la cual consta que obtuvo los títulos de “Tecnólogo en Administración Pública Regional y Urbano”; “Administrador Público” otorgados por la Escuela Superior de Administración Pública “ESAP”. Al igual que los cursos sobre Actualización Laboral y de Contratación realizados por la Cámara de Comercio de la Dorada, así como los certificados de asistencia a varios seminarios.

1.- Sobre el tipo de vinculación laboral del demandante.

Cuando se produjo el retiro del empleado de la entidad demandada, el señor Néstor Piragua Lombana, desempeñaba el cargo de Subgerente Administrativo.

Se colige de lo anterior que el cargo desempeñado por el demandante, era de libre nombramiento y remoción, designación que tiene amparo normativo en el artículo 125 de la Constitución Política⁷. Este precepto, establece como regla general que los servidores del Estado sean incorporados mediante el sistema de méritos y además que permanezcan en el cargo, mientras no hayan incurrido en las causales específicas de retiro previstas por el legislador. No obstante, la Constitución también prevé que los directores y responsables de las instituciones, pueden rodearse de personas de su entorno más próximo, es decir, de toda su confianza, quienes encarnan y materializan las políticas administrativas y las estrategias del director para el desarrollo de la misión institucional, por lo que el manejo de este grupo especial de personas de confianza debe ser flexible. Por lo que acaba de decirse, la Constitución y la ley han previsto que algunos cargos deban ser de libre nombramiento y remoción, lo cual implica que su permanencia responda a la discrecionalidad del Presidente, Director, Gerente o Responsable de la entidad, todo con amparo en el citado artículo 125 de la Carta.

La Corte Constitucional, se ha pronunciado sobre la posibilidad de que haya empleos de libre nombramiento y remoción, cuyos titulares, por carecer del privilegio de estabilidad, y por no ser de carrera, pueden ser retirados del servicio mediante actos discrecionales no motivados. Así en la sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, esa Corporación dejó sentado:

"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

De otro lado, el artículo 107 del Decreto No. 1950 de 1973, otorga al nominador la potestad discrecional de poner fin a la relación laboral; dispone la norma que:

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

⁷ "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. (...)"

Entonces, esa facultad discrecional permite que los empleados de libre nombramiento y remoción puedan ser retirados de sus funciones, con el fin de garantizar el buen servicio público, es decir, ese vínculo no genera ningún tipo de estabilidad, a menos que exista una limitación de orden legal, la cual debe ser alegada y demostrada, cuando el asunto transita al examen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora bien, el estudio de las pruebas señala nítidamente que el demandante desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción, es decir, que no pertenece a la carrera administrativa y por lo mismo carece del privilegio de estabilidad. En armonía con lo dicho, la protección que la ley brinda a los funcionarios de carrera no otorga estabilidad a los funcionarios que carecen de ella, como acontece con el demandante.

2.- Sobre el cargo de desviación de poder del que se acusa a la administración.

Según expresa el artículo 84 del C.C.A., la causal denominada desviación de poder, como fuente de anulación de los actos administrativos, impone siempre indagar su propia finalidad para fijar su alcance. Al respecto, reitera ahora la Sección, lo dicho en la sentencia de 12 de febrero de 2009, C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 3009-2004, actor: Ángel Ovidio Buitrago Leguizamón, providencia en la que se dejó sentado lo siguiente:

“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.”.

En términos generales, el fenómeno de la desviación de poder puede presentarse inclusive en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues esta prerrogativa, la discrecionalidad, no puede ejercerse de manera arbitraria o abusiva, ni exceder las directrices y principios previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se

exigen, es preciso que el retiro de un funcionario, que carece de estabilidad esté inspirado en genuinas razones del buen servicio⁸ y no en motivaciones diferentes.

Entonces, la sanción de nulidad del acto, por estar inspirada su génesis en la desviación de poder no resulta extraña a los actos administrativos de naturaleza discrecional, por eso, se ha dicho que tal prerrogativa no puede ser fuente de iniquidad, pues actos de esta naturaleza discrecional pueden encubrir un propósito ilegal, o exceder las razones que inspiran su existencia en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones que apunten al buen servicio⁹.

