

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, dieciocho (18) de agosto de dos mil quince (2015)

<u>MEDIO DE CONTROL:</u>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
<u>DEMANDANTE:</u>	MARISOL PARRA PARRA
<u>DEMANDADO:</u>	EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD DE SANTA SOFIA
<u>EXPEDIENTE:</u>	150013333013-2013-00271-00.
<u>TEMA:</u>	REINTEGRO.

Procede el Despacho a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro del asunto de la referencia, toda vez que no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

I. DEMANDA Y CONTESTACION

1. PRETENSIONES.

Estuvo encaminada a que se declare la nulidad de la resolución No. 018 de 26 de junio de 2013, proferida por la Gerente de la E.S.E centro de Salud de Santa Sofía. Mediante la cual se declaró insubsistente a la demandante.

A título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada a reintegrar a la accionante a un cargo de igual o superior categoría al que ocupaba cuando fue retirada del servicio, declarando que no existió solución de continuidad en la prestación del mismo.

Se condene a la demandada a reconocer y pagar los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir por la actora entre la fecha de retiro y la de reintegro efectivo al cargo.

Que las sumas reconocidas a la demandante sean actualizadas teniendo en cuenta la variación del Índice de Precios al Consumidor, entre la fecha de retiro y la fecha de ejecutoria de la sentencia de primera o segunda instancia, según el caso.

Igualmente a que se ordene a la accionada dar cumplimiento a la sentencia en los términos y condiciones del artículo 192 y siguientes de la ley 1437, así como al pago de costas

2. HECHOS.

Como hechos que sirvieron de sustento a las anteriores pretensiones narra los siguientes:

- La demandante inició a laborar en el cargo de tesorera, el 02 de enero de 2003, nombrada en provisionalidad, mediante resolución No. 001 de dicho mes y año

en la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CENTRO DE SALUD DE SANTA SOFÍA, devengando una asignación mensual de \$482.000 mensuales.

- En el 2008 los cargos los Centros de Salud de Santa Sofía fueron inscritos en carrera administrativa, ante la Comisión del Servicio Civil.
- Mediante resolución No. 135 de 2009, se le cambia el nombramiento en provisionalidad a la demandante, por el de libre nombramiento y remoción, con asignación mensual de \$807.733.
- Luego de disfrutar de licencia de maternidad desde octubre de 2013 y solicitar vacaciones, la demandante se reintegró a sus labores el 13 de marzo del año en curso, sin que le fueran cancelados salarios ni compensación de vacaciones.
- Como consecuencia de su condición de madre, se inició persecución y acoso laboral, por parte de la gerente de la demandada, llegando al punto de que dicha gerente, la psicóloga, la odontóloga y el jurídico, en repetidas ocasiones le indicaron verbalmente que renunciara o que escogiera entre su hijo y el trabajo.
- Se aclara que para el año 2013, la asignación mensual de la accionante ascendía a \$965.950 mensuales
- Posteriormente le fue modificada a la accionante el tipo de vinculación, tiempo completo a medio tiempo, pero cumpliendo con las funciones de dos cargos: tesorería y auxiliar administrativo, lo cual no acepto la actora porque en los años 2004 a 2008 trabajo en esos mismos cargos en horario de 08 a.m a 08 p.m, ante la descrita situación la gerente de la E.S.E demandada, decidió dejarla medio tiempo el lunes, miércoles y jueves de 2.00 p.m. a 6:30 y el martes con horario de 08:00 a.m. a 12:00 m, y de 2:00 p.m. a 6:30 p.m.; y asignándole un salario de \$585.000 por medio de la resolución No. 16 de 15 de mayo de 2013.
- La señora MARISOL PARRA PARRA cumplía con eficiencia y eficacia las obligaciones correspondientes al cargo que desempeñaba y no fue objeto de ninguna acción disciplinaria por el incumplimiento de sus labores.
- El día 26 de junio de 2013, le informaron a la accionante, que fue declarada insubsistente mediante resolución No. 018 de 2013, dándole plazo de entrega del cargo a la nueva tesorera hasta el 28 de junio del mismo año.
- El 02 de julio de 2013 la gerencia le envía un comunicado a la accionante donde se le solicita el cumplimiento del proceso de empalme y que de no cumplir con la finalización de la entrega incurriría en falta disciplinaria y pidiéndole explicación de la razón por la cual desaparecieron los archivos magnéticos del computador a su cargo, del cual posee copia la demandante.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.

- A. Como disposiciones violadas cita la parte actora de orden Constitucional los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 122, 123, 125; ley 1427 de 2011 artículo 137.
- B. Respecto al concepto de violación grosso modo afirma lo siguiente:

Indica en la demanda que el Estado colombiano como Estado Social de Derecho se funda en el respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, principios que no fueron respetados en el caso que nos ocupa, pues la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía, en forma arbitraria retiro del servicio público a la demandante por circunstancias burocráticas y derivadas de una clara persecución laboral, tal como se indicó en los hechos de la demanda.

Dice que el derecho fundamental de la demandante a desarrollar su actividad laboral en condiciones dignas y justas, se ve vulnerado por la E.S.E accionada, así como los derechos y principios fundamentales estipulados en los artículos 53 y 125 de la Constitución Política, ya que la actora fue retirada con abuso de las atribuciones de la gerente de la E.S.E Santa Sofía, pues la separa del servicio por razones ajenas al mejoramiento del mismo, y en su lugar, lo que mueve a la administración es el deseo burocrático de lograr un cargo que ocupaba una persona eficiente y eficaz con amplia trayectoria académica y experiencia.

Afirma que en el sub-lite se configura la causal de nulidad de los actos administrativos denominada desviación de poder, la cual se presenta cuando una autoridad pública, siendo competente para expedir un acto, lo hace abusando de sus atribuciones legales y desviándose del interés general y del mejoramiento del servicio, lo cual se evidencia en el actuar de la gerente de la demandada al proferir el acto demandado, que además se encuentra falsamente motivado, pues las razones que se consignan en el mismo carecen de validez.

4. CONTESTACION DE LA DEMANDA Y MEDIOS EXCEPTIVOS.

Comienza por oponerse a las pretensiones y luego de referirse a los hechos, esgrime como argumentos de defensa los siguientes:

Las facultades discrecionales de la gerente y el grado de confianza de los cargos en la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía.

Explica la clasificación de los empleados del Estado y enfatiza en que el caso concreto que en el asunto que nos ocupa nos encontramos entre los que denominan de libre nombramiento y remoción.

Sostiene que ante lo normado por la ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios se hizo necesario ajustar las funciones y requisitos generales para los empleos públicos de la E.S.E, modificando la naturaleza, los niveles y los requisitos determinados en la planta de personal, razón por la cual mediante resolución No. 135 de 01 de diciembre de 2009 se nombró a la señora MARISOL PARRA PARRA en el cargo de Tesorera General, Código 201, cargo que implica en su ejercicio confianza y tiene asignadas funciones de asesoría institucional, administrativa, asistencial y de apoyo estando al servicio directo e inmediato del gerente.

Expone que los cargos de libre nombramiento y remoción dependen de la discrecionalidad del nominador, quien puede retirarlos del cargo sin expresar los motivos de esa decisión.

Aterrizando al caso concreto, indica que el cargo desempeñado la demandante nunca ostento la calidad de provisionalidad, sino por el contrario desde su origen calidad en el momento de creación, fue de los que la ley denomina de libre nombramiento y

remoción, así de acuerdo a lo contenido en el inciso final artículo 41 de la ley 909 de 2004 no existía la obligación de motivación de la declaratoria de insubsistencia de la demandante, no obstante dadas las diferentes situaciones que se presentaron con la señora MARISOL PARRA, se hizo necesario mencionar en el acto de insubsistencia algunas causas de su desvinculación, sin que ello implique que deje de ser un acto discrecional.

Pasa a citar varias sentencias que sobre el tema ha proferido la Corte Constitucional, para concluir que el cargo de Tesorera es de libre nombramiento y remoción, razón que le permite a la Gerente de la E.S.E de Santa Sofía utilizar la figura de insubsistencia discrecional para remover al funcionario que ocupe un empleo de esa categoría, de tal manera que no es una cuestión caprichosa sino que por el contrario está basada en un permiso expreso que otorga la constitución Política y la ley.

Para dar mayor apoyo a sus argumentos cita diferentes sentencias del Consejo de Estado.

Como excepciones propuso las que denominó:

Inexistencia de falsa motivación del acto de declaratoria de insubsistencia: reitera que los cargos de libre nombramiento y remoción dependen de la discrecionalidad del nominador, quienes pueden retirarlos sin expresar los motivos de esa decisión.

Afirma que la misma Carta Constitucional plantea como excepción a la carrera administrativa, los empleos de libre nombramiento y remoción, en donde se plantea que los cargos de mayor trascendencia, esto es de dirección o manejo en una entidad, por la confianza que los mismos requieren con el nominador, pueden ser desempeñados por personas designadas por la mera liberalidad de este, liberalidad que también se predica respecto del retiro, el cual puede realizarse en forma discrecional en tanto se presume que las decisiones que sobre el particular adopta el nominador se hacen pensando en el buen servicio público y no obedecen a arbitrariedades que constituyan desviación de poder.

Inexistencia de desviación de poder: La desvinculación de la demandante obedeció al mejoramiento del servicio, pues mientras que ella tan solo tiene estudios de técnico contable, la persona que la remplazó es contador público, desde el año 2007 y tiene alta experiencia laboral en diferentes hospitales y entidades territoriales.

Excepción de presunción de legalidad y de buen servicio: La ley y la jurisprudencia son claras al establecer que los actos administrativos como el acusado, gozan de presunción de legalidad y de prestación del buen servicio, hasta tanto no se demuestre lo contrario, carga que le corresponde a la parte accionante y no a la administración.

II. TRAMITE DE LA INSTANCIA

1. TRAMITE.

La demanda fue presentada el 08 de noviembre de 2013 (folio 47), fue admitida el 04 de diciembre de 2013 (folio 49); auto notificado en debida forma a la parte demandante el 05 de diciembre del mismo año (folio 51), a la parte demandada y al Ministerio Público, el 01 de agosto de 2014 (folios 58 a 60), el termino común de 25 días de que trata el artículo 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P, corrió desde el 08 de agosto hasta el 12 de septiembre de 2014 (folio 61) y el traslado

de la demanda (artículo 172 ley 1437) inició el 16 de septiembre de 2014 y finalizó el 29 de enero de 2015 (folio 62 y 177); términos estos que fueron hechos saber a las partes mediante publicación en la página web de la rama judicial. Con auto de 25 de febrero de 2015 se señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial, la que se celebró el 14 de mayo del año en curso (fl. 180). En igual forma, el día 25 de junio de 2015, se dispuso la celebración de la audiencia de pruebas (Folio 196).

2. ALEGATOS DE LAS PARTES Y TRASLADO AL MINISTERIO PÚBLICO.

En audiencia de pruebas celebrada el día 25 de junio de 2015 (Folio 195), por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme al inciso final del artículo 181 del CPACA; ésta instancia dispuso la presentación por escrito de los alegatos por parte de los sujetos procesales, dentro de los **diez (10) días** siguientes a la audiencia; advirtiéndose igualmente que se dictaría sentencia en el término de veinte (20) días siguientes al vencimiento del concedido para presentar alegatos.

A. PARTE ACTORA. En el término concedido por el Despacho, el extremo activo guardó silencio.

B. PARTE DEMANDADA: Asegura que las suplicas de la demanda deben ser denegadas en su integridad, pues tal como quedó probado en este proceso la actuación de la entidad siempre estuvo ajustada a la constitución, la ley y el reglamento.

Reitegra los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda y termina concluyendo que la decisión adoptada mediante el acto acusado esta fundada en la presunción de legalidad y en la presunción del buen servicio, aspectos que deben desvirtuarse por la parte accionante, carga que en el asunto que nos ocupa no cumplió la parte demandada, pues, los testigos al unísono – incluidos los traídos por la parte demandante-manifestaron que la señora MARISOL PARRA PARRA, todos los días llegaba tarde al trabajo, razón por la cual se le realizaron varios llamados de atención, lo cual ella misma al absolver el interrogatorio de parte confesó, situación que también se corrobora con lo plasmado en el libro de acta de ingreso y con los testimonios de los señores INGRID YOVANA GONZÁLEZ, Y DILSON JAVIER SALDAÑA quienes atestiguaron que la actora incumplía constantemente con su horario de trabajo afectando las obligaciones misionales de la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía, toda vez que al ser ella la encarada del manejo de pago de la nómina, se retrasaban los pagos, generando malestar al interior del sitio de trabajo, de igual manera al no estar la accionante en su puesto de trabajo los usuarios no podían pagar la consulta generando traumatismo en la institución y la prestación efectiva del servicio, al igual que en todos los eventos de expedición de los CDP (certificados de disponibilidad presupuestal), pues no contaba con organización en el presupuesto.

Por lo anterior asegura el mandatario de la E.S.E accionada que el incumplimiento por parte de la señora MARISOL PARRA PARRA de sus obligaciones laborales, afectó el servicio y la atención a los usuarios, lo que llevo a la declaratoria de insubsistencia del cargo que venía desempeñando, con el único fin del mejoramiento del servicio.

Anota que la demandante no cumple con los requisitos mínimos señalados por el decreto 785 de 2005 para los empleos de nivel asistencial, como lo son el título profesional en administración de empresas, administración pública, economía, contaduría o derecho

Resalta que tanto la testigo citada por la parte demandante como la misma accionante manifestaron que el cambio de jornada de trabajo de tiempo completo a medio tiempo, fue solicitado por la misma señora MARISOL PARRA PARRA, debido a su situación familiar, de igual manera señala que la actora en su declaración manifestó que la resolución No. 018 de 26 de junio de 2013, le fue debidamente notificada e indico que no hubo acoso laboral.

C. **MINISTERIO PÚBLICO.** Se abstuvo de rendir concepto.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMAS JURIDICOS.

Es de mencionar que al momento de fijar el litigio ésta Instancia determinó como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

1. ¿Es procedente disponer el reintegro de la demandante MARISOL PARRA PARA y sin solución de continuidad, a un cargo de igual o superior categoría al que ocupaba en la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía, al momento del retiro del servicio?
2. ¿El cargo de Tesorero General Código 201 de la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía en la actualidad es un empleo de carrera administrativa o por el contrario es un cargo de libre nombramiento y remoción?
3. ¿La declaratoria de insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción por ser un acto proferido en uso de la facultad discrecional del nominador requiere motivación?
4. ¿La demandante fue objeto de persecución o acoso laboral, por situaciones relacionadas con la maternidad, que hayan conllevado a la modificación de la vinculación, horario, condiciones de trabajo y desvinculación?
5. ¿Cuál fue el procedimiento de agotamiento para notificar o comunicar el acto administrativo que declaró la insubsistencia?

2. POSICION DE LAS PARTES RESPECTO AL CASO SUB EXÁMINE.

La PARTE ACTORA, afirma que debe accederse a las pretensiones de la demanda por cuanto, la accionante se encontraba vinculada en provisionalidad y su retiro del cago obedeció a razones distintas al mejoramiento del servicio, pues cumplió siempre cabalmente con sus funciones y contra ella jamás se iniciaron procesos disciplinarios, por el contrario la declaratoria de insubsistencia fue resultado del acoso laboral que sufrió luego de haberse convertido en madre, por tanto el acto administrativo enjuiciado está viciado por desviación de poder y falsa motivación

La E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía, sostiene que, la demandante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, por la que de acuerdo al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia, la declaratoria de insubsistencia de la demandante fue producto de la discrecionalidad del nominador y por tanto es un acto que no requiere motivación, pues se presume que busca el mejoramiento del servicio y por tanto también goza de presunción de legalidad, la cual no fue desvirtuada pues del material probatorio obrante en el expediente, especialmente de los testimonios y en interrogatorio de parte, recepcionados por el Despacho se acredita que la señora MARISOL PARRA PARRA incumplía con su horario de trabajo y demás obligaciones, además que el cambio de jornada laborar de tiempo completo a medio tiempo se efectuó por solicitud suya, en igual sentido se aceptó que el acto acusado un debidamente notificado y finalmente que en ningún momento sufrió de acoso laboral.

3. HECHOS PROBADOS.

A. Determinados por existir elementos de convicción al momento de la Audiencia Inicial.

- Mediante resolución No. 018 de 26 de junio de 2013 se declaró insubsistente a la señora MARISOL PARRA PARRA, para desempeñar el cargo de Tesorera en la E.S.E Centro de salud de Santa Sofía, lo anterior por cuanto así se observa en copia del acto administrativo visto a folios 13 a 14.
- Por medio de resolución No. 016 de mayo 15 de 2013, se cambió la vinculación de la demandante de tiempo completo a medio tiempo, asignándole un salario de \$585.000, copia de la resolución se advierte a folios 15 a 16.
- Por medio de resolución No. 135 de 01 de diciembre de 2009 se nombró a la actora como funcionaria de libre nombramiento y remoción en el cargo de Tesorera General, Código 201 en la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía, con una asignación mensual de \$ 807.733. lo anterior según copia del acto de nombramiento obrante a folio 17.
- La señora MARISOL PARRA PARRA tomó posesión del cargo en que fue nombrada con la resolución No. 135 de 2009 el día 01 de diciembre del mismo año, lo anterior de acuerdo al acta de posesión No. 02 de 01 de diciembre de 2009 vista a folio 18.
- La demandante fue nombrada en provisionalidad en la Unidad Administrativa Especial Centro de Salud de Santa Sofía para desempeñar el cargo de Tesorera código 201, con una asignación mensual de \$482.000, cargo del cual tomó posesión en día 02 del mismo mes y años. lo anterior consta en copia de la resolución No. 001 de 02 de enero de 2003 la cual se encuentra a folios 19 a 20 del expediente y del acta de posesión No 1 de 02 de enero de 2003 vista a folios 21 a 22.
- A folios 23 a 43 se observa hoja de vida de la señora MARISOL PARRA PARRA.
- A folio 45 se advierte registro civil de nacimiento de DAVID SANTIAGO GARCÍA PARRA, hijo de la demandante.
- Mediante resolución No. 006-2014 de 02 de enero de 2014 se nombró como funcionaria de libre nombramiento y remoción a La señora ÁNGELA JOHANA BELTRÁN VARGAS, en el cargo de Tesorera en el área administrativa de la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía, con una asignación básica mensual de \$998.000. La mencionada resolución junto con la respectiva acta de posesión se advierten a folios 95 a 97.

- Con resolución No. 019-213 de julio 02 de 2013, se nombró como funcionaria de libre nombramiento y remoción a La señora ÁNGELA JOHANA BELTRÁN VARGAS, en el cargo de Tesorera en el área administrativa de la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía, con una asignación básica mensual de \$589.500. dicho acto administrativo se observa a folio 98 a 99.
 - A folios 101 a 138 obra acuerdo 009 de 03 de noviembre de 2009 por medio del cual se ajusta el Manual Especifico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía.
 - A folios 139 a 164 se encuentra hoja de vida de la señora ÁNGELA JOHANA BELTRÁN VARGAS.
 - A folio 170 obra certificación expedida por la Gerente de la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía donde consta que la señora MARISOL PARRA PARRA no fue objeto de investigaciones ni sanciones disciplinarias en el periodo comprendido entre 01 de enero de hasta 30 de julio de 2013, aclarando que se le realizaron llamados de atención verbales y escritos pero que los mismos desaparecieron de la hoja de vida.
 - La Gerente de la entidad demandada certificó las fechas en que la demandante desempeñó el cargo de Tesorera en esa institución, indicando las funciones que desempeñaba y los horarios que debía cumplir, advirtiendo que la solicitud escrita mediante la cual la demandante solicitó cambio de horario desapareció de su hoja de vida. Certificación vista a folio 171 a 172
 - La tesorera de la E.S.E accionada certificó que la accionante quien desempeñaba el cargo de tesorera de la institución de salud tenía una asignación de \$ 965.950 para el año 2013. Folio 173
 - A folios 176 a 177 obra constancia de pérdida de documentos dejada en el portal web de la Policía Nacional el día 09 de septiembre de 2014, donde se describe la pérdida así: *“resolución No. 135 de 01 de diciembre año ilegible, por medio de la cual se nombra a Marisol parra de libre nombramiento y remoción, 2.solicitud FORMAL que la señora MARISOL PARRA PARRA hizo a la gerencia para laborar medio tiempo 3. Llamado de atención No. 01 de 24 de mayo por inasistencia a laborar los días 21, 22, 23 a la señora Marisol parra 2do llamado de atención a la señora MARISOL PARRA por sus frecuentes llegadas tarde a trabajar del 17 de junio de 2013 y por alteración al libro de ingreso y el TERCER llamado de atención del 25 de junio por la reincidencia en el ingreso tarde a trabajar”*
- B. Incorporados como medios de convicción durante la Audiencia de Pruebas llevada a cabo el 25 de junio de 2015 (Folio 196 y ss).
- Fueron recepcionados los testimonios y el interrogatorio de parte, decretados en la audiencia inicial, los cuales se advierten en medio magnifico obrante a folio 202.
 - A folio 201 se encuentra oficio de fecha 26 de junio de 2013 por medio del cual la Jefe de Control Interno informa a la Gerente de la E.S.E accionada el cumplimiento de los horarios por parte del personal de dicha institución, donde se observa que la demandante acumulo un total de 11 retardos.

4. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.

Es de mencionar que la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía, propuso como excepciones de fondo las siguientes: i) inexistencia de falsa motivación del acto de

declaratoria de insubsistencia, ii) inexistencia de desviación de poder, iii) excepción de presunción de legalidad y del buen servicio.

Pues bien, advierte el Despacho que éstos medios exceptivos, penden de la prosperidad del fondo del asunto, razón por la cual serán desatados de consuno con las pretensiones de la demanda, una vez verificado y analizado el material probatorio y conforme a los supuestos jurídicos aplicables.

5. PARA RESOLVER SE CONSIDERA.

Se debate en el sub exámine si, la demandante MARISOL PARRA PARA, le asiste el derecho a ser reintegrada a un cargo de igual o superior jerarquía al que ocupaba al momento de ser declarada insubsistente por la Gerente de la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía (Boyacá), para tal efecto en indispensable en primer lugar determinar si la vinculación de la demandante se dio como empleada en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa o empleada de libre nombramiento y remoción, para tal efecto se precisaran las características de dicha forma de vinculación, para luego establecer si el cargo de Tesorera de la entidad demandada reúne tales particularidades.

5.1. CARACTERÍSTICAS DE LOS EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.

El artículo 125 de la Constitución Política determina que: los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, estableciendo que el ingreso a dichos cargos y el ascenso se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

La finalidad de dicho precepto 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.¹

No obstante la misma Carta Constitucional, preceptúa 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.

La regulación del empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, fue realizada por el legislador a través de la ley 909 de 2009, norma que frente a la clasificación de los empleos públicos, preceptúa:

“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:

(...)

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

¹ Sentencia C-161 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

a) *Los de dirección, conducción y orientación institucionales, 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 Delegado, Veedor Municipal; 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 o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

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;

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

(...)” (subrayas y Negrillas fuera del texto).

En consideración de lo anterior la Alta Corte Constitucional, ha determinado las características que debe cumplir un cargo para ser de libre nombramiento y remoción, de la siguiente manera:

2.1.1. “”Siguiendo esta línea jurisprudencial, en la Sentencia C-514 de 1994², 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.³ Al respecto se dijo:

² M.P. José Gregorio Hernández.

³ Cfr. Sentencia C-1177 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

“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 *intuitu personae*”. (Subraya fuera de texto).*

Con posterioridad, en Sentencia T-132 de 2007⁴ 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 principio, de la discrecionalidad del nominador.”⁵ 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.”⁶

2.1.2. *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*

⁴ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Así lo expresó en las sentencias C-514 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU 250 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-292 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶ Ver Corte Constitucional. Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001.

apoyo, sino también para determinar el ingreso y la permanencia en el cargo del respectivo servidor público.”

Pues bien, visto lo anterior, es preciso establecer si el cargo de tesorera, código 201 del Centro de Salud de Santa Sofía, es un cargo de carrera o por requerir un alto grado de confianza es un cargo de libre nombramiento y remoción, para tal efecto es necesario remitirnos al Acuerdo No. 009 de 2009, suscrito por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Santa Sofía (folios 101 a 138), por el cual se establece el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de dicha E.S.E; el cual señala como propósito principal del cargo el siguiente:

“Organizar, planear y ejecutar labores profesionales de asistencia administrativa, presupuestal. De contratación, financiera, administración de personal y de control interno de la Empresa Social del Estado Centro de Salud, de acuerdo con la normatividad vigente sobre la materia”

Y como funciones del Tesorero general, entre otras se señalan:

- 1. Elaborar documentos administrativos, financieros y contables de acuerdo con el presupuesto, las normas de contratación y demás disposiciones institucionales, someterlos a la consideración de la Junta Directiva y/o Gerencia de la Empresa.*
- 2. Organizar, dirigir, coordinar, supervisar, y controlar el desarrollo de los planes institucionales, proyectos y programas conforme a la misión y objetivos de la empresa.*
- 3. Contribuir en la preparación, ejecución y control del presupuesto de la empresa, siguiendo los parámetros legales y técnicos establecidos por el Estado.*
- 4. Recibir los dineros y valores que perciba la empresa de las Entidades Oficiales, privadas y/o particulares y consignarlos;*
- 5. Liquidar nóminas y planillas de personal, de acuerdo con el régimen laboral, el Código Sustantivo del Trabajo, efectuando los descuentos autorizados;*
- 6. Controlar los libros que lleva el cajero y realizar periódicamente arqueos conjuntamente con el cajero, para verificar la exactitud del movimiento diario;*
- 7. Tramitar la apertura de cuentas bancarias, administrar su correcto funcionamiento, elaborar y firmar conjuntamente con la Gerente los cheques y consignar periódicamente los ingresos por todo concepto, de acuerdo con las normas establecidas por la Superintendencia Bancaria.*
- 8. Realizar y aplicar el programa anualizado de caja y analizar y promover las adiciones y traslados presupuestales;*
- 9. Planear, organizar y ejecutar lo referente a la administración del recurso humano, desarrollar el proceso de vinculación, permanencia y retiro de los empleados públicos y trabajadores oficiales de la empresa, siguiendo los lineamientos legales y técnicos establecidos por el Departamento Administrativo de Función Pública... ”.*

De manera que, el cargo de Tesorero General, es un cargo que está al servicio directo e inmediato de la Gerencia de la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía e implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado, por tanto de acuerdo a lo dispuesto en la ley 909 de 2004, cumple con los criterios para ser un cargo de libre nombramiento y remoción.

Además, de acuerdo a las funciones antes reseñadas el Tesorero General cumple un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales en cuanto al manejo

presupuestal de la entidad, por lo que tiene implícita la necesidad de un alto grado de confianza con relación al Gerente de la entidad.

De otra parte, observa el Despacho que la demandante fue nombrada en provisionalidad para desempeñar el cargo de Tesorera de la unidad Administrativa Especial Centro de Salud de Santa Sofia, por medio de la resolución No. 001 de 2003 (folio 19 y ss), no obstante, a causa de la expedición de la ley 909 de 2004, se hizo necesario ajustar la planta de personal del Centro de Salud para que se adecuara a lo reglado en dicha norma, y por tanto el cargo que ocupaba la demandante paso a ser de acuerdo a lo dicho con anterioridad de libre nombramiento y remoción.

No desconoce el Despacho que el artículo 6 ibídem, ordena que cuando un empleado de carrera administrativa sea declarado de libre nombramiento y remoción, deberá ser trasladado a otro cargo de carrera que tenga funciones afines y remuneración igual o superior a las de empleo que desempeñaba, y en caso de no existir vacante en la respectiva planta de personal, el empleado continuará desempeñando el mismo cargo y conservará los derechos de carrera mientras permanezca en él; sin embargo la demandante como ya se mencionó fue nombrada en provisionalidad es decir no contaba con derechos de carrera, recordemos que antes de entrar en vigencia de la ley 909 de 2004 para tener derechos de carrera administrativa los empleados debían estar inscritos en el en el registro público de carrera conforme lo indicaba la ley 443 de 1998, así mismo esta norma a referirse al nombramiento en provisionalidad en el inciso 4 del artículo 8 determinaba que *“los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.”*

Por todo lo anteriormente dicho, es más que evidente que la demandante nunca ha ostentado derechos de carrera administrativa y que al cambiar -a causa de la entrada en vigencia de la nueva ley de empleo público- su cargo de tipo de vinculación su forma de nombramiento también vario, como efectivamente ocurrió pues se acreditó que la demandante fue nombrada como funcionaria de libre nombramiento y remoción en el cargo de Tesorero General código 201 por medio de resolución 135 de 01 de diciembre de 2009 (folio 17), decisión en su momento pudo ser atacada mediante las acciones legales pertinentes, situación que al no presentarse deja indemne la presunción de legalidad que la cobija y por tanto continua produciendo plenos efectos jurídicos.

Adicionalmente, es importante referir que en vigencia de la ley 443 de 1998, el cargo ejercido por la accionante, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral segundo literal c) de su artículo 5^o, también se consideraba de libre nombramiento y remoción, pues implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

En ese estado de cosas, la demandante se encontraba vinculada legalmente a un cargo de libre nombramiento y remoción, siendo del caso referirnos ahora a los requisitos que esta clase de vinculación exige para que proceda la declaratoria de insubsistencia:

⁷ *“Artículo 5º.- 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:

(...)

c. Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.”

5.2 DECLARATORIA DE INSUBSITENCIA DE UN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION.

La ley 909 de 2004 en el inciso 2 del parágrafo 2 del artículo 41 determina que La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

La facultad discrecional de la administración, en palabras del Consejo de Estado quiere significa:

“La potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria en ciertas situaciones para obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la administración pública.

Sobre el particular, cabe precisar que la facultad es discrecional siempre y cuando el ordenamiento jurídico no establezca cuándo, cómo y en qué sentido se debe ejercitar; por lo tanto, “para que el ejercicio de una potestad sea discrecional administrativa no es necesario que sean discretionales los tres aspectos indicados, bastando con que exista discrecionalidad respecto de uno de ellos”⁸. Lo que constituye un requisito indispensable para que pueda hablarse de discrecionalidad y no de arbitrariedad, es que los fines que se persiguen por cada potestad, estén taxativamente enunciados en el ordenamiento jurídico.

Lo anterior indica que, la función de la administración se ha constituido con el fin de servir a los intereses generales, que previamente ha establecido el legislador; sin embargo, en los casos en que no esté específicamente la protección a dicho interés general, la administración cuenta con la capacidad de sopesar todos los hechos e intereses comprometidos en cada caso en concreto con el fin de “elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea que le confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional”⁹.

(...)

Al igual esta Corporación reiteradamente ha sostenido que si bien las razones del servicio se presumen, de demostrarse la existencia de vicios que desvirtúen la presunción de legalidad, la decisión debe ser retirada del ordenamiento jurídico¹⁰. En este sentido, en la providencia anteriormente mencionada esta Corporación sostuvo:

“(...)

En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos, y en este sentido,

⁸ Entrena Cuesta, Rafael. “Curso de Derecho Administrativo”, cit., P 175.

⁹ Mozo Seoane. “La discrecionalidad de la administración”, cit., P 411.

¹⁰ Esta concepción parte de una idea de carga dinámica de la prueba, sin olvidar que, en principio, quien alega la ilegalidad de un acto debe demostrarlo.

corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida. (...)

Ahora respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción en los que se exige una especial confianza, se ha señalado¹¹:

“(…)

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en manifestar que las facultades discrecionales no son omnímodas, sino que tienen que estar encaminadas a la buena prestación del servicio público, por lo cual cabe estudiar el vicio de ilegalidad del acto demandado frente al cargo del uso indebido que hace el nominador de tal potestad. Así mismo, ha insistido la jurisprudencia que cuando se trate de cargos que implican una especial responsabilidad y dignidad, como era el caso de la demandante, las exigencias para ejercer la potestad discrecional se tornan más amplias.

(…) Por ello resulta como una medida acorde con el buen servicio el retiro de la funcionaria que se encuentre en tales circunstancias. Y el anterior razonamiento se hace más exigente para los funcionarios que ocupan cargos de alta jerarquía en una institución, pues es sabido que la alta dignidad de un empleo implica compromisos mayores y riesgos de los cuales no pueden sustraerse dichos servidores estatales, debido, precisamente, a que su desempeño se torna de conocimiento público y que cualquier actuación puede dar lugar a situaciones incómodas para el organismo y para el nominador, en este caso el Alcalde, a quien no se le puede pedir una conducta distinta que actuar en aras del interés general.

Detentar la investidura de un alto cargo impone al funcionario ceder su interés particular ante cualquier situación en que se vea comprometido el interés público, ya que la pulcritud en el desempeño de estos empleos debe ser mayor que la que deben acusar los demás funcionarios, como se dijo anteriormente. (...)”. (Negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo expuesto la situación en que se encuentran los empleados que gozan de fuero de relativa estabilidad laboral no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción pues respecto de estos se predica un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente es razonable por cuanto consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo.¹²

¹¹ Sentencia de 7 de julio de 2005, Radicación 2263-04, Accionante Lilia Elvira Sierra Reyes, Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero.

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ (E), Bogotá D. C., dos (2) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00153-01(2113-10)

Por consiguiente la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción se presume siempre en pro del buen servicio y por tanto no requiere motivación, esto en razón al alto grado de confianza que requieren de dichos cargos y corresponde al empleado retirado, desvirtuar en sede judicial dicha presunción.

5.3 CASO DE MARRAS

Habiendo establecido que la demandante MARISOL PARRA PARRA ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, del cual fue retirada mediante resolución No. 18 de 26 de junio de 2003, por medio de la cual fue declarada insubsistente en el cargo de tesorera general código 201 que ocupaba en la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía, es del caso ahora analizar si dicha acto administrativo fue proferido en realidad en procura del mejoramiento del servicio o si por el contrario fue el resultado de persecución y acoso laboral sufrido por la actora, para tal efecto se estudiarán los cargos de desviación de poder y falsa motivación propuestos por la parte accionante:

DESVIACION DE PODER.

Para determinar la existencia de desviación de poder, es pertinente en primer término establecer en que consiste ésta causal de nulidad en casos como el que ahora nos ocupa, aspecto que ha sido conceptualizado por el Órgano de Cierre de esta jurisdicción de la siguiente manera:

“En este punto se torna necesario destacar, que la desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido, que el fin que este persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; de manera que este vicio, tal como se anticipó en apartado precedente, se reconoce cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, pero en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse, tal como la finalidad inherente al buen servicio, aunque en apariencia el acto parezca inobjetable, porque a simple vista en el mismo no se vislumbre violación primaria de la ley al reunir las formalidades propias que le son exigibles y se haya proferido por el funcionario competente”¹³.

La búsqueda de esa intención torcida y alejada de la legalidad, impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente volitiva de las personas que representan a la administración, situación que implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación. Debe entonces aparecer acreditado fehacientemente, que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar.”¹⁴

¹³ GÓMEZ, Gustavo. *Derecho Administrativo. Segunda Edición. Bogotá D.C.: ABC Editores Librería Limitada, 2004, p.415 - 420.*

¹⁴ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION A, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012)., Radicación número: 19001-23-31-000-2001-01047-01(0407-10)

Pues bien, argumenta la parte demandante que el acto administrativo acusado adolece que este vicio, toda vez que de acuerdo a lo narrado en los hechos como consecuencia de la condición de maternidad se inició contra la señora MARISOL PARRA PARRA persecución y acoso laboral por parte de la gerente de la E.S.E accionada, la odontóloga y el jurídico de la entidad, y por tanto lo que perseguía la gerente del Centro de Salud de Santa Sofía era retirar a la demandante del cargo que ocupaba a pesar de que venía desempeñando adecuadamente sus funciones, como se puede verificar desde el desmejoramiento en las condiciones laborales, cuando se modificó su vinculación de tiempo completo a medio tiempo.

Para determinar la existencia o no de acoso laboral en el sub-lite debe traerse a colación el concepto que sobre el misma prevé la ley 1010 de 2006 en su artículo 2° el cual debe entenderse como toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.

Determinado lo anterior, comenzará el Juzgado a determinar si el cambio de horario de la demandante de tiempo completo a medio tiempo efectuado mediante resolución de 15 de mayo de 2013 (folios 15-16), obedeció a persecución emprendida por la Gerente de la E.S.E demandada y otros funcionarios en contra de la señora MARISOL PARRA PARRA, para lo cual es necesario remitimos al material probatorio recaudado especialmente a la diligencia de recepción de testimonios e interrogatorio de parte llevada a cabo el 25 de junio del año que avanza (folios 196 y ss.):

El doctor DILSON JAVIER SALDAÑA, en su calidad de jurídico externo para la fecha en que tuvieron lugar los hechos de la demanda, al referirse a dicho acto administrativo adujo lo siguiente:

“...doña MARISOL en su misma presencia no me podrá negar que yo como gestor jurídico la invite a una reunión con la doctora CLAUDIA y con la que aquí también ha sido testigo con CONSUELO nos reunimos y le propuse que para que no tuviera ese stress de verse acosada de pronto por atender a su niño recién nacido y por el negocio que tenía en el pueblo miráramos una circunstancia que le fuera favorable entonces bajo esas circunstancias le dije: pues mire lo otro sería que CONSUELO le hiciera a usted -porque CONSUELO estaba de asistente en ese momento de MARISOL- entonces le dije lo siguiente no se estrese, la finalidad mía era buscar un ambiente laboral adecuado y le dije porque más bien no usted mira si hay la posibilidad si no tiene ningún inconveniente y trabaja medio tiempo o mire usted que horario realmente usted necesita para que no se sienta así, entonces ella obviamente como madre como trabajadora llorando me dijo frente a la doctora CLAUDIA y frente a CONSUELO que efectivamente ella veía mejor opción un medio tiempo entonces yo proyecte un acto administrativo...”

Más adelante el testigo, respondió:

*“**PREGUNTADO:** A folios 13 y 14 se encuentra la resolución número 18 de 26 de junio de 2013 por medio de la cual se declara insubsistente a un empleado de libre nombramiento y remoción de la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía en la cual a pie de página de la firma aparece proyecto y reviso doctor JAVIER*

*SALDAÑA RODRÍGUEZ asesor jurídico de la E.S.E igual forma en folios 15 a 16 aparece resolución por medio de la cual se hace un cambio de vinculación de tiempo completo a medio tiempo a un funcionario de libre nombramiento y remoción de la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía de igual forma a pie de página aparece que proyecto y reviso JAVIER SALDAÑA RODRIGUEZ asesor jurídico de la E.S.E. Reconoce en consecuencia los documentos que se le ponen de presente por el despacho y por informe si es del caso las circunstancias de modo tiempo y lugar como se expidieron los mismos. **CONTESTÓ:** Como le comentaba señor juez en un acuerdo que tuvimos digamos en conjunto y con la decisión de la gerente las circunstancias que presentaba MARISOL en el desempeño de sus funciones el primer acto administrativo que yo proyecte fue precisamente el de medio tiempo de manera que no la reubicaba en el que yo le digo los horarios como debía cumplirlos de 2 a 6:30 y de 8, bueno aquí fue a medio tiempo, tiempo completo, medio tiempo del 15 de mayo y el otro que es el consecuente después de que la gerente hubiera tomado esa decisión y que no se cumplieron esos acuerdos fue la resolución que veo acá que efectivamente se declaró su insubsistencia y por ende como había dicho el juez aparece la información esos dos actos administrativos fueron nuevamente a conocer a MARISOL el acuerdo que tuvimos en la oficina de Gerencia nos reunimos la única solución que podemos darle y que si sumerce a bien lo tiene es de que si no hay inconveniente es darle medio tiempo y no esté bajo esa condición que saliera afectada o alguna cosa por el estilo y ella obviamente dijo que si a fin de estar medio tiempo con su niño y atender el negocio que tenía allí... ”*

Debe recordarse que en dicha audiencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 223 del C.G.P se concedió el uso de la palabra de la demandante para que se manifestara frente a lo indicado por el doctor DILSON JAVIER SALDAÑA, quien indicó estar de acuerdo con lo afirmado por él.

Así mismo la demandante al momento de absolver el interrogatorio de parte, sobre este asunto dijo:

*“**PREGUNTADO:** Diga cómo es cierto sí o no que la solicitud de cambio de horario se dio o fue como consecuencia de motivos de índole personal y familiar. **CONTESTÓ:** si”*

Por consiguiente, de acuerdo con lo afirmado con el testigo doctor DILSON JAVIER SALDAÑA y por la misma demandante MARISOL PARRA PARRA, el cambio de horario de tiempo completo a medio tiempo no fue resultado de persecución o acoso laboral, sino por el contrario esta situación se dio para que la demandante pudiese dedicar tiempo a su hijo y a su negocio, de manera que este aspecto no puede considerarse como indicativo de acoso laboral y mucho menos de la existencia de desviación de poder.

Así mismo, frente al acoso laboral a casusa de la maternidad que dice haber sufrido la demandante, los testigos se refirieron de la siguiente manera:

La señora ANGELA CONSUELO GAMBOA, al respecto señaló:

*“**PREGUNTADO:** manifiesta usted en forma precedente que la señora PARRA PARRA fue objeto de acoso, sírvase por favor informar cómo se exteriorizó el acoso al que usted hace alusión. **CONTESTÓ:** yo lo podía visualizar porque trabajé al lado de ella trabajamos en la misma oficina y ella se sentía*

presionada por el horario porque la estaban haciendo firmar un libro de entrada con un horario de entrada en la mañana y al medio día y entonces yo veía que ella sufría esa presión laboral fuera de la carga laboral y lo del libro era en cierto modo molesto porque era una presión de llegar a firmar a la hora que tenía que estar ahí y yo si veía que ella se sentía presionada por esa parte... **PREGUNTADO:** Por favor manifieste al despacho si usted tiene conocimiento de alguna presión o acoso indebido por parte de la entidad demandada respecto a la maternidad de la señora PARRA PARRA. **CONTESTÓ:** No, respecto a la maternidad no conozco ninguno. **PREGUNTADO:** Sírvase indicar al Despacho y de acuerdo a lo que usted manifiesta respecto a un libro de entrada que dice que venía firmándose desde el año 2012 si dicho libro debía solamente firmarlo la señora MARISOL PARRA o si debía firmarlo también los demás compañeros de trabajo de la E.S.E centro de Salud de Santa Sofía. **CONTESTÓ:** Fecha exacta no la recuerdo, pero si era desde el año 2012 y Si lo firmaban los demás funcionarios.

La señora INGRID YOVANA GONZALEZ ECHAVARRIA, indicó:

“PREGUNTADO: Dentro de la demanda más exactamente en el hecho doce la demandante señora MARISOL PARRA afirma y manifiesta que ha sido constantemente para el año 2013 su condición de maternidad y de madre se inició una persecución y acoso laboral por parte de la odontóloga cargo que fungía usted como ya lo ha manifestado, para dicha época, sírvase indicar si eso es cierto o en caso negativo o en caso afirmativo cuales fueron las razones de hecho. **CONTESTADO:** Bueno acoso laboral no es y no fue por parte mía... **PREGUNTADO:** Usted tiene conocimiento en cuanto si alguno de las personas o de los funcionarios a los que se ha hecho alusión indicaron verbalmente a la señora MARISOL PARRA que renunciara o que escogiera entre su hijo y el trabajo. **CONTESTÓ:** No, no señor de los compañeros no de mi como yo soy amiga de ella hace mucho tiempo trabaje con ella simplemente de pronto lo tomo por ese lado pero se le dio un consejo porque llegaba tarde yo como amiga le dije que por favor mirara como era si primero el hijo o el hogar para que ella mirara, como amiga mas no para que renunciara si lo tomaron por ese lado por mi lado no por el lado de los demás simplemente fue un consejo mas no fue un acoso laboral.”

Finalmente frente a este tema la señora MARISOL PARRA PARRA manifestó:

“PREGUNTADO: Diga cómo es cierto sí o no que usted no fue víctima de acoso laboral por el tema de maternidad en el año 2013... **CONTESTÓ:** No”

Pues bien, de los testimonios recepcionados por el Despacho y de las manifestaciones hechas por la misma demandante es claro que ella no sufrió de ninguna de las circunstancias del artículo 2 de la ley 1010 de 2006 describe como acoso laboral, no puede entenderse la exigencia de cumplir con el horario como una persecución mucho menos si la exigencia es general para todos los empleados; por tanto la declaratoria de insubsistencia hecha mediante el acto acusado no esconde razones obscuras, rencores personales o caprichos de la Gerente u otro funcionario de la E.S.E accionada en contra de la demandante por su condición de madre.

Por el contrario de común acuerdo con la demandante y buscando facilitar su roll de madre de un niño, se pretendió adaptar los horarios de trabajo para que pudiese estar más tiempo con su menor hijo, lastimosamente a pesar de dicho arreglo, la

demandante continuo incumpliendo con sus obligaciones laborales, motivo que lleva a finalmente a la expedición de la resolución demandada, tal y como consta en dicho acto administrativo.

Así las cosas, y de acuerdo a lo dicho por el Consejo de Estado en la precitada sentencia, no existe evidencia de que la resolución acusada haya sido expedida con fines diferentes a los que establece la ley y como consecuencia de una intención particular, personal o arbitraria, por tanto es palmario para el despacho que la entidad demandada no incurrió en desviación de poder al momento de expedir el acto acusado, de manera que el Juzgado encuentra este cargo desestimado.

FALSA MOTIVACIÓN:

Asegura la parte demandante que la resolución No. 18 de 26 de junio de 2013, no tuvo como objeto el mejoramiento del servicio como lo indica en su motivación, pues la actora siempre cumplió adecuadamente con sus funciones.

Para determinar si existió falsa motivación, este estrado judicial encuentra pertinente remitirnos nuevamente a lo afirmado por los testigos en la audiencia celebrada el 25 de junio del corriente año (folios 196 y ss.)

Con relación al incumplimiento del horario por parte de la demandante, la señora ANGELA CONSUELO GAMBOA, explicó:

“PREGUNTADO: En una de sus respuestas usted indicó que la señora MARISOL PARRA llegaba tarde sírvase indicar e ilustrar al despacho con qué frecuencia ella llegaba tarde al cumplimiento de sus obligaciones y deberes. **CONTESTÓ:** Pues ella llegaba por decir tres días en la semana tarde hablo del horario de la mañana más que todo pues el horario era a las 8 de la mañana y ella llegaba a las ocho y media o pasadas las ocho y media”

Así mismo la odontóloga de la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofia INGRID YOVANA GONZALEZ sobre este aspecto expuso:

“PREGUNTADO: Ha manifestado usted en su declaración en el relato de la misma que la señora MARISOL PARRA frecuentemente llegaba tarde sírvase manifestar al despacho si usted recuerda le consta o sabe dentro del mes y en su cargo de control interno como lo ha manifestado si se lo ha hecho conocer a ella y a través de que medio. **CONTESTÓ:** Si yo hice una carta donde se la pase a Gerente ella me pidió el favor de hacerla donde decía que había faltado once veces según el libro, once veces durante un mes”

A su vez, el doctor DILSON JAVIER SALDAÑA, dijo:

“PREGUNTADO: Doctor SALDAÑA sírvase indicar al despacho y de acuerdo a lo manifestado por usted en alguna de sus respuestas que indica que se afectó la Empresa Social del Estado por motivos de incumplimiento en el horario de la señora MARISOL PARRA, sírvase indicar al despacho con precisión en que actividad o actos se afectaron a la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Santa Sofia como se afectó o como se vio afectada por motivos de ese incumplimiento como usted lo dijo incumplimiento de horario. **CONTESTÓ:** Para esa fecha algo que tuvo un inconveniente con el pago de nómina fue una circunstancia otra que me acuerde ella como tesorera tenía

que pagar luz y agua obviamente ella tenía su firma registrada y en los cheques tenía que firmar la Gerente y firmar la tesorera y poner los sellos y por una circunstancia no se encontraba o no pudo firmar algo paso tuvimos un inconveniente y obviamente los empleados tuvieron algo de inconformidad, la Gerente me llamó respecto a eso, MARISOL en el ejercicio de su cargo como tesorera allí existía diversas funciones y una de ellas era el cobro de crédito el cobro de cartera de recoger lo de los servicios en cuanto a consultas que se hacían entonces llegaba la consulta y no había quien cobrara no había quien dijera cuánto cuesta el tema de odontología el tema de consulta externa y demás entonces eso generaba primero que todo acumulación de citas médicas segundo la inconformidad de la gente y la gente me llamaba estresada por acumulación de carga.” .

De manera que no es cierta la afirmación de la parte accionante en cuanto la adecuada prestación del servicio, pues las constantes llegadas tarde de la demandante afectaban de forma considerable el buen funcionamiento de la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía, circunstancia que evidencia que la decisión adoptada por la entidad demandada y que hoy es objeto de control jurisdiccional no se encuentra viciada por falsa motivación.

Otro aspecto a considerar en este punto, es que se comprobó el mejoramiento del servicio en la entidad accionada, toda vez que la persona que ingresó a ocupar el cargo de Tesorera General que ocupaba la demandante, cuenta con título en contaduría pública (folio 146), y con amplia experiencia profesional como consta en las certificaciones vistas a folios 150 a 161, a diferencia de la señora MARISOL PARRA PARRA quien se graduó como técnico en contabilidad sistematizada y auxiliar técnico en sistemas integrales de gestión (folios 30 a 33), siendo indudable que quien ocupó el cargo de Tesorera general de E.S.E accionada cuenta con mejor preparación para asumir las funciones que dicho empleo conlleva. Argumento que reafirma la no existencia de falsa motivación en el caso que nos ocupa.

