

DIRECTOR DE HOSPITAL – Naturaleza jurídica / EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DE SAN ANTONIO DE ARBELAEZ – Naturaleza jurídica / RETIRO DE SERVICIO – Director hospital / DIRECTOR DE HOSPITAL – Cargo de libre nombramiento y remoción

Se debe definir si el nombramiento del actor como Gerente del Hospital de Arbeláez, se hizo precedido de un concurso de méritos en cumplimiento del artículo 192 de la Ley 100 de 1993 o si fue mediante un nombramiento ordinario, dada la naturaleza del cargo, establecida en la Ley 10 de 1990. Asimismo, se debe determinar la naturaleza jurídica del mentado Hospital. Del material probatorio obrante en el proceso, no se evidencia referencia alguna al proceso de selección o concurso de méritos, en virtud del cual se haya designado al actor como gerente del hospital, por el contrario, su nombramiento se dispuso mediante Resolución No. 1189 de 3 julio de 1997, de la Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca en el cargo de Gerente Código 115, Grado 3 del Hospital San Antonio del Municipio de Arbeláez. Solo obran, a folios 52 y siguientes, la Resolución No. 1189 de 3 de julio de 1997 por medio de la cual Secretario de Salud de Cundinamarca nombró al demandante en calidad de Gerente del Hospital de “San Antonio” de Arbeláez, el Acta de Posesión No. 174 de 14 de julio del mismo año y la Resolución No. 1124 de 2 de mayo de 1999 a través de la cual se ajustó la nomenclatura y lo incorporó como Gerente del citado Hospital. De otra parte y en relación con la naturaleza jurídica del Hospital San Antonio de Arbeláez, solo por medio de la Ordenanza No. 0023 de 3 de agosto de 2006, la Asamblea Departamental de Cundinamarca lo erigió como la Empresa Social del Estado Hospital San Antonio de Arbeláez, y a través del Decreto 253 de 15 de octubre de 2008 el Gobernador la trasformó en una Entidad del orden departamental. Dichos actos fueron dictados con posterioridad a la fecha de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor el 28 de junio de 2004, es decir, que al no estar constituida como una ESE para ese momento, tampoco se puede predicar que el Director esté dentro del periodo institucional y que solo pudiera haber sido retirado del servicio por las razones establecidas en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 192 / LEY 10 DE 1990 – ARTICULO 26 / DECRETO 3344 DE 2003

INSUBSISTENCIA - Desviación de poder / DIRECTOR HOSPITAL – Cargo de libre nombramiento y remoción / DESVIACION DE PODER – Las razones por las cuales se separaron del servicio no obedecen al mejoramiento del servicio / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Pago de salarios y prestaciones

La entidad demandada, por su parte, que en sede judicial tenía la obligación de señalar cuáles fueron las razones que motivaron la expedición del acto de insubsistencia y demostrar en qué sentido se proponía mejorar el servicio, solo se limitó a decir que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado la idoneidad profesional del servidor público no otorga garantía de permanencia, toda vez que deben existir otras razones relacionadas con el buen servicio que determinen la separación del mismo. Las anteriores razones, llevan a la Sala a la convicción incontrovertible de que las razones por las cuales fue separado el actor del cargo no obedecen a razones del mejoramiento del servicio, pues es innegable su entrega en el desempeño del empleo, así como el desprendimiento que demostró con el fin de superar los momentos difíciles por los cuales pasaba la Entidad y que a la larga significaron un ahorro en los gastos y costos que merecieron el reconocimiento por parte del Alcalde Municipal de Pandi. Lo anterior pone de

manifiesto que la causa determinante para el retiro del actor no fueron razones del buen servicio público, sino que obedeció al simple capricho o arbitrariedad del nominador, configurándose así la desviación de poder. Ahora bien, según las pruebas que obran en el expediente el actor se vinculó como empleado de libre nombramiento y remoción, por cuanto para la época del ingreso al Hospital San Antonio de Arbeláez aún no se había transformado en Empresa Social del Estado, y por lo mismo su ingreso no se debió a una conformación previa de una terna por parte Junta Directiva del Hospital para un periodo de tres años. Nótese que el cambio de naturaleza solo ocurrió en el 2008 ya la insubsistencia se había dado cuatro años atrás.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-08619-01(1735-09)

Actor: ARMANDO RODRÍGUEZ BARATO

Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA-SECRETARIA DE SALUD

Número Interno: 1735-2009
Autoridades Departamentales

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 7 de mayo de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Armando Rodríguez Barato por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución No. 655 de 28 de junio de 2004, mediante la cual Gobernador del Departamento

de Cundinamarca declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Director Código 65, del Hospital “San Antonio” del Municipio de Arbeláez, adscrito a la Secretaría de Salud del mismo Departamento.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita se ordene al ente territorial demandado reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de superior categoría y el pago de todos los salarios, prestaciones sociales, auxilios y demás emolumentos a que tiene derecho, desde la fecha en que fue retirado del servicio hasta que se produzca el reintegro.

Que se declare para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones, señala los siguientes:

Mediante Resolución No. 1189 de 3 julio de 1997, la Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca nombró al señor Armando Rodríguez Barato como Gerente Código 115, Grado 3 del Hospital “San Antonio” del Municipio de Arbeláez.

Con el fin dar cumplimiento al Decreto 1569 de 1998, reglamentario de la Ley 443 del mismo año que ordenó modificar la nomenclatura y nombre del cargo del actor, la Secretaría de Salud expidió la Resolución No. 1124 de 2 de mayo de 1999, a través del cual incorporó al demandante al cargo de Director de Hospital Código 65.

El Gobernador del Departamento de Cundinamarca profirió la Resolución No. 655 de 28 de junio de 2004, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento de Armando Rodríguez Barato del cargo de Director. Mediante

comunicación de 7 de julio de 2004, el Grupo de Talento Humano de la Dirección Administrativa y Financiera, le informó la decisión adoptada.

El hospital enfrentó las dificultades de la implementación de la Ley 100 de 1993, al igual que la mayoría de las instituciones de la red pública en salud, lo que llevó a que muchas de ellas fueron cerradas. Sin embargo, gracias a la gestión administrativa, financiera y científica del actor, no solo sobrevivió a la crisis financiera, sino que al momento de su entrega tenía un superávit aproximado de \$850'000.000.

Su compromiso como servidor público se evidencia en los elevados niveles de eficiencia y eficacia administrativa. Ejemplo de ello fue la obtención de donaciones, la productividad laboral que se generó al efectuar procedimientos quirúrgicos por más de \$404'327.617, y el ahorro de costos de operación por un valor de \$97'644.813, representados en el no pago por concepto de médico cirujano, pues dicho procedimiento médico fue realizado por el demandante, sin obtener ninguna contraprestación, en atención a la falta de presupuesto y liquidez.

Detrás de la declaratoria de insubsistencia, hay razones de carácter político que no obedecen a postulados de la función pública. Asimismo, el servidor público que fungió en su remplazo, no reúne las calidades profesionales, experiencia y formación académica, para desempeñar el cargo.

De conformidad con el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, los directores de hospitales públicos son nombrados por el jefe de la entidad territorial, para periodos de 3 años y solo pueden ser removidos en el evento en que se demuestre ante las autoridades competentes la comisión de faltas graves, lo cual no se configuró en el presente asunto, pues el último periodo prorrogado data de 3 de julio de 2003 a 3 de julio de 2006, y su retiro se efectuó el 28 de junio de 2004.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- Constitución Política: artículos 2, 4, 6, 25, 29, 53, 93, 125 y 209.
- Código Contencioso Administrativo: artículo 32.
- Ley 100 de 1993: artículo 192.

Como concepto de violación de las normas invocadas, expresa:

La decisión cuestionada incumplió con la obligación de respetar la primacía de la Constitución Política, desconociendo todo tipo de derechos fundamentales como el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el debido proceso y la estabilidad laboral.

El Gobernador ignoró la disposición contenida en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, la cual establece para los directores de hospitales públicos un periodo mínimo de tres años prorrogable, salvo que se demuestre la comisión de faltas disciplinarias, éticas o penales, pues declaró su nombramiento insubsistente sin adelantar o conocer de este tipo de acciones, por el contrario, la gestión administrativa del actor fue exaltada por el mismo dirigente.