Admitido lo anterior, también es sabido que para el logro de los fines y metas trazados por la dirección de las instituciones, es decir, para el logro cabal de sus cometidos, el ordenamiento prevé la posibilidad de que los responsables de cada entidad puedan rodearse de personas de su entera confianza. Lo excepcional de la situación de los empleados de libre nombramiento y remoción, reside en que estos no cumplen las exigencias que de modo general se aplican a quienes ingresan al servicio, esto es, superar los requerimientos del concurso de méritos y someterse a un régimen estricto y periódico de calificaciones. Los empleados de libre nombramiento y remoción, tienen entonces el privilegio de ingresar al servicio sin hacer oposición de sus méritos con otros aspirantes, es decir, sin someterse a los rigores de un concurso. Igualmente quedan eximidos de las evaluaciones periódicas que a los funcionarios del escalafón se aplican. Por supuesto que a cambio de todos esos privilegios, el empleado de libre nombramiento y remoción está expuesto a las vicisitudes y cambios institucionales necesarios para lograr las metas que se proponen las directivas de la administración. Por lo mismo, el manejo de los funcionarios de libre nombramiento y remoción es un instrumento estratégico de la política de gobierno de las instituciones, y brinda a la administración la posibilidad de reclutar nuevos recursos humanos para la consecución de esos fines.

⁸ Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: “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”.

⁹ Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: “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”.

En el asunto que ahora transita por el Consejo de Estado, el acto administrativo, revestido de la presunción de legalidad, muestra que sí existieron motivos razonables para que el nominador hiciera uso de la facultad discrecional y dispusiera el retiro de un funcionario de libre nombramiento y remoción. No hubo desviación de poder, si se toma en cuenta que el retiro del servicio no fue el crudo ejercicio del poder discrecional, sino que existieron motivos para disponer el cambio. Y sin que sea menester entrar a juzgar la fuerza de las razones esgrimidas por la administración, lo cierto es que el actor acusa persecución política, imputación que apenas queda en el plano de los enunciados.

En nada cambia la situación, el alegato de la parte demandante, conforme al cual las nuevas directivas forzaron su renuncia de manera verbal. No obstante, la única prueba aportada para acreditar ese hecho, es una nota que el propio demandante dirige a la administración, afirmando que se niega a renunciar, lo que no muestra por sí solo que le haya sido solicitada la renuncia. Es decir, el demandante no podía por sí procurarse la prueba de que fue presionado a renunciar del cargo, haciendo una manifestación unilateral de no acatar un pedido de renuncia hecho por la administración, el que no aparece demostrado.

De otro lado, ha planteado el actor que quien le sustituyó en el cargo no reunía las condiciones para el ejercicio de la función. No obstante, esa no es una deducción que resulta directamente de la normatividad, sino un juicio de valor del demandante, insuficiente para deducir de allí que el cambio no sirvió para mejorar el servicio. De modo general y sin acudir a alambicados razonamientos el sustituto sí cumple con los mínimos reglamentarios que se exigen para el desempeño del cargo.

Además, no hay prueba alguna de que la designación sobreviniente no hubiera producido una mejora del servicio, menos que se hubiera producido un deterioro de la función por el sólo retiro del demandante, es decir, todo se reduce a una simple opinión de éste acerca de una supuesta persecución política y burocrática, que como hipótesis está huérfana de prueba en el proceso.

Sobre la carga de la prueba en situaciones semejantes a la presente, ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sección:

“Corresponde al demandante probar o demostrar que con la expedición de un acto administrativo se incurrió en desviación de poder o falsa motivación, tarea difícil por cierto, pues justamente la discrecionalidad viene fortalecida con la exoneración del deber de dar razones para el acto. Por lo mismo, el compromiso del demandante, reside en acreditar que hay una motivación implícita distinta al buen uso de la discrecionalidad, en suma que hay abuso, lo que al amparo del principio de que la mala fe debe probarse, impone acreditar de modo inequívoco que los motivos y finalidades no eran, ni el uso de la posibilidad, de mejorar el servicio, ni el ejercicio legítimo del poder discrecional sino algún designio secreto y reprobable. Como se aprecia, mostrar la simple incoherencia del nominador, que con una mano otorga una distinción y con otra decide casi inmediatamente el retiro del distinguido, no sería suficiente para demostrar el desvío de poder, en especial porque la mención no fue otorgada por la misma autoridad que dispuso el retiro. Además de ello, ha de probarse que no hubo tal mejora en el servicio sino lo contrario, es decir que las expectativas se frustraron o que por sus antecedentes se pueda descartar objetivamente que el sustituto pueda desempeñar exitosamente la tarea, o que por sus resultados haya menoscabado la función.”¹⁰

Puestas en esta dimensión las cosas la hipótesis de que hubo desviación de poder se quedó en los meros enunciados, pues nada evidencia un deterioro en el servicio con ocasión del retiro del demandante, tampoco aparece demostrado que fuera conminado a renunciar, y menos que el sustituto no reuniera las calidades estatutarias mínimas para el desempeño del cargo.

3.- Si era menester adelantar un proceso disciplinario para desvincular al demandante y si ello impedía el uso de la facultad discrecional.

Ha debatido la parte demandante que, si se le acusaba de haber faltado a sus deberes, debió haberse tramitado un proceso disciplinario, por lo que la ausencia denota por sí un episodio de desviación de poder.