No obstante lo expuesto, debe el Despacho resaltar que el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción, con relación al buen desempeño del cargo de los empleados de libre nombramiento y remoción ha sido enfático al determinar que:

“Es importante reiterar que por la sola circunstancia de que un empleado desempeñe sus funciones en forma idónea, competente, responsable y haya observado buena conducta ello no obliga a la administración a mantenerlo en el servicio indefinidamente, en razón a lo anterior, emerge necesario el ejercicio de la facultad discrecional. La hipótesis contraria, conllevaría a que se configurara un fuero de estabilidad especial que es extraño en funcionarios de libre nombramiento y remoción. Dicha forma de desempeño en el ejercicio de un cargo responde a la obligación que tiene todo empleado público de cumplir con la Constitución y la Ley desde el momento en que lo ejerza.”¹⁵ .

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA – SUBSECCION “B”, Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007). Esta posición fue reiterada por la Subsección A, Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN, Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil trece (2013), Radicación número: 25000-23-25-000-2004-03579-01(0706-11)

Es decir que así la demandante hubiese cumplido a cabalidad con su horario y funciones, no gozaría de ningún tipo de estabilidad reforzada toda vez que los empleos de libre nombramiento y remoción requieren como elemento esencial la confianza, elemento que da lugar a la discrecionalidad del nominador.

De acuerdo con todo lo antes dicho, es fácil concluir que la demandante como empleada de libre nombramiento remoción estaba obligada al cumplimiento de sus obligaciones, pues así lo dispone la Constitución y la ley, lo que no afecta el poder discrecional del nominador en este caso le Gerente de la E.S.E demandada, quien estaba facultada para declarar la insubsistencia de la demandante y que el mejoramiento del servicio se evidencia con una simple revisión de las hojas de vida tanto de la actora como de quien ocupó el cargo de Tesorera de la mencionada E.S.E, pues esta última cuenta con título profesional en contaduría pública, tal y como lo exige el decreto 785 en su artículo 13 numeral 13.2.3¹⁶ el acuerdo 009 de 2009 (folio 129), para cargos de nivel profesional como lo es el de Tesorero General, mientras que la señora MARISOL PARRA únicamente ha realizado estudios técnicos.

Finalmente en cuanto a la notificación de la resolución No. 18 de 26 de junio de 2013, se logró comprobar que la misma fue notificada en debida forma, ya que, la accionante así lo acepto al momento de rendir interrogatorio de parte, sobre esta cuestión, advirtió:

“PREGUNTÓ: Señora MARISOL PARRA diga cómo es cierto sí o no que a usted se le notifico en debida forma de manera escrita y personal la resolución número 018 de junio de 2013 por medio de la cual se declara insubsistente un empleado de libre nombramiento y remoción de la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía. CONTESTÓ: Si se me notificó”

De igual modo la notificación personal del acto demandado se advierte en el mismo cuerpo de la resolución, pues a folio 14 se aprecia constancia de recibido con fecha 26 de junio de 2013 y firma de la demandante.

Por tanto la decisión enjuiciada, tampoco se vio afectada por vicios de forma puedan poner en discusión su validez.

Corolario de lo anterior, es que la resolución No. 18 de 26 de junio de 2006, no se encuentra falsamente motivada, ni fue expedida con desviación de poder, como tampoco se encuentra afectada por indebida notificación y por tanto la presunción de legalidad que la cobija permanece incólume, motivos suficientes para declarar probadas las excepciones que la entidad accionada denominó inexistencia de desviación de poder e inexistencia de falsa motivación y en consecuencia negar las pretensiones de la demanda

¹⁶ 13.2.3. Nivel Profesional

Para los empleos del orden Departamental, Distrital y Municipal:
Mínimo: Título profesional.

Máximo: Título profesional, título de postgrado y experiencia.

6. LAS COSTAS.

El artículo 188 del CPACA dispone que:

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.

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso:

- a) Se dispone la condena en costas a la parte vencida en el proceso, esto es a la PARTE ACTORA. Líquidense por Secretaría.
- b) Como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación se señala el valor de CIENTO CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$150.000), conforme al Acuerdo No 1887 del 26 de junio de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.
- c) En la liquidación de costas habrá de tenerse en cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (Numeral 8° del 365 del CGP).

7. EL ARANCEL JUDICIAL.

Con respecto al Arancel Judicial dispuesto en la Ley 1653 del 15 de julio de 2013, es de manifestar que el artículo 5° de ésta normatividad, disponía que se encuentran exceptuados del mismo los asuntos contencioso laboral; no obstante en reciente fallo la Corte Constitucional (sentencia C 169 de marzo 19 de 2014, siendo MP Dra. Maria Victoria Calle Correa), declaro inexecutable la referida ley.

En mérito de lo expuesto el JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO. Declarar probadas las excepciones que la E.S.E Centro de Salud de Santa Sofía denominó inexistencia de desviación de poder e inexistencia de falsa motivación, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa.

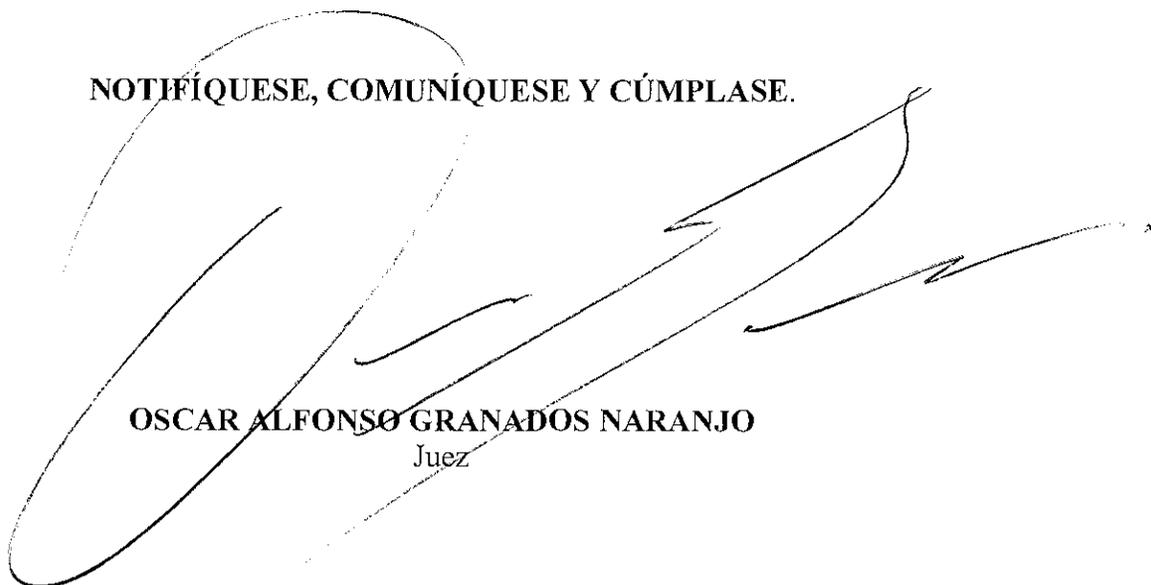
SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior **NEGAR** las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue promovida por MARISOL PARRA PARRA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO. Costas en esta instancia y Agencias en Derecho en contra de la parte vencida según lo indicado.

CUARTO. La presente providencia deberá ser notificada conforme a lo dispuesto en el artículo 203 de la ley 1437 de 2011, de igual manera se indica que contra la misma procede recurso de apelación en los términos y condiciones del artículo 247 de la misma obra.

QUINTO. En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso para su cumplimiento y archívese el proceso previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente. Desde ahora se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Juez