Los hechos demuestran la configuración de una desviación de poder, comoquiera que la administración abusó de la discrecionalidad, al reemplazarlo con un funcionario que no tiene las calidades propias que posee el señor Rodríguez Barato, quien fue evaluado y calificado de forma sobresaliente en los procesos de selección a los cuales aspiró.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante providencia de 7 de mayo de 2009, negó las excepciones propuestas, decretó la nulidad de la Resolución No. 655 de 28 de junio de 2004, y ordenó al Departamento de Cundinamarca el reconocimiento y pago de los sueldos y prestaciones sociales dejados de percibir por la totalidad del tiempo que le faltaba para cumplir el periodo en calidad de Director del Hospital, es decir, hasta el 3 de julio de 2006, con fundamento en lo

siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 10 de 1990, los hospitales públicos tienen la naturaleza jurídica de Empresas Sociales del Estado, constituidos como una categoría especial de entidades públicas descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. La designación de sus directores se efectúa a través de un procedimiento administrativo complejo, para un periodo de tres años, razón por la cual no se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción.

El retiro del servicio en condiciones normales solo puede operar al vencimiento del periodo o prórroga, salvo que durante dicho lapso se configuren actos contrarios al buen servicio, faltas disciplinarias, conductas punibles o cualquier otra causal debidamente motivada.

El demandante no solo fue designado para el primer periodo sino que por su idoneidad profesional y laboral, y previa constitución de ternas, le fue prorrogada su vinculación por dos periodos sucesivos como Director del Hospital. De otra parte, obran documentos que dan cuenta del buen servicio y estadísticas del mismo durante el tiempo que trabajó, por lo que no advierte ninguna que soporte la legalidad del acto.

El Ente Territorial no adelantó un procedimiento previo, con el objeto de motivar la declaratoria de insubsistencia antes de que se venciera el periodo legal para el cual el demandante había sido elegido, en consecuencia, se quebrantaron de manera grosera las reglas del debido proceso administrativo.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

La apoderada del Departamento de Cundinamarca, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 7 de mayo de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el que reiteró los argumentos expuestos en

la contestación de la demanda y solicitó se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda.

Señala que para la época de la declaratoria de insubsistencia, el cargo que ejercía el actor era de libre nombramiento y remoción, perteneciente a un establecimiento público, de conformidad con lo establecido en el numeral 2º del literal b) del artículo 26 la Ley 10 de 1990, disposición que no consagró periodo de inamovilidad, es decir, no se trataba de un director de hospital público con periodo institucional, dispuesto en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993.

A partir de la expedición de la Ordenanza No. 023 de 3 de agosto de 2006 y del Decreto No. 235 de 15 de octubre de 2008, mediante los cuales se creó y transformó la Empresa Social del Estado “Hospital San Antonio” del Municipio de Arbeláez, se determinó el periodo institucional para el gerente de la Empresa Social del Estado.

Por último, frente a la idoneidad profesional del actor afirma que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que estas circunstancias no otorgan garantía de permanencia, toda vez que deben existir otras razones relacionadas con el buen servicio que determinen la separación del mismo.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico gira en torno a determinar la legalidad de la Resolución No. 655 de 28 de junio de 2004, mediante la cual Gobernador del Departamento de Cundinamarca declaró insubsistente el nombramiento de Armando Rodríguez

Barato en el cargo de Director Código 65, del Hospital “San Antonio” del Municipio de Arbeláez, adscrito a la Secretaría de Educación del mismo Departamento.

Afirma el actor que el Departamento de Cundinamarca con la expedición de la Resolución demandada incurrió en desviación de poder, debido a que con su retiro no pretendió el mejoramiento del servicio, por el contrario desconoció el hecho de que su gestión administrativa fue exaltada por el mismo ente territorial. Además, ignoró que los directores de hospitales públicos tienen un periodo mínimo de tres años, el cual es prorrogable, de conformidad con el artículo 192 de la Ley 100 de 1993.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la nulidad del acto acusado y ordenó al ente territorial el reconocimiento y pago de los sueldos y prestaciones sociales dejados de percibir, por el tiempo que le falta para cumplir el periodo en calidad de Director del Hospital.

Lo anterior, por cuanto la entidad no adelantó un procedimiento previo, con el objeto de motivar la declaratoria de insubsistencia, pues la elección de un director de hospital se efectúa a través de un procedimiento administrativo complejo para un periodo de tres años, es decir, que no se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción para poder ejercer la facultad discrecional, la ilegalidad del acto es aún más evidente teniendo en cuenta las excelentes condiciones profesionales del demandante y las pruebas que dan cuenta de la buena gestión.

Por su parte, el Departamento de Cundinamarca interpone el recurso de apelación con fundamento en que para la época de la declaratoria de insubsistencia el hospital tenía la calidad de establecimiento público de salud, motivo por el cual el cargo que ocupaba el actor era de libre nombramiento y remoción, lo que permitía su desvinculación en cualquier momento y sin justificación, en ejercicio de la facultad discrecional.

Para efectos de decidir, se tiene lo siguiente:

El artículo 26 de la Ley 10 de 1990 por medio del cual se organizó el Sistema Nacional de Salud, señala que la organización y prestación de los servicios de salud en las entidades territoriales está a cargo de entidades descentralizadas, cuyos empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Los primeros son:

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.
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.
 - b. Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada.
 - c. Los empleos que correspondan a funciones de dirección (...) (Se resalta).

No obstante lo anterior, por disposición del artículo 192 de la Ley 100 de 1993 por medio de la cual se creó el Sistema General de Seguridad Social, los Directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial, conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, de terna que le presente la junta directiva constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por un período mínimo de tres años prorrogables.

Agregó que solo podrán ser removidos cuando se demuestre ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves, conforme al régimen disciplinario del sector oficial o de faltas a la ética, según las disposiciones vigentes, o ineficacia administrativa.

El artículo 194 precisó que “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 (...)”. Para el efecto, el artículo 197 señaló que “ Las entidades territoriales deberán disponer, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vigencia de esta Ley, la reestructuración de las entidades descentralizadas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios de salud, con el fin de adecuarlas a lo dispuesto en este capítulo”.

El Decreto No. 3344 de 20 de noviembre de 2003 que reglamentó parcialmente el artículo 192 de la Ley 100 de 1993 vigente para la época, dispuso lo siguiente:

Artículo 1º. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial conformará la terna de candidatos para la designación del gerente o director de dichas entidades de que trata el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, con las personas que sean escogidas mediante un proceso público abierto realizado de conformidad con lo establecido en el presente decreto.

(...)

Artículo 5º. El proceso público abierto para la conformación de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica del cargo a proveer.

Artículo 6º. Las ternas para la designación de gerentes o directores de Empresas Sociales del Estado de nivel territorial, que a la fecha de expedición del presente decreto no se hayan conformado, se integrarán de acuerdo con lo señalado en el presente decreto.

(...)

Queda claro que para la conformación de la terna se deben tener en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del cargo, aplicando para ello pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo.

De las normas transcritas la Sala concluye que un Director de Hospital Público dentro del periodo institucional, solo puede ser retirado del servicio por las razones establecidas en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, cuando haya sido elegido por el Jefe de la Entidad Territorial de terna enviada por la Junta Directiva del Hospital constituido como Empresa Social del Estado.

En este sentido, la Sala¹ ha señalado lo siguiente:

Ciertamente, la Ley 100 de 1993 dispuso la conversión de las entidades prestadoras de servicios de salud por parte de las entidades territoriales, en un término de 6 meses a partir de su vigencia; así mismo, se dispuso que la designación de los directores de hospitales

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A", Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, sentencia de 27 de junio de 2002, radicado interno: 1693-01, actor: Jorge Hernán Cabra Castro.

sería efectuada de terna elaborada por la Junta Directiva. Sin embargo tal circunstancia no permite catalogar en forma automática tales cargos como de período. Para que ello suceda se requiere, por una parte, que la entidad se halle convertida en empresa social del Estado y, por otra, que la designación haya sido efectuada por el procedimiento señalado legalmente.

En ese orden de ideas, se debe definir si el nombramiento del actor como Gerente del Hospital de Arbeláez, se hizo precedido de un concurso de méritos en cumplimiento del artículo 192 de la Ley 100 de 1993 o si fue mediante un nombramiento ordinario, dada la naturaleza del cargo, establecida en la Ley 10 de 1990. Asimismo, se debe determinar la naturaleza jurídica del mentado Hospital.

Del material probatorio obrante en el proceso, no se evidencia referencia alguna al proceso de selección o concurso de méritos, en virtud del cual se haya designado al actor como gerente del hospital, por el contrario, su nombramiento se dispuso mediante Resolución No. 1189 de 3 julio de 1997, de la Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca en el cargo de Gerente Código 115, Grado 3 del Hospital San Antonio del Municipio de Arbeláez.