Para el Consejo de Estado, no puede confundirse la función que cumple la facultad discrecional que autoriza el retiro de funcionarios de libre designación, con la potestad correccional o disciplinaria porque son dos cosas esencialmente distintas, eso es, cada una de ellas responde a exigencias independientes.

Como es sabido, para el logro de los fines y metas trazados por la dirección de las instituciones, es decir, para el logro cabal de sus cometidos, el ordenamiento prevé la posibilidad de que los responsables de cada entidad puedan rodearse de

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub sección “B”, sentencia de 4 de febrero de 2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Exp. No.63001233100020030066801, No. INTERNO: 1348- 2008, autoridades

personas de confianza. Por lo mismo, el manejo de los funcionarios de libre nombramiento y remoción es un instrumento estratégico de la política de gobierno de las instituciones.

No obstante, esa potestad de retiro, que puede ser dispuesta con ocasión del uso de la discrecionalidad, no excluye ni interfiere el ejercicio de la responsabilidad disciplinaria, tampoco de la responsabilidad penal, pues ellas se desarrollan en planos diferentes.

En efecto, la responsabilidad por el fracaso de una gestión o la frustración de los resultados esperados, no se traduce necesariamente en responsabilidad disciplinaria o penal. Por supuesto que los bienes jurídicos protegidos por las acciones disciplinarias y penales, no son los mismos que inspiran la gestión administrativa. Por lo mismo, las normas que regulan la responsabilidad disciplinaria y los dictados de las ciencias administrativas no son idénticos, ni en su naturaleza, ni en sus efectos, tampoco en sus fuentes. Así, las normas correccionales, en cuanto tipifican conductas y prevén sanciones para ellas, no son de la misma estructura de los dictados de la técnica administrativa. De otro lado, la desatención de las directrices técnicas, lleva a consecuencias enteramente distintas de las secuelas disciplinarias, pues en aquél caso se trata del fracaso de una función, o la imposibilidad de alcanzar las metas y fines institucionales, mientras que la trasgresión de los tipos disciplinarios genera verdaderos castigos individuales.

Por lo que acaba de decirse, quien dirige una institución puede optar por hacer uso de la facultad discrecional, sin que sea menester que en todo caso y fatalmente, haya de iniciarse un proceso disciplinario por los mismos hechos.

Así las cosas, la ausencia del sitio de trabajo, puede ser suficiente motivo para justificar el uso de la potestad discrecional, aunque no alcance a erigirse en una hipótesis que sea objeto de investigación disciplinaria. Igualmente, la mala práctica de las reglas y consejos técnicos que reposan en los manuales operativos de las instituciones, no podrían ser por sí mismos, fundamento para la apertura de un proceso disciplinario, pero sí para que se produjera el retiro del funcionario de libre nombramiento y remoción, como herramienta administrativa para lograr la eficiencia y en general el logro de los cometidos que se propone la entidad,

buscando que nuevos recursos humanos interpreten cabalmente la misión institucional.

Además de lo dicho, cuando la conducta cometida por el funcionario es de tal intensidad que compromete, no sólo su papel misional y las metas de su gestión administrativa, sino que pasa los linderos de la responsabilidad penal o el compromiso disciplinario, de modo que se abre alguno de esos procesos en contra del funcionario por desatención de sus deberes y responsabilidades, ello no impediría hacer uso de la discrecionalidad. En suma, la apertura de un proceso disciplinario o penal no puede inhibir el uso de la potestad discrecional que lleve al retiro del funcionario. Resulta sí intolerable, exigir, como aquí se hace, que por haberse iniciado un proceso disciplinario contra un funcionario de libre nombramiento y remoción, esa circunstancia, que le debiera ser adversa, se convierta en fuente de estabilidad mientras se tomen las determinaciones propias del proceso correccional. La estabilidad propia de los empleados de carrera y excluida expresamente para los empleos de libre nombramiento, no puede ser ganada por estos a la espera de los resultados de un proceso disciplinario.

No es cierto entonces, como se plantea en el recurso de apelación, que hubo desviación de poder, por el solo hecho de no haber adelantado un proceso disciplinario previo para juzgar la conducta del empleado, en verdad, así no se procedió y si se hubiera dispuesto de tal modo, ello no impedía que la Administración hiciera uso del poder discrecional, con prescindencia de la responsabilidad disciplinaria que reclama la parte demandada.

Puestas así las cosas, las pretensiones de la demanda estaban llamadas al fracaso, y por lo mismo acertó el Tribunal al desechar las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN

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 y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2009, por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que negó las súplicas de la demanda incoada por Néstor Piragua Lombana contra la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA