



**Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del
Atlántico**

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, veintinueve (29) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicado	08-001-3333-006-2016-00274-00
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	JUAN CARLOS SALTARÍN VARGAS
Demandado	MUNICIPIO DE PALMAR DE VARELA
Juez (a)	MAURICIO JAVIER RORDRÍGUEZ AVENDAÑO

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por Juan Carlos Saltarín Vargas, contra el Municipio de Palmar de Varela –Atlántico, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

II.1.- DEMANDA

Se sintetiza de la siguiente manera:

- Que se declare la Nulidad del Decreto No. 066 de 21 de julio de 2016, por medio del cual, el Alcalde de Palmar de Varela revocó el nombramiento del señor Juan Carlos Saltarín Vargas en el cargo de Jefe de Control de Interno Código 219 Grado 01 de la Empresa Social del Estado Centro de Salud Con Camas del Municipio de Palmar de Varela.
- Que a título de restablecimiento del derecho, se reintegre al demandante al cargo que venía desempeñando u otro de superior categoría, sin solución de continuidad.
- Como consecuencia de tal declaración, condenar al Municipio de Palmar de Varela al pago de todas las sumas correspondiente a los sueldos, bonificaciones, primas de servicio, primas de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, bonificaciones, cesantías e intereses de cesantías y demás emolumentos dejados de percibir inherentes a su cargo, con efectividad a la fecha que revocó el acto administrativo hasta cuando sea reincorporado al servicio, incluyendo los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la revocatoria del acto, debidamente indexadas.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

II.2.- HECHOS

1.- El demandante fue designado como Jefe De Control Interno Código 219 Grado 01 del ESE CENTRO DE SALUD CON CAMAS DE PALMAR DE VARELA mediante Decreto No. 007 de 05 de febrero de 2015, durante los periodos comprendidos entre el 06 de febrero de 2015 al 31 de diciembre de 2017, con una asignación básica de \$2.038.000.00

2.- El 20 de marzo de 2015, se presentó queja con radicado No. IUC-D-2015-566-759117 ante la Procuraduría Provincial de Barranquilla por el nombramiento y posesión del señor Juan Carlos Saltarín Vargas en el cargo de Jefe De Control Interno del ESE CENTRO DE SALUD CON CAMAS DE PALMAR DE VARELA, dándose por terminada el día 31 de mayo de 2015 y ordenándose su archivo. .

3.- El día 21 de junio de 2016, el Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD CON CAMAS DE PALMAR DE VARELA informó al Alcalde Municipal que, revisando el historial laboral del señor Juan Carlos Saltarín Vargas no fueron encontrados los soportes de la información relacionada con la experiencia laboral de tres años en asuntos relativos al control interno.

4.- El Alcalde Municipal de Palmar de Varela revocó el nombramiento del señor Juan Carlos Saltarín Vargas en el cargo de Jefe De Control Interno Código 219 Grado 01 del ESE CENTRO DE SALUD CON CAMAS DE PALMAR DE VARELA, a través del Decreto No. 066 de 21 de julio de 2016.

II.3.- CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Fueron invocados como fundamentos de derecho los siguientes:

Constitucionales: artículos 2, 4, 6, 29, 209

Legales: Ley 136 de 1994

Ley 87 de 1999

Ley 1474 de 2011

Decreto Ley 785 de 2005

La parte actora arguye en síntesis que, el Decreto No. 066 de 2016 expedido por el Alcalde Municipal de Palmar de Varela en nulo por cuanto no se realizó el estudio adecuado de la hoja de vida del señor Juan Carlos Saltarín Vargas, toda vez que no se tuvo en cuenta que antes de ocupar el cargo de Jefe de Control Interno, se había desempeñado tanto en sector privado como en el público en los cargos de asistente administrativo, auditor consultor, director de deporte I.M.R.D, tesorero pagador y secretario administrativo y financiero, además de que el demandante ostenta la calidad de economista, con lo cual acumula un tiempo de experiencia equivalente a 2 años 11 meses como servidor público y como trabajador privado un tiempo de 7 años y 10 meses, sobrepasando el mínimo de experiencia exigido por la Ley 1474 de 2011.

En ese sentido sostiene que, pese a ser notoria la experiencia acreditada por el señor Saltarín Vargas, el Alcalde Municipal de Palmar de Varela decidió revocar el nombramiento en el cargo de Jefe de Control Interno del ESE CENTRO DE SALUD CON CAMAS DE PALMAR DE VARELA basado únicamente en lo manifestado por el Gerente de esa entidad, según el cual el demandante no cumplía con la experiencia de 3 años para ocuparlo, por lo que en su sentir, se violó el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 debido a que según esa norma, los actos administrativos solo pueden ser revocados por la misma autoridad que los expidió o por su superior jerárquico, de oficio o a solicitud de partes, por lo que el Alcalde

de Palmar de Varela, señor Felix Alberto Fontalvo Avila revocó un acto administrativo que no expidió.

Continúa diciendo que, al Alcalde Municipal de Palmar de Varela basar su decisión en una investigación adelantada por el Gerente del ESE CENTRO DE SALUD CON CAMAS DE PALMAR DE VARELA incurrió en un conducta disciplinaria típica, antijurídica y culpables, dado que, fue desconocido el artículo 91 de la Ley 136 de 1994 así como el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012.

Seguidamente sostiene el demandante que, el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 prevé que la persona que en una entidad sea nombrada en la dirección de la oficina de control interno debe tener una experiencia mínima de tres años en tales asuntos pero no especifica qué tipo de experiencia debe acreditarse, vacío que se llena con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 785 de 2005 donde se clasifica la experiencia profesional, relacionada, laboral y docente.

Concluye que, el cargo de Jefe de Control Interno es del nivel asesor y por ello, para ocupar ese empleo debe acreditarse experiencia profesional o relacionada conforma lo dispone el inciso séptimo del artículo 11 de la Ley 785 de 2005.

II.4.- CONTESTACIÓN

El apoderado Judicial del Municipio de Palmar de Varela mediante contestación de 23 de marzo de 2017, describió el traslado de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, argumentando que, el Decreto 066 de 03 de mayo de 2016 fue expedido con fundamento en las normas que regulan la administración de personal para el sector público, teniendo en cuenta que el demandante estaba vinculada en un cargo de carrera administrativa con una vinculación de provisionalidad que no le da ningún derecho de los que ostentan los inscritos en el escalafón de carrera administrativa.

Sostiene el ente demandado que, el Alcalde Municipal de Palmar de Varela investido de competencia o mandato constitucional y legal, procedió a expedir el Decreto 066 de 2016 por medio del cual decretó la revocatoria del nombramiento del demandante en el cargo de Jefe de Control Interno de la Empresa Social del Estado Centro De Salud Con Camas De Palmar De Varela, Decreto que fue debidamente motivado por lo que no cabe la falsa motivación alegada por el demandante.

Continúa diciendo que, existe cobro de lo no debido toda vez que, el demandante no pertenece a la planta de personal del Municipio de Palmar de Varela, sino que tiene una vinculación laboral con la Empresa Social del Estado Centro De Salud Con Camas De Palmar De Varela, entidad que cancelaba sus salarios y demás prestaciones laborales.

Por último la defensa del ente demandado trae a colación la competencia que ostentan los alcaldes para la designación del responsable del control interno, contenido en el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, así como la competencia que tienen de revocar su nombramiento cuando no cumpla con los requisitos para su desempeño consagrado en el artículo 5 de la Ley 190 de 1995.

II.5.- ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 17 de noviembre de 2016, siendo admitida a través de auto de 06 de febrero de 2017, mediante el cual se dispuso notificar a las partes y a la señora Procuradora Delegada ante este Despacho, diligencia surtida el día 27 de mayo de 2017.

Vencido el término de traslado de la demanda de que trata el artículo 199 CPACA y 612 del CGP, mediante auto de 13 de diciembre de 2017 fue fijado el día 07 de febrero de 2018 a las 10:30 a.m. como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, diligencia en la que se tuvieron como prueba los documentos aportados por la parte demandante, declarándose precluido el periodo probatorio y prescindiéndose de la audiencia de alegaciones y juzgamiento a través de auto de 08 de agosto de 2018 por considerarse innecesarias, por lo que se corrió traslado a las partes para que alegaran por escrito, término que se encuentra vencido.

II.6.- ALEGACIONES

Dentro de la oportunidad procesal para ello, las partes no alegaron de conclusión.

II.7.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad, el Ministerio Público no rindió concepto dentro del presente trámite, pese a ser notificado en debida forma.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procederá a dictar la sentencia correspondiente.

IV.- CONSIDERACIONES

IV.1.- EXCEPCIONES O CUESTIONES PREVIAS

Se advierte que, el Municipio de Palmar de Varela dentro del término de traslado de la demanda, presentó excepciones de mérito las cuales serán estudiadas con el fondo del asunto.

IV.2.- PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se contrae en determinar si, debe declararse la nulidad del del Decreto No. 066 de 21 de julio de 2016, por medio del cual, el Alcalde Municipal de Palmar de Varela revocó el nombramiento del señor Juan Carlos Saltarín Vargas, y en consecuencia ordenar su reintegro sin solución de continuidad y condenar el pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta cuando se efectúe el reintegro al cargo.

IV.3.- TESIS

El Despacho sostendrá la tesis de que en el presente asunto deberán denegarse las pretensiones de la demanda, toda vez que, el cargo de Jefe de Control Interno es un cargo de libre nombramiento y remoción, por lo que la revocatoria del acto de nombramiento de un empleado en dicho cargo se da en ejercicio de la facultad discrecional de la entidad nominadora, siempre que se cumplan los requisitos de experiencia laboral mínima establecido en artículo 8 de la Ley 1474 de 2011.

IV.4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

IV.4.1.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO Y RÉGIMEN LABORAL DE SUS EMPLEADOS

Sea lo primero indicar que, conforme a lo señalado en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 las Empresas Sociales del Estado (a partir de ahora ESE) tienen la siguiente naturaleza:

"CAPÍTULO III. RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo."(Subrayado por el Despacho)

A su turno el artículo 195 ibídem sobre el régimen jurídico y organización, señala:

"ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".
2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.
5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.
6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.
8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.
9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos." (Subrayas nuestras)

De los artículos en cita se colige que, el Estado prestará el servicio público de seguridad social en salud principalmente a través de ESE, las cuales ostentan la naturaleza jurídica de ser entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonio propio, creadas bien por Ley o por las Asambleas Departamentales o por Concejos Distritales y Municipales.

En ese sentido se tiene que, el régimen laboral al que se encuentran sometidos los empleados públicos de las ESE de nivel territorial, es el consagrado en el Capítulo IV de la Ley 10 de 1990, la cual en el artículo 26 preceptúa:

"CAPITULO IV ESTATUTO DE PERSONAL

ARTICULO 26. Clasificación de empleos.

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

1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.1

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

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

b) Los de director, representante legal de entidad descentralizada, y los del primero y segundo nivel jerárquicos, inmediatamente, siguientes;

c) Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

PARAGRAFO. *Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.*

Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo."
(Negritas y subrayas del Despacho)

De lo anterior es dable afirmar que, las ESE de nivel territorial tienen dentro de su planta de personal como cargos de libre nombramiento y remoción los de director, representante legal de entidad descentralizada, y los del primero y segundo nivel jerárquicos, inmediatamente, siguientes, así como aquellos empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.

IV.4.2.- FUNCIÓN DE CONTROL INTERNO

Ahora bien, teniendo en cuenta que la Litis en el presente asunto se centra en la insubsistencia en el cargo de Jefe de Control Interno de una Empresa Social del Estado de orden Territorial, debe decirse que, la función de control interno es "el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas

constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos”.

El inciso segundo de la citada norma prevé que el control interno debe “concebirse y organizarse de tal manera que su ejercicio sea intrínseco al desarrollo de las funciones de todos los cargos existentes en la entidad, y en particular de las asignadas a aquellos que tengan responsabilidad del mando”.

Los objetivos del sistema de control interno están previstos en el artículo 2º ídem y se concreta en los siguientes:

- “a. Proteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que lo afecten;*
- b. Garantizar la eficacia, la eficiencia y economía en todas las operaciones promoviendo y facilitando la correcta ejecución de las funciones y actividades definidas para el logro de la misión institucional;*
- c. Velar porque todas las actividades y recursos de la organización estén dirigidos al cumplimiento de los objetivos de la entidad;*
- d. Garantizar la correcta evaluación y seguimiento de la gestión organizacional;*
- f. Asegurar la oportunidad y confiabilidad de la información y de sus registros;*
- g. Definir y aplicar medidas para prevenir los riesgos, detectar y corregir las desviaciones que se presenten en la organización y que puedan afectar el logro de sus objetivos;*
- h. Garantizar que el Sistema de Control Interno disponga de sus propios mecanismos de verificación y evaluación;*
- i. Velar porque la entidad disponga de procesos de planeación y mecanismos adecuados para el diseño y desarrollo organizacional, de acuerdo con su naturaleza y características.”*

A su turno, el artículo 3º de la Ley 87 de 1993 señala cuáles son las características del control interno:

“Artículo 3º.- Características del Control Interno. Son características del Control Interno las siguientes:

- a. El Sistema de Control Interno forma parte integrante de los sistemas contables, financieros, de planeación, de información y operacionales de la respectiva entidad;*
- b. Corresponde a la máxima autoridad del organismo o entidad, la responsabilidad de establecer, mantener y perfeccionar el Sistema de Control Interno, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y misión de la organización;*
- c. En cada área de la organización, el funcionario encargado de dirigirla es responsable por control interno ante su jefe inmediato de acuerdo con los niveles de autoridad establecidos en cada entidad;*

¹ Artículo 1º Ley 87 de 1993

d. La Unidad de Control Interno o quien haga sus veces es la encargada de evaluar en forma independiente el Sistema de Control Interno de la entidad y proponer al representante legal del respectivo organismo las recomendaciones para mejorarlo;

e. Todas las transacciones de las entidades deberán registrarse en forma exacta, veraz y oportuna de forma tal que permita preparar informes operativos, administrativos y financieros."

En concordancia con lo anterior, los artículos 5º y 6º de la misma ley, prevén que el control interno se aplica a todos los organismos y entidades de las ramas del poder público incluidos los organismos de control, de manera que su ejecución es responsabilidad, en primer lugar, del representante legal o del máximo directivo correspondiente y, en segunda medida, de los jefes de cada una de las dependencias de las entidades y organismos. Sobre el particular, dichas normas consagran:

"Artículo 5º.- Campo de aplicación. La presente Ley se aplicará a todos los organismos y entidades de las Ramas del Poder Público en sus diferentes órdenes y niveles así como en la organización electoral, en los organismos de control, en los establecimientos públicos, en las empresas industriales y comerciales del Estado en las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 90% o más de capital social, en el Banco de la República y en los fondos de origen presupuestal."
(Negrita fuera de texto) *Artículo 6º.- Responsabilidad del control interno. El establecimiento y desarrollo del Sistema de Control Interno en los organismos y entidades públicas, será responsabilidad del representante legal o máximo directivo correspondiente. No obstante, la aplicación de los métodos y procedimientos al igual que la calidad, eficiencia y eficacia del control interno, también será de responsabilidad de los jefes de cada una de las distintas dependencias de las entidades y organismos."*

En menester indicar que, conforme al artículo 5 de la Ley 909 de 2004, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006, "por la cual se regula el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras disposiciones", señaló la clasificación de los empleos, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 5. Clasificación de los Empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente Ley son de carrera administrativa, con excepción de:

(...)

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

(...)

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;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera." (Subrayado por el Despacho)

Seguidamente el artículo 41 bídem, señala las causales de retiro de los empleados públicos de carrera y de libre nombramiento y remoción, así:

"Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

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

c) **INEXEQUIBLE.**

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

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

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

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

Parágrafo 1°. **INEXEQUIBLE.** Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio; contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo.

El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código Unico Disciplinario.

Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado." (Subrayado por el Despacho)

El artículo 5 de la Ley 190 de 1995 señala:

"ARTÍCULO 5º. En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

<Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años."

Asimismo se tiene que, conforme el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 sobre la designación del responsable de control interno, dispone:

"ARTÍCULO 8º. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

PARÁGRAFO 1º. Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.

PARÁGRAFO 2º. El auditor interno, o quien haga sus veces, contará con el personal multidisciplinario que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con la naturaleza de las funciones del mismo. La selección de dicho personal no implicará necesariamente aumento en la planta de cargos existente."

Del recuento normativo citada es posible afirmar que, el cargo de Jefe de Control Interno de las entidades descentralizadas de orden territorial, como lo son las ESE, es de libre nombramiento y remoción dado que su ejercicio implica especial confianza y tiene asignadas funciones de asesoría institucional, por lo que la desvinculación del servicio del empleado que ostenta tal calidad se da en ejercicio de la función discrecional de la entidad nominadora, siempre que concurra cualquiera de las causales señaladas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Igualmente, para que una persona pueda ocupar el cargo de Jefe de Control Interno deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.

IV.4.3.- EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL PARA EL RETIRO DE EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

La facultad discrecional, debe ser entendida como aquella en que *"la administración cuenta con la libertad de escoger en virtud del atributo de la conveniencia, lo mejor para el servicio, atendiendo que cuando una decisión de carácter general o particular sea de esta naturaleza, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa"*², por lo que las decisiones tomadas por la administración bajo ésta facultad deben estar fundadas en la razonabilidad y la proporcionalidad, bajo límites justos y ponderados, aplicados al análisis de los elementos facticos que rodean cada caso en concreto, conforme lo establece la cláusula consagrada en el artículo 44 CPACA:

"ARTÍCULO 44. DECISIONES DISCRECIONALES. 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."

La Corte Constitucional en sentencia C-443 de 1997 ha establecido que la posibilidad de desvincular en cualquier momento a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, no va en contra de la Constitución, en consideración a las funciones que ejercen y obedecen a una relación objetiva con el nominador. Al respecto señaló:

"(...) la estabilidad "entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo", es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, "pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.

(...) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta."

Sobre el particular de la motivación de los actos administrativos de retiro del servicio de por la facultad discrecional, la Honorable Corte Constitucional en sentencia SU-172 de 2015 sostuvo:

"La facultad discrecional del Gobierno y de la Policía Nacional para retirar miembros del servicio activo

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda –Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Sentencia de 28 de junio de 2012. Radicación número: 05001-23-31-000-2005-00990-01(1692-10)

29. En Derecho Administrativo es necesario diferenciar la existencia de potestades regladas y potestades discrecionales. La potestad reglada se presenta cuando una autoridad está sometida estrictamente a aplicar la ley (en sentido general), si se dan determinados hechos regulados por ésta.

Dicha potestad está fundamentada en el principio de legalidad, que establece que toda actividad estatal debe ser ejecutada de acuerdo a la ley. En esa medida, busca que los actos oficiales no estén regidos por el capricho o la voluntad de las personas.

30. Ahora bien, como es sabido, las hipótesis legalmente reguladas no agotan la totalidad de las presentes en la cotidianidad de la actividad estatal, debido a lo cual, para la prestación eficaz y célere de la función pública[49], se han diseñado herramientas que permiten la toma de decisiones, sin pasar por todo el proceso legislativo correspondiente, pero que respetan el principio de legalidad.

La principal herramienta para dar solución a esta tensión es la posibilidad de facultar a determinados funcionarios públicos para la toma de decisiones discrecionales, dentro de márgenes que les posibilitan apreciar y juzgar las circunstancias de hecho, de oportunidad y/o conveniencia general.

En esa medida, la potestad discrecional se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley.

31. En el derecho administrativo clásico, la facultad discrecional de la Administración está sustentada en la separación de poderes pura y simple. Por tanto, según esta visión, los actos discrecionales de la Administración pública no pueden ser susceptibles de control judicial, pues ello implica la intromisión de esa Rama del Poder, en aquella. Por la misma razón, tampoco es exigible la motivación de los mismos, por lo cual la arbitrariedad de algunos actos discrecionales queda, entonces, fuera del alcance de cualquier tipo de control.

Desde otra visión, que predica una separación de poderes recíproca o de controles mutuos, como la presente en el Estado Social de Derecho o en el Estado Constitucional, la tesis del control judicial de los actos discrecionales varía, en clave de protección de derechos de los administrados e instruye una necesaria proscripción de la arbitrariedad. Por ello, bajo esta visión los actos discrecionales son susceptibles del control de constitucionalidad y de legalidad por parte de los jueces y es exigible a la administración pública presentar un mínimo de justificación para la toma de decisiones.

32. Colombia, gracias a que está instituida bajo la fórmula de Estado Social de Derecho, se inscribe en la tesis que admite el control judicial de los actos discrecionales de la administración pública y exige un mínimo de justificación para la expedición de éstos. Lo anterior, en virtud de los postulados de primacía constitucional, de sometimiento de los poderes públicos a la ley, de colaboración armónica entre éstos, de prohibición de la arbitrariedad y de protección efectiva de los derechos de los habitantes del territorio nacional.

Así, para esta Corporación[50] ha sido claro que los actos discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, y a que, en todo caso, es necesario diferenciar tal facultad de la arbitrariedad.

33. Lo arbitrario expresa el capricho o voluntad individual, contraria a la razón, de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. Para Cassagne[51], la arbitrariedad es un concepto amplio "y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad". Por tanto, según la sentencia C-031 de 1995, hasta "en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-

administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho”.

34. Así se puede concluir que la potestad discrecional, en nuestro sistema jurídico, tiene un límite fuerte en la prohibición de la arbitrariedad, que implica “una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta de control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades, y someter a la Administración al Derecho” [52].

Del aparte jurisprudencial en cita se desprende que, los actos administrativos discrecionales, deben ser motivados conforme a la Constitución y la Ley, desligados de toda arbitrariedad, con el fin de proteger los derechos y garantías de los administrados.

V.- CASO CONCRETO

V.1.- HECHOS PROBADOS

Se encuentran plenamente probados los siguientes hechos:

1.- Que el señor Juan Calor Saltarín Vargas fue nombrado en el cargo de Jefe de Control Interno Código 219 Grado 01 de la planta de personal de la Empresa Social del Estado Centro de Salud Con Camas del Municipio de Palmar de Varela, mediante el Decreto 007 de 05 de febrero de 2015. (Folios 24-25)

2.- Que el señor Juan Calor Saltarín Vargas tomó posesión del cargo de Jefe de Control Interno Código 219 Grado 01 de la planta de personal de la Empresa Social del Estado Centro de Salud Con Camas del Municipio de Palmar de Varela mediante diligencia fechada 06 de febrero de 2015. (Folio 27)

3.- Que el Alcalde Municipal de Palmar de Varela, señor Felix Alberto Fontalvo Ávila, revocó el nombramiento del señor Juan Calor Saltarín Vargas mediante Decreto 066 de 21 de julio de 2016, cuya parte motiva sostiene que el demandante no cumplía con los requisitos exigidos en la Ley 1474 de 2011 para desempeñar el cargo de Jefe de Control Interno de la Empresa Social del Estado Centro de Salud Con Camas del Municipio de Palmar de Varela, toda vez que, dentro de su hoja de vida no existía soporte que acreditara la experiencia mínima de tres años en ejercicio de funciones de control interno, por lo que procedió a revocar el Decreto No. 007 de 06 de febrero de 2015 con fundamento en el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y artículos 93 y 97 de la Ley 1437 de 2011 (Folios 37-41)

4.- Que el señor Juan Carlor Saltarín Vargas es Economista egresado de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, realizó diplomado en Gestión Municipal y Finanzas en esa misma universidad con una intensidad horaria 300 horas, conforme a la hoja de vida presentada ante la Alcaldía Municipal de Palmar de Valera. (Folios 120-121)

5.- Que el señor Juan Carlos Saltarín Vargas laboró en el Consorcio Plinio Molina Ramos – Edmundo Molina Ramos –Simeón Ulises Molina Ramos como asistente administrativo desde el 12 de enero de 1995 hasta el 20 de marzo de 1998, para un total de tres años sin detallar las funciones a su cargo, conforme a la experiencia acreditada en el hoja de vida allegada a la Alcaldía Municipal de Palmar de Varela, sin especifica. (Folio 122)

6.- Que el señor Juan Carlos Saltarín Vargas laboró como Director del Instituto Municipal de Recreación y Deporte de Palmar de Varela desde el 08 de noviembre de 1999 hasta el 20 de enero de 2000, para un total de 2 años y 12 días, sin detallar las funciones a su cargo,

conforme a la experiencia acreditada en el hoja de vida allegada a la Alcaldía Municipal de Palmar de Varela, sin especifica. (Folio 123)

7.- Que el señor Juan Carlos Saltarín Vargas prestó sus servicios profesionales desde el 10 de enero de 2006 hasta el 15 de septiembre de 2010, para un total de 4 años 9 meses y 5 días, teniendo como funciones del cargo realizar auditorías en procesos administrativos, procesos contables y seguimiento y fiscalización de procesos contractuales, conforme a la experiencia acreditada en el hoja de vida allegada a la Alcaldía Municipal de Palmar de Varela, sin especifica. (Folio 124)

8.- Que el señor Juan Carlos Saltarín Vargas se desempeñó como Profesional Universitario Código 219 Grado 01 desde el 18 de enero de 2012 hasta el 29 de agosto de 2013 en la Secretaría del Interior y Servicios Administrativos de la Alcaldía Municipal de Palmar de Varela, para un total de 7 meses y 11 días; que ocupó el cargo de Secretario Administrativo y Financiero encargado de la Alcaldía Municipal de Palmar de Varela desde el 17 de mayo hasta el 29 de agosto de 2013, para un total de 3 meses y 12 días; que ocupó el cargo de Secretario Administrativo y Financiero Grado 01 Código 020 de la Alcaldía Municipal de Palmar de Varela desde el 30 de agosto de 2013 hasta el 21 de octubre de 2014, para un total de 1 año 1 mes y 21 días; que desempeñó el cargo de Profesional Universitario encargado desde el 30 de agosto de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013 en la Secretaría del Interior y Servicios Administrativos de la Alcaldía Municipal de Palmar de Varela, para un total de 4 meses y 1 día, sin que se encuentren especificadas las funciones desempeñadas en cada uno de esos cargos. (Folio 8)

V.2.- ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS FRENTE AL MARCO JURÍDICO

La parte demandante en sus pretensiones solicita que se declare nulo el Decreto No. 066 de 21 de julio de 2016, por medio del cual, fue revocado el nombramiento del señor Juan Carlos Saltarín Vargas en el cargo de Jefe de Control Interno de la Empresa Social Del Estado Centro De Salud Con Camas De Palmar De Varela.

Conforme a lo aducido en el marco normativo y jurisprudencial del presente proveído, se tiene que conforme a la facultad discrecional que por mandato legal ostentan las entidades nominadores respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción, pueden retirar del servicio a los empleados que ocupen esos cargos por las causales señaladas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, entre otras, porque el empleado por no acredite los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen.

En ese sentido, al tratarse de actos administrativos discrecionales, estos deben estar debidamente motivados conforme a los supuestos facticos que generaron la causa de la desvinculación del servicio bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y por otro, deben estar apartados de toda arbitrariedad por parte de la autoridad nominadora.

Es menester indicar que, en tratándose de los empleados que desempeñan el cargo de Jefe de Control Interno de las entidades descentralizadas de orden territorial, como lo son las Empresas Sociales del Estado, deben acreditar experiencia mínima de tres años en asuntos relativos al control interno conforme al parágrafo 1° del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, pues de no ser así, la entidad nominadora, en este caso los Alcaldes Distritales o Municipales, deberán proceder a la revocatoria del acto administrativo de nombramiento en ejercicio de la facultad discrecional de que están investidos.

Así las cosas y descendiendo al caso concreto, observa el Despacho que en el sub lite se encuentra plenamente demostrado que el señor Juan Carlos Salatarín Vargas no cumplía con los requisitos señalados en el parágrafo 1 del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 para desempeñar el cargo de Jefe de Control Interno del ESE Centro de Salud Con Camas de Palmar de Varela, toda vez que, si bien en el plenario se encuentra acreditado que desempeñó distintos cargos que le permitieron acumular una experiencia profesional superior al mínimo de 3 años requerido por la Ley, no es menos cierto que los mismos no se encuentran relacionados con el ejercicio de funciones de control interno y/o de nivel asesor, por lo que no se cumplía cabalmente con la exigencia legal consignada en el artículo en mención.

Por tanto, no encuentra esta Judicatura la falsa motivación alegada por la parte actora, pues distinto a lo expresado por ella, el Decreto 066 de 21 de julio de 2016 tuvo en cuenta todos los elementos de juicio que le fueron puesto de presente y en cumplimiento de los postulados constitucionales y legales relacionados en líneas precedentes, pues la conclusión a la que se arribó se dio en aplicación de la razonabilidad, proporcionalidad y ponderación que debe imperar en el ejercicio de la facultad discrecional sin que pueda alegarse arbitrariedad alguna, por lo que el acto acusado se encuentra ajustado a derecho.

En conclusión, este Despacho Judicial no encuentra la prosperidad de las pretensiones, razón por lo que habrá lugar a mantener en el mundo jurídico los efectos del Decreto 066 de 21 de julio de por encontrarse ajustado a derecho.

VI.- COSTAS

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad conforme al artículo 188 CPACA.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VII.- FALLA

PRIMERO: DENIÉGUENSE las súplicas de la demanda, en concordancia con lo anotado en las motivaciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

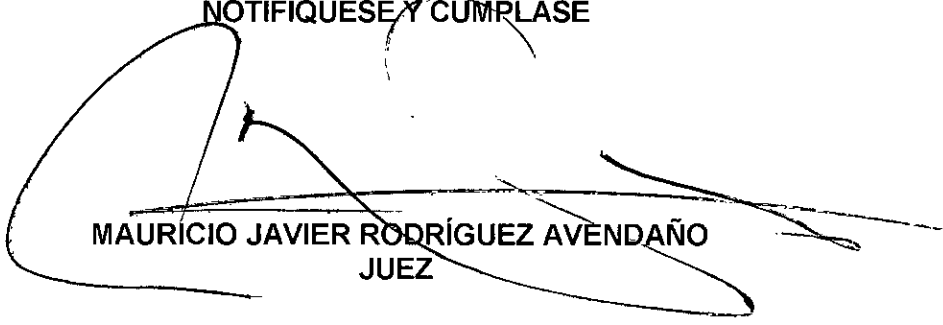
TERCERO: DÉSELE cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA

CUARTO: Notifíquese esta sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA

QUINTO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el aplicativo Justicia Siglo XXI Web.

SEXTO: Se ordena la expedición de copias que soliciten las partes conforme a lo previsto en el artículo 114 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MAURICIO JAVIER RODRÍGUEZ AVENDAÑO
JUEZ

JUZGADO 6 ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA
SECRETARIA

Por certificación expedida No. 06K
para la providencia de fecha 01 NOV. 2018
a las ocho de la mañana (percepción) 9