Solo obran, a folios 52 y siguientes, la Resolución No. 1189 de 3 de julio de 1997 por medio de la cual Secretario de Salud de Cundinamarca nombró al demandante en calidad de Gerente del Hospital de “San Antonio” de Arbeláez, el Acta de Posesión No. 174 de 14 de julio del mismo año y la Resolución No. 1124 de 2 de mayo de 1999 a través de la cual se ajustó la nomenclatura y lo incorporó como Gerente del citado Hospital.

De otra parte y en relación con la naturaleza jurídica del Hospital San Antonio de Arbeláez, solo por medio de la Ordenanza No. 0023 de 3 de agosto de 2006, la Asamblea Departamental de Cundinamarca lo erigió como la Empresa Social del Estado Hospital San Antonio de Arbeláez, y a través del Decreto 253 de 15 de octubre de 2008 el Gobernador la trasformó en una Entidad del orden departamental. Dichos actos fueron dictados con posterioridad a la fecha de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor el 28 de junio de 2004, es decir, que al no estar constituida como una ESE para ese momento, tampoco

se puede predicar que el Director esté dentro del periodo institucional y que solo pudiera haber sido retirado del servicio por las razones establecidas en el artículo 192 de la Ley 100 de 1993.

Por lo expuesto, el nombramiento y retiro del actor se hizo en ejercicio de la facultad discrecional legalmente estatuida por el legislador.

Establecido lo anterior, le corresponde a la Sala estudiar el cargo de desviación de poder.

De la Desviación de Poder

Si bien es innegable que un acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional se presume expedido en beneficio del buen servicio público, tal presunción se puede desvirtuar a través de la acción contenciosa correspondiente, pues no puede perderse de vista que las únicas presunciones que no admiten prueba en contrario son las de derecho, por fundarse en principios científicos incuestionables.

Sobre el tema, esta Corporación, ha expresado lo siguiente:

Tratándose de la facultad discrecional, reiteradamente se ha dicho que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales.

La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (Artículo 36 del C.C.A.).

Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

Aplicando las ideas precedentes al sub-lite, observa la Sala que todo acto discrecional de retiro del servicio supone el mejoramiento del mismo y en este orden, corresponde al juez evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción, obteniendo importancia los antecedentes en la prestación de la labor, mediatos a la decisión, vale decir, las anotaciones recientes en la hoja de vida del servidor, conforme a la cual es dable inferir su moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal².

Al realizar en sede judicial el control de legalidad, el acto administrativo que en principio se presume expedido en aras del buen servicio, se juzga bajo las reglas que gobiernan el proceso, en el cual imperan entre otros, el principio de igualdad de las partes ante el juez y al hacerse efectivo ese principio, cada una de ellas tiene la obligación de probar sus afirmaciones.

Para el asunto en estudio, el demandante en procura de hacer valer sus derechos, tiene la obligación de demostrar que cumplió a satisfacción sus responsabilidades, de tal suerte que garantizaba la prestación de un adecuado servicio público, que no existían justificaciones que ameritaran su relevo, y la entidad demandada para

²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 8 de mayo de 2003, Consejero Ponente doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, Número Interno: 3274-02 Actor: José Humberto Medina Donato.

mantener la presunción de legalidad en su actuar, debe demostrar las razones que motivaron la decisión, concretando y probando en qué sentido se proponía mejorar el servicio con la expedición del acto de remoción sometido a juzgamiento.

Hechas las anteriores precisiones, observa la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tuvo en cuenta para adoptar la decisión, las pruebas obrantes en el proceso, que demuestran el buen servicio y las calidades profesionales del señor Rodríguez Barato, en consecuencia, no advirtió ninguna razón válida para soportar la legalidad de la resolución acusada.

En efecto, se encuentra probado dentro del proceso que el actor en calidad de Director del Hospital realizó procedimientos quirúrgicos gratuitos lo que permitió a la Entidad ahorrar costos, y gestionó donaciones de instrumentos y máquinas necesarias para la adecuada prestación del servicio de salud.

A folios 44 y siguientes del expediente obran las certificaciones de los tiempos laborados por el actor, donde consta que se desempeñó como Médico Interno, Médico de Planta, Médico Jefe de Auditoría Médica y Cirugía Simplificada, Jefe de Auditoría Médica, Auditor Médico y Coordinador de Salas de Cirugía, Jefe de Departamento y Director del Hospital Regional “San Rafael” de Girardot del 15 de julio de 1973 al 18 de agosto de 1995.

En el hospital San Antonio de Arbeláez, era innegable la idoneidad del actor para el desempeño del cargo, lo cual se desprende de los antecedentes de la hoja de vida.

De otro lado, se demostró el gran compromiso institucional. Así, a folios 66 y 67 aparecen documentos que demuestran la donación de instrumental quirúrgico para ortopedia, traumatología y equipo de química clínica BTS, con el propósito de ser utilizado en el hospital, los primeros fueron dados por el médico Jaime Quintero Esguerra, debido a las altas capacidades administrativas y talento científico del demandante.

Igualmente, obra certificación suscrita por el asesor contable del Hospital, por medio de la cual dejó constancia de que durante el periodo de 28 de octubre de 2000 y 31 de diciembre de 2002, se obtuvo un ahorro de médico cirujano por valor de \$97'644.813 pesos, pues la función fue ejercida por el señor Rodríguez Barato sin ninguna contra prestación.

Escrito de 10 de junio de 2004 del Alcalde Municipal de Pandi, por medio del cual solicitó al Gobernador de Cundinamarca, la permanencia del Doctor Armando Rodríguez Barato frente a la gerencia del Hospital San Antonio de Arbeláez, por desempeñar el cargo con profesionalismo y responsabilidad, en beneficio de la región de la cual depende el ente territorial.

La entidad demandada, por su parte, que en sede judicial tenía la obligación de señalar cuáles fueron las razones que motivaron la expedición del acto de insubsistencia y demostrar en qué sentido se proponía mejorar el servicio, solo se limitó a decir que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado la idoneidad profesional del servidor público no otorga garantía de permanencia, toda vez que deben existir otras razones relacionadas con el buen servicio que determinen la separación del mismo.

Las anteriores razones, llevan a la Sala a la convicción incontrovertible de que las razones por las cuales fue separado el actor del cargo no obedecen a razones del mejoramiento del servicio, pues es innegable su entrega en el desempeño del empleo, así como el desprendimiento que demostró con el fin de superar los momentos difíciles por los cuales pasaba la Entidad y que a la larga significaron un ahorro en los gastos y costos que merecieron el reconocimiento por parte del Alcalde Municipal de Pandi. Lo anterior pone de manifiesto que la causa determinante para el retiro del actor no fueron razones del buen servicio público, sino que obedeció al simple capricho o arbitrariedad del nominador, configurándose así la desviación de poder.

Ahora bien, según las pruebas que obran en el expediente el actor se vinculó como empleado de libre nombramiento y remoción, por cuanto para la época del ingreso al Hospital San Antonio de Arbeláez aún no se había transformado en

Empresa Social del Estado, y por lo mismo su ingreso no se debió a una conformación previa de una terna por parte Junta Directiva del Hospital para un periodo de tres años. Nótese que el cambio de naturaleza solo ocurrió en el 2008 ya la insubsistencia se había dado cuatro años atrás.

Por lo expuesto, no le asiste razón al Tribunal al ordenar el restablecimiento del derecho del demandante por el lapso que faltaba para el cumplimiento del periodo, porque no ostentaba cargo de tal naturaleza para el momento en el que se desempeñó como Gerente del Hospital.

En consecuencia, se modificará la sentencia apelada en este aspecto, para ordenar que el pago de salarios y prestaciones, se haga por el término comprendido entre el retiro y la fecha en que se hubiese designado al Gerente en la forma contemplada en la Ley para las Empresas Sociales del Estado.

Lo anterior, sin perjuicio de la prohibición de la reformatio in pejus y dadas la particularidades del asunto en concreto, donde quedó demostrado que el señor Armando Rodríguez Barato ejerció un cargo de libre nombramiento y remoción por lo que no estaba sometido a un periodo específico como lo estipuló el Tribunal.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

MODIFÍCASE el numeral tercero de la sentencia de 7 de mayo de 2009 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por el señor Armando Rodríguez Barato, el cual quedará así:

TERCERO: CONDÉNASE al Departamento de Cundinamarca a reconocer y pagar al señor Armado Rodríguez Barato los sueldos, prestaciones y demás

emolumentos dejados de devengar, debidamente indexados mes a mes, desde la fecha del retiro y hasta cuando se designó al primer Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital San Antonio de Arbeláez, de conformidad con el artículo 192 de la Ley 100 de 1993.

CONFÍRMASE en los demás.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO