



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 121

Asunto: Sentencia de primera instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-23-33-000-2018-00412-00
Demandante: Rodrigo Alberto Fortich Abisambra
Demandada: ESE Salud Dorada

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 034 del 07 de junio de 2024

Manizales, siete (07) de junio de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas procede a dictar sentencia en primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra contra la ESE Salud Dorada.

LA DEMANDA

Pretensiones

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 9 de mayo de 2018², se solicitó lo siguiente³:

1. Que se declare la nulidad de la Resolución n° 1661 del 20 de noviembre de 2017, con la cual el alcalde encargado del Municipio de La Dorada aceptó la renuncia presentada por el señor Rodrigo Alberto Fortich

¹ En adelante, CPACA.

² Página 2 del archivo n° 003 del expediente digital.

³ Página 5 del archivo n° 015 del expediente digital.

Abisambra al cargo de gerente, código 085, grado 13, de la ESE Salud Dorada.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene lo siguiente: **i)** el reintegro sin solución de continuidad, a un cargo igual o de superior categoría al que ocupaba; **ii)** el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde su desvinculación y hasta cuando se produzca el reintegro real y efectivo; **iii)** el pago indexado de los porcentajes de cotización a salud y pensión que debió realizar a los fondos correspondientes durante el período señalado, haciendo los descuentos pertinentes al actor; y **iv)** la indexación de las sumas a que se condene la entidad.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente⁴:

1. Mediante Decreto 0155 del 7 de junio de 2012 expedido por el alcalde municipal de La Dorada, el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra fue vinculado a la ESE Salud Dorada como gerente, código 085, grado 13, desde el 17 de julio de 2012. El actor tomó posesión del cargo el mismo 17 de julio de 2012.
2. Posteriormente el alcalde de La Dorada reeligió como gerente al accionante para el período comprendido entre el 1º de abril de 2016 y el 31 de marzo de 2020, según consta en la Resolución nº 0030 del 8 de enero de 2016. El actor tomó posesión del cargo el 1º de abril de 2016.
3. Para cuando le fue aceptada la renuncia al accionante, éste devengaba la suma de \$6'600.500 (salario básico más gastos de representación), más primas de vacaciones, de servicios y de navidad, así como bonificación por servicios.
4. La ESE Salud Dorada es una entidad municipal de primer nivel creada por el Acuerdo 049 de 2005 expedido por el Concejo Municipal de La Dorada, en el cual se establece su objeto, funciones generales, estructura, órganos de dirección y administración, miembros de las juntas directivas, funciones del gerente, régimen jurídico de los actos y contratos, régimen de personal, patrimonio, vigilancia y control.

⁴ Páginas 1 a 4 del archivo nº 015 del expediente digital.

5. El cargo de gerente de la ESE Salud Dorada es de período fijo, lo que significa que no es discrecional de la Junta Directiva ni del presidente de la misma –alcalde del municipio– remover a dicho funcionario y menos a través de una renuncia motivada, provocada e inducida, sin seguir un procedimiento administrativo con apego al debido proceso.
6. El señor alcalde de La Dorada no convocó a la Junta Directiva de la ESE para tratar el tema de la renuncia motivada y provocada del accionante, pese a que se trataba de una decisión trascendental y más en el evento de que fuera aceptada y de que se encontrara vigente la ley de garantías.
7. La ESE Salud Dorada atravesaba por dificultades financieras por la posición dominante de la EPS ASMET SALUD, quien no volvió a pagar las ventas de los servicios de salud e instauró solicitud de reconocimiento de pasivos de vigencias expiradas. El equipo interdisciplinario de cartera, financiero y jurídico de la ESE, incluyendo al accionante, se opuso a tal petición y acudió a la Superintendencia Nacional de Salud con la convicción de que la reclamación era extemporánea o que los montos adeudados eran inferiores y estaban prescritos.
8. En reunión del 4 de septiembre de 2017 de la Junta Directiva de la ESE Salud Dorada, el secretario de salud municipal, señor Rubén Darío Iregui González, le manifestó al señor alcalde que debía exigirle la renuncia al demandante, ante lo cual aquél no hizo pronunciamiento alguno, de lo cual puede inferirse que estaba de acuerdo con tal proposición para que de ésta conociera el actor y presentara así su renuncia, configurándose una presión indebida.
9. El señor alcalde de La Dorada, como presidente de la Junta Directiva de la ESE Salud Dorada, resolvió de manera unilateral e impositiva, sin contar con los análisis financieros, contables y jurídicos, reconocer y pagar los pasivos reclamados por la EPS ASMET SALUD; decisión que no compartió el accionante al considerar que la misma no era viable financiera, contable o jurídicamente; y que podía acudir a convenios interadministrativos entre la ESE y el municipio, para mitigar el desequilibrio financiero momentáneo. Pese a que el accionante solicitó al señor alcalde dicho apoyo, éste no se brindó.
10. La ESE demandada no le ha pagado al actor salarios y prestaciones sociales desde la segunda quincena de diciembre de 2016 hasta el 21 de noviembre de 2017, pese a que por ley tiene 45 días para cancelar las acreencias laborales, lo cual atenta contra el mínimo vital del ex funcionario.

11. Las anteriores razones evidencian que el presidente de la Junta Directiva de la ESE demandada se valió de todos los medios para provocar e inducir la renuncia del actor, lo cual es un procedimiento que contraría los requisitos de la renuncia, que debe ser voluntaria, libre e inequívoca. En efecto, en el contenido de la renuncia motivada se evidencia que no existía interacción coordinada entre las decisiones del señor alcalde y del gerente de la ESE, restándole autonomía a éste en la administración de la entidad, lo que obligó al demandante a renunciar.
12. La renuncia presentada por el accionante no fue voluntaria ni libre, sino que estuvo coaccionada, provocada e inducida ante la situación de iliquidez financiera y carencia de recursos de la ESE por la posición dominante de la EPS, lo que significa que el actor renunció por circunstancias ajenas e imputables a Salud Dorada.
13. La renuncia motivada, provocada e inducida presentada por el actor el 17 de noviembre de 2017, fue aceptada por el señor alcalde encargado del Municipio de La Dorada mediante Resolución nº 1661 del 20 de noviembre de 2017, la cual fue notificada personalmente al accionante el 22 del mismo mes y año.
14. La aceptación de la renuncia contraría las funciones y atribuciones de las juntas directivas de las ESE, contenidas en el artículo 4 del Decreto 1950 de 1973, el parágrafo 2 del artículo 3 del Decreto 2400 de 1968, el artículo 162 del Decreto 1333 de 1996, los artículos 192, 194 y 195 de la Ley 100 de 1993, el artículo 674 del Decreto 1298 de 1998, y la sentencia C-233 de 2002 de la Corte Constitucional.
15. El alcalde encargado del Municipio de La Dorada no era el presidente de la Junta Directiva de la ESE, por lo que el acto atacado se expidió con falta de competencia, además de falsa motivación y abuso de poder, pues no se podía aceptar una renuncia motivada, de un funcionario público de cargo fijo, encontrándose en ley de garantías, sin tener en cuenta el concepto de la Junta Directiva de la entidad, y sin contar con el reemplazo inmediato, dejando a la ESE acéfala, pese a la situación financiera de iliquidez descrita.
16. El accionante había sido calificado satisfactoriamente en su gestión, según consta en las evaluaciones anexadas.
17. La resolución que aceptó la renuncia no informó los recursos procedentes contra la decisión adoptada en la misma.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones⁵: Constitución Política: artículos 2, 3, 6, 16, 25, 26, 29, 48, 53, 95 y 125; Ley 4ª de 1913: artículo 299; Decreto 2400 de 1968: artículos 3 –parágrafo 2– y 27; Decreto 1950 de 1973: artículos 111 a 113 y 115; Decreto 1660 de 1978: artículo 121; Decreto 1333 de 1996: artículo 162; Ley 100 de 1993: artículos 192, 194 y 195; Decreto 1298 de 1998: artículo 674; Ley 996 de 2005; y Ley 112 de 2007. Del mismo modo adujo que se desconoció la sentencia C-233 de 2002 de la Corte Constitucional.

Sostuvo que con el acto acusado, la entidad desconoció el debido proceso, el derecho al trabajo y a la seguridad social, así como los principios fundamentales aplicables a la relación laboral.

Manifestó que la renuncia provocada disfraczó una destitución, al no haber sido aquella libre, espontánea y voluntaria. Acotó que la decisión estuvo desviada desde el mismo momento en que se solicitó la renuncia en la reunión de la Junta Directiva, por el no apoyo financiero por parte de la Alcaldía, por la aceptación del alcalde en relación con el reconocimiento de pasivos extemporáneos formulados por la EPS ASMET SALUD, por tratarse de un gerente de período fijo, en plena ley de garantías, y por la no cancelación de sus salarios y prestaciones sociales.

Expuso que una renuncia no puede surtir efectos cuando se deduce del escrito de la misma que hay una afectación de la voluntad para el retiro, que está motivada e inducida por hechos ajenos a la voluntad del empleado, y así lo debe considerar el nominador para rechazarla.

Indicó que si la renuncia se produce por motivos ajenos a la libre voluntad del empleado y no surte efectos jurídicos plenos, se deduce que la aceptación de tal renuncia nace viciada de nulidad por corresponder a una decisión sin motivo cierto y, por lo tanto, no consecuente con el buen servicio ni con el interés general.

Aseguró que se encuentra acreditado que hubo conductas y comportamientos inapropiados por parte del alcalde de La Dorada como presidente de la Junta Directiva de la ESE accionada, y de su secretario de salud municipal, según consta en acta aportada, en la que afectaron la dignidad del demandante.

⁵ Páginas 5 a 17 del archivo nº 015 del expediente digital.

Consideró que en este caso no se trató de una simple insinuación de renuncia, sino que, por lo contrario, ésta fue forzada indebidamente, al punto de afectar el fuero interno del empleado de tal manera que su capacidad de decisión se vio truncada y se vio compelido indefectiblemente a renunciar.

Afirmó que la libertad que tiene el nominador para pedir renuncias protocolarias está limitada a los empleados de libre nombramiento y remoción de dirección, confianza y manejo, y no resulta aplicable a los de término fijo.

Manifestó que la Ley 996 de 2005 restringe a los nominadores para modificar la nómina de las plantas de personal de las entidades estatales, cuando se encuentre vigente la ley de garantías; todo lo cual permite inferir que el acto atacado carece de validez.

Explicó que el artículo 112 del Decreto 1950 de 1973 da la facultad a la administración para no aceptar una renuncia cuando considera que existen motivos notorios de conveniencia pública.

Estimó que el acto demandado está viciado de nulidad por falsa motivación, desviación de poder y expedición irregular, por cuanto lo que motivó la aceptación de la renuncia no es lo plasmado allí, sino que existió una finalidad contraria a la moralidad administrativa o al derecho y se profirió con abuso de poder al no tener facultad discrecional para ello.

Acotó que el acto atacado está viciado por falta de competencia del funcionario que lo expidió, por cuanto fue proferido por el alcalde encargado, quien no era el presidente de la Junta Directiva de la ESE Salud Dorada y no tenía atribución para ello en el acto de delegación, y sin previa consulta a dicha junta directiva.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando oportunamente, la entidad accionada contestó la demanda promovida⁶, en los siguientes términos.

Respecto de los hechos, la ESE Salud Dorada tuvo como ciertos unos, otros como falsos, frente a algunos manifestó no constarle lo allí expuesto y, en general, aclaró lo siguiente en relación con los mismos:

⁶ Páginas 1 a 17 del archivo nº 025 del expediente digital.

1. En razón de su cargo como gerente, al demandante le era aplicable el Decreto 999 de 2017, lo que significa que su asignación básica mensual era de \$5'077.308.
2. La renuncia a un cargo gerencial de una ESE, sin perjuicio de que éste sea de período fijo, materializa un propósito personal y voluntario de la persona que desiste del cargo, por lo que, contrario a lo sostenido por el accionante, es discrecional.
3. La ley no prevé que para aceptar la renuncia deba llevarse a cabo el procedimiento que refiere el accionante, máxime si pese a haber motivos notorios de conveniencia, no se retira la renuncia para ser reconsiderada.
4. El pasivo pensional que tenía la ESE se debió a las cuentas pendientes que la EPS ASMET SALUD tenía en contra de Salud Dorada, existiendo un vacío fiscal que ascendía a \$506'964.066, lo que causó preocupación a los miembros de la junta directiva según comité celebrado el 4 de septiembre de 2017, pues se evidenció que hubo falta de diligencia en el recaudo de dichos recursos, ya que sólo después de cuatro períodos presupuestales (años 2013 a 2016), se acudió ante la Superintendencia Nacional de Salud para adelantar la conciliación.
5. No hay respaldo probatorio que brinde certeza de que en la reunión del 4 de septiembre de 2017 el señor alcalde o la Junta Directiva de la ESE le pidieron la renuncia al accionante. De hecho, la manifestación que reprocha el actor la realizó el secretario de salud municipal con base en la omisión y negligencia que se evidenció por parte del accionante para el recaudo de pasivos que estaban prontos a prescribir. La renuncia se presentó dos meses después, lo que sugiere que no hay razón suficiente para inferir que la petición de un solo miembro de la junta directiva se reflejó en el querer de los demás.
6. El señor alcalde de La Dorada, en su calidad de presidente de la Junta Directiva de la ESE Salud Dorada, asumió una carga legal al advertir que los valores adeudados a la entidad no fueron recaudados ni solicitados a las autoridades administrativas dentro del término respectivo, lo que dejaba a la ESE en una incertidumbre financiera, ya que sus recursos provenían de los saldos y las glosas que adeudaba la EPS ASMET SALUD.
7. Es contraproducente hablar de que se sometió al accionante a una carencia de pagos, pues como gerente que era tenía la capacidad

decisoria para atender los pasivos de nómina, diferente es que no hubiese asumido los pasivos totales de la entidad al punto de dejarla en quiebra por la inactividad en la recaudación de recursos.

8. La decisión de renunciar es producto de un acto voluntario del funcionario público, y no existen circunstancias que impongan un límite en la aceptación de su renuncia, o que contradigan la decisión personal aceptada por el presidente de la Junta Directiva de Salud Dorada.
9. La parte actora desconoce la manera en que los estatutos de la ESE definen la participación de los miembros de la junta directiva y las funciones propias del gerente.
10. Sin perjuicio de que sea cierto la posición dominante de la EPS ASMET SALUD, el pasivo fiscal repercute indirectamente en todas las cuentas de la entidad, impidiendo asumir siquiera los costos de la nómina.
11. La decisión personal del accionante no es responsabilidad del señor alcalde municipal, y no existe un procedimiento obligatorio que indique que la renuncia debía ser sometida a la valoración de la junta directiva de la ESE, salvo que por decisión potestativa del presidente de la junta y en caso de notorio motivo de inconveniencia, sometiera a la voluntad de dicho cuerpo colegiado la decisión de solicitarle al funcionario retirar su renuncia, que en caso de ser irrevocable, como lo fue en este caso, debía ser inevitablemente aceptada.
12. Las normas que la parte actora enlista como desconocidas por el acto demandado, así como la jurisprudencia referida, no tienen que ver con el tema objeto de la resolución.
13. El alcalde encargado tiene las mismas facultades delegadas plenamente por el alcalde municipal, lo que significa que tenía competencia para aceptar la renuncia del actor. De igual modo, las demás afirmaciones relacionadas con los supuestos vicios de nulidad, son conjeturas de la parte demandante que no tienen sustento jurídico.
14. La última calificación obtenida por el demandante fue en el año 2016, previo a descubrir el monto del pasivo fiscal que comenzaba a generar graves problemas en el financiamiento del presupuesto de la entidad.

15. La resolución que aceptó la renuncia es un acto de trámite, por lo que no era susceptible de recurso de reposición, conforme al literal d) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los medios exceptivos los que denominó: *“CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO”*, atendiendo el tiempo transcurrido entre la notificación del acto que se demanda y la fecha de presentación de la demanda; *“VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE PRETENDE SU NULIDAD”*, como quiera que se fundamentó en las causales de retiro del servicio público, conforme a lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968, y el literal c) del artículo 29 de la Ley 1551 de 2012; al tiempo que atendió los motivos personales esbozados por el accionante para separarse de su cargo; *“INEXISTENCIA DE FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO”*, con base en que la voluntad del funcionario fue la que respaldó la expedición del acto administrativo, sin que se encuentre probado que la renuncia tenía intereses contrapuestos desde las atribuciones de quien profirió su aceptación; *“COBRO DE LO NO DEBIDO”*, pues no le asiste razón jurídica alguna al restablecimiento que pretende, en la medida en que la renuncia voluntaria crea una ruptura inmediata de la solución de continuidad de los derechos prestacionales del ex funcionario con la entidad; *“PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO”*, por cuanto el acto administrativo se expidió como consecuencia de la exteriorización de la voluntad del demandante, sin que se advirtiera un elemento que impidiera darle trámite a la aceptación de la renuncia, protegiendo la libre espontaneidad del funcionario; y *“GENÉRICA”*, respecto de todo supuesto de hecho que resulte acreditado en el proceso y que constituya una excepción.

Finalmente explicó que la renuncia tiene su desarrollo normativo en la Ley 909 de 2004 y en los Decretos 2400 de 1968 y 1083 de 2015, de los que se extrae que es una de las causales de retiro del servicio, consistente en la manifestación de voluntad del empleado de separarse del cargo del cual es titular, lo que implica que debe ser libre, espontánea, inequívoca y constar por escrito.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁷

⁷ Archivo nº 076 del expediente digital.

Inicialmente indicó que en atención a lo previsto por el artículo 28 de La Ley 1122 de 2007, los gerentes de las ESE no son funcionarios de libre nombramiento y remoción, sino que son nombrados por períodos institucionales de cuatro años, esto es, por un período fijo, mediante concurso de méritos.

Señaló que los resultados de la gestión del demandante en el cargo de gerente dieron lugar a que la Junta Directiva de la ESE Salud Dorada solicitara y apoyara la reelección de aquel como gerente de la entidad.

Manifestó que la renuncia presentada fue provocada, en tanto sobre el actor se ejerció presión y coacción para generar un cambio en sus consideraciones técnica y lograr que accediera al reconocimiento y pago de cuentas irregulares en favor de ASMET Salud.

Expuso que el acto atacado incurre en las siguientes causales de nulidad: **i)** falsa motivación, debido a que la presión ejercida para la obtención, y posterior aceptación de la renuncia no obedeció a motivos de interés general y mejoramiento del servicio público, sino a intereses ajenos a los públicos y a la calidad en la prestación del servicio, como lo es la obtención de unos pagos de unas sumas irregulares e ilegales en favor de un tercero, en este caso ASMET Salud EPS; **ii)** vicios de forma, violación al debido proceso y expedición irregular del acto, en tanto la renuncia debió haber sido aceptada previa la autorización y aprobación de la junta directiva y del alcalde principal y no el encargado; y **iii)** desviación de poder, ya que las presiones que ejercieron para que el demandante renunciara tenían como intención lograr el pago de unas sumas irregulares a la EPS ASMET Salud.

Por lo anterior, solicitó entonces declarar la nulidad del acto atacado y, en consecuencia, acceder a las pretensiones de restablecimiento.

Parte demandada⁸

Explicó que de conformidad con el artículo 28 de La Ley 1122 de 2007, se fijaron reglas para la designación de gerentes de Empresas Sociales del Estado, estableciendo que los períodos en todos los niveles de la administración serían institucionales. Acotó que luego se amplió su duración a cuatro años, a efectos de unificarlos con los períodos del presidente de la república, de los gobernadores y de los alcaldes.

⁸ Archivo n° 075 del expediente digital.

Indicó que la Ley 1791 de 2016 determinó que el nombramiento de gerentes de Empresas Sociales del Estado corresponde al presidente de la república, a los gobernadores y a los alcaldes.

Refirió que para el caso concreto, el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra fue nombrado y posteriormente reelegido por el entonces alcalde de La Dorada; y que al haber presentado renuncia voluntaria a su cargo, el nominador debía aceptarla y lo hizo a través de quien se desempeñaba como secretario de despacho, por haberle conferido a éste facultades *pro tempore*.

Resaltó que el demandante alega que la renuncia fue provocada por un miembro de la junta directiva, pero no por el señor alcalde, quien también hacía las veces de presidente de dicha junta.

Señaló que resulta contradictorio que el demandante asegure que el déficit fiscal de la entidad lo llevó a presentar su renuncia, cuando lo cierto es que él mismo incidió en aquel, con actos tales como la remodelación de su oficina, la mejoría de su imagen o el aumento discrecional de su salario.

Con base en lo expuesto, solicitó que se declare que la entidad accionada no ha vulnerado ningún derecho al demandante y que, en consecuencia, se nieguen las pretensiones y se declaren probadas las excepciones propuestas y cualquier otra que resulte probada a favor del municipio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido el 9 de mayo de 2018⁹ al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, el cual declaró su falta de competencia por razón de la cuantía¹⁰.

Nuevo reparto. Efectuado el nuevo reparto el 10 de agosto de 2018 entre los Magistrados de este Tribunal¹¹, correspondió su conocimiento al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia, al cual fue allegado el 27 de septiembre de 2018¹².

⁹ Página 2 del archivo n° 003 del expediente digital.

¹⁰ Archivo n° 009 del expediente digital.

¹¹ Página 1 del archivo n° 003 del expediente digital.

¹² Archivo n° 012 del expediente digital.

Inadmisión, admisión, contestación y traslado de excepciones. Por auto del 7 de febrero de 2019 se inadmitió la demanda¹³, y al ser corregida¹⁴, fue admitida con auto del 27 de marzo de 2019¹⁵, en el que se precisó que tendría como texto de la demanda el obrante de folios 95 a 118 del expediente, atendiendo las modificaciones introducidas por la parte actora al momento de la corrección. Una vez notificada la demanda, ésta fue contestada oportunamente por la entidad accionada¹⁶, proponiendo excepciones de las cuales se corrió el traslado correspondiente¹⁷, y frente a las que la parte actora se pronunció¹⁸.

Decisión de excepciones previas. En aplicación de lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, mediante auto del 23 de octubre de 2020¹⁹, la Sala de Decisión declaró no probada la excepción de caducidad del medio de control formulada por la ESE Salud Dorada, y difirió la decisión de los restantes medios exceptivos para el momento de proferir sentencia.

Incidente de nulidad. El 25 de febrero de 2021, la parte accionada propuso incidente de nulidad por falta de integración del litisconsorcio necesario²⁰; del cual se corrió traslado a la parte demandante²¹, quien se pronunció al respecto²²; y que fue decidido finalmente con auto del 17 de marzo de 2021²³.

Audiencia inicial. El 15 de abril de 2021 el proceso ingresó a Despacho para fijar fecha para audiencia inicial²⁴, la cual se llevó a cabo el 19 de mayo de 2021²⁵, que finalizó con decreto de pruebas.

Audiencia de pruebas. El 22 de septiembre de 2021 tuvo lugar la audiencia prevista por el CPACA para el recaudo de las pruebas solicitadas y decretadas²⁶.

Alegatos y concepto del Ministerio Público. Considerando innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, el Magistrado Ponente del

¹³ Archivo nº 013 del expediente digital.

¹⁴ Archivo nº 015 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 017 del expediente digital.

¹⁶ Páginas 1 a 17 del archivo nº 025 del expediente digital.

¹⁷ Archivos nº 026 y 027 del expediente digital.

¹⁸ Archivos nº 028 y 029 del expediente digital.

¹⁹ Archivo nº 036 del expediente digital.

²⁰ Archivo nº 039 del expediente digital.

²¹ Archivos nº 040 y 041 del expediente digital.

²² Archivo nº 042 del expediente digital.

²³ Archivo nº 044 del expediente digital.

²⁴ Archivo nº 046 del expediente digital.

²⁵ Archivos nº 051 a 053 del expediente digital.

²⁶ Archivos nº 072 a 074 del expediente digital.

proceso ordenó la presentación de alegatos por escrito. Durante el término conferido, ambas partes se pronunciaron²⁷. El Ministerio Público no emitió concepto.

Paso a Despacho para sentencia. El 14 de octubre de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia²⁸, la que se dicta en seguida atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretende el demandante que por parte de esta Corporación se declare la nulidad de la Resolución n° 1661 del 20 de noviembre de 2017, con la cual el alcalde encargado del Municipio de La Dorada aceptó la renuncia presentada por el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra al cargo de gerente, código 085, grado 13, de la ESE Salud Dorada.

Como consecuencia de tal declaración, solicita el accionante se ordene a la demandada, lo siguiente: **i)** el reintegro sin solución de continuidad, a un cargo igual o de superior categoría al que ocupaba; **ii)** el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde su desvinculación y hasta cuando se produzca el reintegro real y efectivo; **iii)** el pago indexado de los porcentajes de cotización a salud y pensión que debió realizar a los fondos correspondientes durante el período señalado, haciendo los descuentos pertinentes al actor; y **iv)** la indexación de las sumas a que se condene la entidad.

Problema jurídico

Conforme se estableció en la fijación del litigio, el asunto jurídico a resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

- *¿La renuncia presentada por el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra al cargo de gerente, código 085, grado 13, de la ESE Salud Dorada, fue libre, voluntaria y espontánea o, por el contrario, fue provocada por el nominador?*
- *¿El acto administrativo demandado se encuentra viciado de nulidad por haber sido expedido sin competencia, con falsa motivación y con desviación de poder?*

²⁷ Archivos n° 075 y 076 del expediente digital.

²⁸ Archivo n° 077 del expediente digital.

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** procedimiento para el nombramiento de gerente de una Empresa Social del Estado (ESE)²⁹; **iii)** naturaleza del empleo de gerente de una ESE; **iv)** marco normativo de la renuncia del cargo; y **v)** examen del caso concreto, que abarcará los siguientes temas: renuncia provocada, falsa motivación, desviación de poder y expedición irregular, falta de competencia en la expedición del acto atacado y modificación de la planta de personal de la entidad en ley de garantías.

Hipótesis de solución del caso

Para abordar la solución de los problemas jurídicos precisados, la Sala propone una hipótesis según la cual en este proceso la parte actora no demostró que la renuncia presentada al cargo de gerente de la ESE Salud Dorada hubiese sido provocada por la autoridad nominadora, restándole sus efectos jurídicos. Del mismo modo, tampoco se acreditó que el acto que aceptó la dimisión fuera proferido por funcionario incompetente, falsamente motivado, con desviación de poder y de manera irregular.

1. Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

- a) Mediante Decreto n° 0155 del 7 de junio de 2012³⁰, previa realización de un concurso público y abierto de méritos, el alcalde de La Dorada nombró al señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra como gerente de la ESE Salud Dorada, por haber obtenido el puntaje más alto de la terna remitida por la Junta Directiva de la ESE. Se precisó que el período de nombramiento iría desde la fecha de posesión en el cargo hasta el 31 de marzo de 2016.
- b) Con Resolución n° 0030 del 8 de enero de 2016³¹, el alcalde de La Dorada reeligió al señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra como gerente de la ESE Salud Dorada, por el período comprendido entre el 1° de abril de 2016 y el 31 de marzo de 2020. Lo anterior, con fundamento en lo previsto por el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, y por el artículo 11 del Decreto 357 de 2008, y dado que para el caso concreto la Junta Directiva de la ESE propuso la reelección, previa comprobación de los indicadores de evaluación de la gestión, que arrojaron una calificación de 4.47 de 5.

²⁹ En adelante, ESE.

³⁰ Páginas 3 y 2 respectivamente del archivo n° 006 del expediente digital.

³¹ Páginas 4 a 6 del archivo n° 006 del expediente digital.

- c) Según consta en Acta de Posesión n° 031³², el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra se posesionó como gerente de la ESE Salud Dorada el 1º de abril de 2016.
- d) De conformidad con el Acuerdo n° 003 del 1º de septiembre de 2016³³, que actualizó el manual específico de funciones y de competencias laborales de la ESE Salud Dorada, así como su estructura orgánica, entre otras disposiciones, el cargo de gerente hace parte del nivel directivo de la entidad, y está identificado con el código 085, y el grado 13.
- e) En el manual específico de funciones y de competencias laborales de la ESE Salud Dorada³⁴, se precisa que el cargo de gerente tiene como modalidad de vinculación la de período fijo.
- f) El 7 de febrero de 2017, la Junta Directiva de la ESE Salud Dorada se reunió con el fin de tratar, entre otros, la situación actual de la EPS ASMET Salud³⁵. Se observa que sobre el particular, el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra indicó que el 27 de enero de 2017 había tenido una reunión con la EPS ASMET Salud, teniendo en cuenta que ésta no había hecho los giros de enero y febrero, a raíz de unos descuentos que pretendía hacerle a la ESE. Refirió que con posterioridad, la EPS citó a la ESE a una conciliación de cartera de conformidad con la Resolución n° 6066 de 2016, luego de lo cual podían aceptarse o no las glosas e incluso conciliar. Hizo un recuento de las glosas y explicó que las mismas no habían sido aceptadas por la entidad, y que llegaría hasta donde tuviera que llegar, como quiera que la EPS estaba presionando ilegalmente a la ESE para conciliar y realizar los pagos supuestamente debidos. Adujo que había radicado 14 oficios en la EPS, una denuncia ante la Superintendencia Nacional de Salud y una queja ante el Ministerio de Salud.
- g) El 19 de abril de 2017, la Junta Directiva de la ESE Salud Dorada se reunió para socializar el informe de gestión del gerente, elegir un secretario para la calificación, y analizar y calificar la gestión de aquel³⁶.
- h) A través de Acuerdo n° 001 del 19 de abril de 2017³⁷, la Junta Directiva de la ESE Salud Dorada formalizó los resultados de la evaluación realizada a

³² Página 7 del archivo n° 006 del expediente digital.

³³ Páginas 60 a 62 del archivo n° 015 del expediente digital.

³⁴ Páginas 15 y 16 del archivo n° 008 del expediente digital.

³⁵ Páginas 8 a 11 del archivo n° 078 del expediente digital.

³⁶ Páginas 12 a 15 del archivo n° 078 del expediente digital.

³⁷ Páginas 72 a 74 del archivo n° 015 del expediente digital.

la gestión del gerente, señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra, indicando que había recibido una calificación sobresaliente con margen satisfactorio de 4.6, en escala de 1 a 5.

- i) En Acta n° 001 del 16 de junio de 2017³⁸, la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional – Dirección de Inspección y Vigilancia para Entidades Administradoras de Planes de Beneficios se reunió para tratar la depuración de cuentas en relación con la situación de la ESE Salud Dorada y la EPS ASMET Salud.
- j) El 14 de julio de 2017, la Junta Directiva de la ESE Salud Dorada se reunió a efectos de abordar varios temas³⁹, de los cuales se extraen las siguientes anotaciones:
- El señor alcalde de La Dorada indagó al señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra, gerente de la ESE, sobre si se tenía contrato con la EPS ASMET Salud, respondiendo aquel que no, que sólo existían unas cartas de intención y que se estaba prestando el servicio a casi los mismos usuarios de promoción y prevención del año anterior.
 - El señor alcalde cuestionó al gerente, adjudicándole toda la responsabilidad de la situación de iliquidez de la ESE, con fundamento en que no ha asistido a las reuniones de conciliación, tal como se lo informó la gerente Regional Caldas de la EPS ASMET Salud, a lo cual el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra respondió que no es cierto, que la ESE dejó de asistir a tres reuniones de conciliación ya que la EPS no había entregado toda la información necesaria, pese a haberse solicitado mediante derecho de petición.
 - El alcalde preguntó al gerente por la deuda de la ESE con sus trabajadores, a lo que éste informó que tenía 6 meses de atrasos con trabajadores y contratistas, que en lo corrido del año la EPS ASMET Salud sólo había girado 190 millones de aproximadamente 700 millones que debía girar, y que la gerente de la EPS ha manifestado que no sube los giros como medida de presión para lograr la conciliación con la ESE.
 - El alcalde le propuso al gerente pagar la deuda, siempre y cuando se utilice el personal que se contrata para el PIC municipal y para el programa de APS del municipio, con el objeto de disminuir el personal y así racionalizar el gasto; propuesta aceptada por el gerente, acotando que está dispuesto a acatar todas las directrices

³⁸ Páginas 13 a 15 del archivo n° 006 del expediente digital.

³⁹ Páginas 28 a 33 del archivo n° 006 del expediente digital.

del alcalde que lo que buscan es el fortalecimiento de la gestión de la ESE.

- El secretario de salud, señor Rubén Darío Iregui, manifestó no estar de acuerdo con que se le asignen recursos a la ESE, aduciendo que el gerente no ha propuesto soluciones. El alcalde le respondió que sin plata era muy complicado proponer soluciones.

- k) El 1º de septiembre de 2017, el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra remitió al presidente de la Junta Directiva de la ESE Salud Dorada, un resumen técnico del proceso de conciliación con la EPS ASMET Salud y la gestión de cartera durante las vigencias 2013 a 2016⁴⁰.

Se observa que en dicho documento el accionante refirió que los descuentos por metas presuntamente incumplidas durante las vigencias 2013 a 2016, que la EPS ASMET Salud pretendía fueran reconocidos, eran extemporáneos en su mayoría, no reunían los requisitos ni cumplían la normativa vigente para el trámite.

Explicó que luego de acudir a la Superintendencia Nacional de Salud en instancia conciliatoria, la ESE adquirió el compromiso de revisar con la EPS ASMET Salud la información con soportes y todas las objeciones pendientes de conciliar, quedando a la espera de que la EPS hiciera entrega de un proyecto de liquidación de los contratos.

Manifestó que desde febrero a la fecha del memorial, la EPS ASMET Salud no giraba recursos a la ESE por no haber podido llegar a un acuerdo conciliatorio, pese a tener contrato vigente hasta el 31 de diciembre de 2017, lo que constituía una violación del debido proceso y un abuso de posición dominante, que había generado iliquidez para la entidad asumir el pago de sus trabajadores.

- l) El 4 de septiembre de 2017, la Junta Directiva de la ESE Salud Dorada nuevamente se reunió a efectos de analizar y aprobar la conciliación con la EPS ASMET Salud por los años 2013 a 2013⁴¹. De la reunión, se destacan las siguientes anotaciones:

- El señor Jorge Andrés González manifestó que desde hacía tres años se venían realizando múltiples reuniones previas por la situación sumamente crítica de orden financiero de la ESE Salud Dorada, que venía afectando la prestación del servicio. Refirió que con el acompañamiento del señor alcalde y de la Secretaría de Salud

⁴⁰ Páginas 16 a 22 del archivo n° 006 del expediente digital.

⁴¹ Páginas 44 a 48 del archivo n° 015 del expediente digital.

habían llegado a unos acuerdos en el proceso de conciliación de los 4 años que se estaban dirimiendo, en cumplimiento del compromiso adquirido ante la Superintendencia Nacional de Salud de conciliar. Explicó que la EPS ASMET Salud se comprometía a continuar la contratación de servicios de promoción y prevención para vigencias futuras, tan pronto como la ESE Salud Dorada cumpliera con la integralidad para la prestación de servicios de baja complejidad. Indicó que se proponía entonces someter a consideración las actas de conciliación para las vigencias 2013 a 2016.

- El señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra manifestó que debía ser la junta directiva la que aprobara o no la conciliación antes de firmar. Refirió que lo que se buscaba era el fortalecimiento de la ESE Salud Dorada; que el hecho que la EPS ASMET Salud tuviera el 83% de los usuarios del régimen subsidiado, hacía que entidades como la ESE Salud Dorada tuviera una dependencia económica de la EPS; y que lo que se buscaba era destrabar el proceso para que la ESE volviera a la normalidad ante la situación crítica que tenía, garantizándole su flujo de caja para poder cumplir sus obligaciones.
- El presidente de la junta directiva, señor Diego Pineda Álvarez, expuso que era demasiado importante llegar a la conciliación, la que se venía tratando de hacer hacía varias semanas o meses, en aras de una buena terminación del momento de coyuntura por el que atravesaba la ESE Salud Dorada y que la había llevado a un estatus financiero en alto riesgo. Afirmó que después de analizar con la EPS ASMET Salud la posibilidad de llegar a acuerdos definitivos de descuentos en algunas cuentas de los años 2013 a 2016, se veían en la necesidad de conciliar para poder volver a un estado financiero sano y ser una empresa viable financieramente. Adujo que la conciliación se hacía previendo un alto riesgo financiero de la ESE.
- El secretario de salud, señor Rubén Darío Iregui González manifestó que la conciliación se estaba haciendo sobre los años 2013 a 2016, frente a procesos administrativos que tuvieron inconvenientes para la liquidación de los contratos. Solicitó al señor alcalde la renuncia del gerente de la ESE, con fundamento en que se debían asumir responsabilidades administrativas, pues no era comprensible que después de tener unos rendimientos, estuvieran aceptando una conciliación para no cerrar la ESE por temas financieros originados en la parte administrativa.
- Finalmente, el alcalde y presidente de la junta puso a consideración de la junta directiva las actas de conciliación, las cuales fueron aprobadas por unanimidad.

- m) Con Resolución n° 1645 del 16 de noviembre de 2017⁴², el alcalde de La Dorada encargó al secretario general y administrativo, señor Giovanni Giraldo Ascanio, para que ejerciera transitoriamente las funciones de alcalde municipal, habida cuenta que para el 20 de noviembre, el titular debía realizar gestiones del municipio en la ciudad de Manizales.
- n) El 17 de noviembre de 2017, el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra presentó ante el alcalde de La Dorada, renuncia al cargo de gerente de la ESE Salud Dorada, con efectos a partir de la respectiva aceptación⁴³, sustentada en lo siguiente:

Me asiste la no interacción de manera coordinada y armónica en el reconocimiento de los pasivos de vigencias expiradas a favor de la EPS Asmet Salud (2013, 2014, 2015 y 2016), reclamaciones que se encontraban extemporáneas, además de la limitación en la autonomía frente a las decisiones que debo mantener como Gerente ante las distintas situaciones administrativas de la ESE Salud Dorada.

Ante la situación de iliquidez transitoria por la que atraviesa la ESE, los ingentes esfuerzos por la sostenibilidad financiera que se habían obtenido y por lo cual en años anteriores habían posicionado a la ESE Salud Dorada en el primer puesto del Departamento de Caldas, reconocimiento hecho por la Oficina Financiera de la Dirección Territorial de Caldas en cabeza de la Doctora Gloria Patricia Valencia, se han desvanecido al no obtener apoyos financieros oportunos, que son viables y legales y hubiesen podido mitigar este desequilibrio momentáneo por el no pago de la EPS Asmet Salud de quien se obtiene el ochenta y tres (83) por ciento de los ingresos, por lo que he tomado esta decisión que permite asigne usted esta responsabilidad a una persona de su total confianza, en beneficio de la ESE Salud Dorada.

Quiero por ultimo (sic) expresar mis agradecimientos por la oportunidad de haberlo acompañado en este tiempo y desearle éxitos en su gestión como mandatario de este prospero (sic) municipio y deseando se den los alivios financieros necesarios para fortalecer a la ESE Salud Dorada que es patrimonio de todos los doradenses, haciendo extensivo mis agradecimientos a todos los miembros de la Honorable Junta Directiva.

Quedo a su entera disposición en todo lo que considere pueda ser útil en beneficio de su gestión como mandatario local o de lo ESE Salud Dorada.

- o) Por Resolución n° 1661 del 20 de noviembre de 2017⁴⁴, el alcalde encargado de La Dorada aceptó la renuncia presentada por el señor

⁴² Página 42 del archivo n° 078 del expediente digital.

⁴³ Páginas 8 y 9 del archivo n° 006 del expediente digital.

⁴⁴ Páginas 10 y 11 del archivo n° 006 del expediente digital.

Rodrigo Alberto Fortich Abisambra como gerente de la ESE Salud Dorada, por el período comprendido entre el 1º de abril de 2016 y el 31 de marzo de 2020. Lo anterior, con fundamento en lo previsto por el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, y por el artículo 11 del Decreto 357 de 2008, y dado que para el caso concreto la Junta Directiva de la ESE propuso la reelección, previa comprobación de los indicadores de evaluación de la gestión, que arrojaron una calificación de 4.47 de 5.

- p) A través de Resolución n° 077 del 21 de noviembre de 2017⁴⁵, el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra, actuando como gerente de la ESE Salud Dorada, se reconoció a sí mismo el valor de \$33'899.323 por concepto de cesantías definitivas causadas y adeudadas a la fecha de retiro.
- q) Mediante Resolución n° 078 del 21 de noviembre de 2017⁴⁶, el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra, actuando como gerente de la ESE Salud Dorada, se reconoció a sí mismo el valor de \$118'593.697 por concepto de prestaciones sociales adeudadas a la fecha de retiro.
- r) El 22 de noviembre de 2017, el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra fue notificado del contenido de la Resolución n° 1661 del 20 de noviembre de 2017⁴⁷.
- s) Con Acuerdo n° 02 del 23 de noviembre de 2017⁴⁸, el alcalde de La Dorada, actuando en su condición de presidente de la Junta Directiva de la ESE Salud Dorada, nombró provisionalmente al señor Wilson Rodríguez Sanjuanelo como gerente de la ESE, a partir de la fecha de expedición del acto, teniendo en cuenta la renuncia presentada por el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra.
- t) Por Decreto n° 157 del 7 de diciembre de 2017⁴⁹, previa la evaluación de competencias para el cargo de que trata el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, el alcalde de La Dorada nombró al señor Javier Esneyder Murillo Bejarano como gerente de la ESE Salud Dorada, hasta la finalización del período constitucional del nominador, esto es, hasta el 31 de marzo de 2020.

⁴⁵ Páginas 1 y 2 del archivo n° 008 del expediente digital.

⁴⁶ Páginas 3 a 5 del archivo n° 008 del expediente digital.

⁴⁷ Página 12 del archivo n° 006 del expediente digital.

⁴⁸ Páginas 6 y 7 del archivo n° 078 del expediente digital.

⁴⁹ Páginas 17 a 19 del archivo n° 008 del expediente digital.

Se dejó constancia que con el referido nombramiento se daba por terminado el efectuado de manera provisional al señor Wilson Rodríguez Sanjuanelo, a partir de la fecha de posesión del empleado nombrado.

- u) Según consta en Acta de Posesión n° 056⁵⁰, el señor Javier Esneyder Murillo Bejarano se posesionó como gerente de la ESE Salud Dorada el 12 de diciembre de 2017.
- v) Durante el trámite del proceso se recibió interrogatorio de parte, así como declaraciones, de todo lo cual se extrae lo que se indica en seguida:
 - Interrogatorio de parte del señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra⁵¹:
 - Fungió como gerente del 19 de julio de 2012 al 31 de marzo de 2016 y, como fue reelegido, continuaba del 1° de abril de 2016 al 31 de marzo de 2020, pero su renuncia fue aceptada el 22 de noviembre de 2017, esto es, antes de vencerse el período.
 - La EPS ASMET Salud representaba el 82% de los ingresos de la ESE Salud Dorada. Hubo una dificultad con una conciliación que indujo la renuncia por la intervención del alcalde de la época. La renuncia no fue por los problemas financieros de la ESE, sino por la falta de coordinación en el manejo de los pasivos con la alcaldía.
 - No recuerda su salario.
 - La renuncia fue provocada por la presión del alcalde y del secretario de salud, ya que incluso en una reunión de junta directiva le pidieron su renuncia.
 - El secretario de salud fue quien le pidió la renuncia en la junta directiva del 4 de septiembre de 2017 en presencia del alcalde y éste guardó silencio ante la petición que había hecho su subalterno.
 - Al desvincularse de la ESE, no le cancelaron ninguna prestación social ni los salarios adeudados de 11 meses.
 - Al momento de su retiro, dictó los actos administrativos con los cuales reconoció todos sus salarios y prestaciones, pero no se dio el pago porque los actos fueron expedidos el día antes de su salida y la ESE no tenía dinero en caja para hacerlo.
 - Cuando manifestó en su renuncia que ésta se daba por *“(…) la no interacción de manera coordinada y armónica en el reconocimiento de pasivos”*, se refería a que el alcalde quería que

⁵⁰ Página 20 del archivo n° 008 del expediente digital.

⁵¹ Minuto 13:36 a 37:36 del archivo n° 073 del expediente digital.

se hiciera una aceptación de unos descuentos a la ESE, con lo cual el accionante no estaba de acuerdo, porque las reclamaciones de la EPS ASMET Salud eran extemporáneas y no habían cumplido los requisitos de ley. El alcalde le quiso imponer que había que aceptar los descuentos. El actor fue muy claro en su posición y eso fue lo que lo hizo renunciar. Fue el mismo alcalde el que citó a una reunión para conciliar; ni siquiera lo hizo la EPS ni la ESE.

- No se incrementó su salario, sino lo hizo la junta directiva conforme a los aumentos anuales de ley.
- El alcalde no le solicitó expresamente la renuncia, pero fue en presencia de aquel que se la solicitaron y éste guardó silencio.
- Al momento de su retiro, no estaba solucionado el tema de pago a trabajadores, justamente por el tema de la conciliación con la EPS ASMET Salud, quien había suspendido los pagos.

■ Testimonio del señor Jorge Andrés González Rojas⁵²:

- Enfermero de profesión, especializado en auditoría en salud.
- Conoció al demandante en el año 2014 cuando el testigo laboraba en la EPS ASMET Salud.
- Para esa época el actor era el gerente de la ESE Salud Dorada y el testigo era quien realizaba auditorías a las IPS.
- Trabajó para la ESE Salud Dorada desde el año 2014 hasta el 2018. Inicialmente fue vinculado como auditor con contrato de prestación de servicios, y a partir del segundo año hasta finalizar, se encontraba en un cargo de planta, de nómina.
- Cuando empezó a laborar, el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra se desempeñaba como gerente de la ESE, pero cuando el testigo terminó su relación laboral con la entidad, el actor ya no estaba vinculado a ésta.
- Entre los años 2017 y 2018 la ESE Salud Dorada estaba en una situación crítica en la parte financiera, porque no recibían recursos por parte de la EPS ASMET Salud, con quien tenía un contrato principal que era el que le permitía la sostenibilidad financiera.
- La EPS ASMET Salud empezó a ser muy restrictiva con la IPS en el cumplimiento contractual. Había varios años acumulados de contratos no liquidados, y según manifestaba la EPS, la ESE le adeudaba una enorme suma de dinero (superior a los mil millones), por lo que aquella empezó a restringirle los pagos como parte de la deuda.

⁵² Minuto 39:13 a 1:20:15 del archivo nº 073 del expediente digital.

- Se involucró a la alcaldía y el alcalde trató de ser facilitador entre la EPS y la IPS, pero hubo un choque entre la alcaldía, la EPS y la ESE, porque ésta no estaba de acuerdo con los descuentos tan grandes que se les estaban haciendo, y el alcalde quería que se firmaran rápidamente las actas para que se pudieran retomar los giros.
- El testigo hacía parte de la junta directiva de la ESE Salud Dorada como representante de los trabajadores. En las reuniones de dicha junta se sentía la presión para que la IPS firmara las actas para el descuento.
- Cree que la renuncia del actor se debió a las dificultades que tenía con el alcalde y con el secretario de salud del momento, pues estos tenían una posición muy radical de la situación que estaba viviendo la ESE, no entendían el proceso que ésta había realizado internamente. La ESE no quería firmar las actas de aceptación del monto adeudado porque querían acudir a acciones judiciales, pero el alcalde y el secretario no querían eso, sino que se firmara rápido y se empezara a descontar la plata, no querían ningún problema jurídico.
- Cree que el actor se sintió presionado por la alcaldía y renunció, porque prácticamente todas las decisiones las adoptaba el alcalde. La ESE no tenía autonomía.
- La ESE declaró insubsistente al testigo y éste tiene un proceso conciliatorio con aquella. No ha iniciado formalmente una demanda.
- Entiende que el actor había ganado concurso para la gerencia y que luego podía ser reelegido por 4 años adicionales por calificación, y así se dio. Sabe que obtuvo una buena calificación, porque ello se discutió en junta directiva, pero no recuerda de cuánto.
- La alcaldía se había ofrecido a suministrarle a la ESE un dinero para asumir una parte de la deuda, pero nunca recibieron los recursos.
- Estuvo en reunión de la junta directiva de septiembre de 2017, y escuchó que se le solicitó la renuncia al demandante. No recuerda si fue el alcalde o el secretario de salud, pero fue uno de los dos. Previamente también le decían que renunciara.
- El actor le comentaba que renunció porque no tenía poder de decisión.
- El actor no le comentó que el alcalde u otro servidor le hubiera pedido la renuncia.

- Declaración del señor Ricardo Penagos Oliveros⁵³:
 - Conoce al señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra desde cuando éste fue gerente de la ESE Salud Dorada.
 - Cuando el actor llegó a la ESE, el testigo ocupaba el cargo de director financiero.
 - Es amigo del demandante, pero no íntimo, sino dentro de la relación laboral que tuvieron.
 - El testigo tiene un proceso judicial contra la ESE, porque no le pagaron su liquidación.
 - Hasta donde sabe, hubo un problema financiero con la EPS ASMET Salud, que ocasionó que en la junta directiva se analizara el tema y querían que se reconociera el dinero, pero el gerente decía que no. Ante ese desacuerdo, al ver la presión, cree el testigo, presume, que fue lo que ocasionó la renuncia.
 - Cree que el demandante tomó la decisión bajo presión, porque la relación estaba muy álgida entre el alcalde y el secretario de salud del momento.
 - No le consta pero percibió que eso fue lo que pasó.
 - Cree que el actor fue presionado por las circunstancias pero no por una persona.
 - El testigo no era miembro de la junta directiva, sólo conversaba con el actor, entonces no le consta que hubo una persona en particular que lo presionara para renunciar.
 - La ESE Salud Dorada quedó debiendo sueldos, incluso al accionante.
 - La junta directiva estaba desesperada por llegar a un acuerdo con la EPS ASMET Salud.
 - No puede aseverar que al accionante le dijeron que renunciara.
 - El actor le comentó que no llegaba a acuerdos con el secretario de salud y el alcalde, y que éstos querían que se tomaran decisiones o se aceptaran acuerdos que no se podían aceptar.
 - No recuerda que el accionante le hubiera contado que le hubiesen pedido la renuncia.
 - El actor estuvo en la ESE Salud Dorada desde el 2012 hasta el 2016 más o menos. Estuvo un período completo y parte del segundo período.
 - El accionante había sido nombrado por resolución y previo concurso.
 - No recuerda si en su condición de director financiero expidió CDP para asumir los pagos de las resoluciones de liquidación del actor.

⁵³ Minuto 20:25 a 55:02 del archivo nº 074 del expediente digital.

2. Procedimiento para el nombramiento de gerente de una ESE

Con la expedición de la Ley 100 de 1993⁵⁴ se permitió la prestación del servicio de salud a través de las llamadas ESE, las cuales fueron concebidas como 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 la citada norma (artículo 194).

Dentro de ese régimen jurídico se previó que las ESE tendrían una junta o consejo directivo y un director o representante legal (artículo 195 de la Ley 100 de 1993).

Frente a ese director o gerente, quien funge como representante legal de las ESE, la Ley 100 de 1993 consagró que sería designado conforme al artículo 192, el cual establece lo siguiente:

ARTÍCULO 192. DIRECCIÓN DE LOS HOSPITALES PÚBLICOS. *Los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional, de terna que le presente la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por períodos mínimos de tres (3) años prorrogables. Sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa.*

PARÁGRAFO 1o. *Esta norma entrará en vigencia a partir del 31 de marzo de 1995.*

PARÁGRAFO 2o. *Los directores de hospitales del sector público o de las empresas sociales del estado se regirán en materia salarial por un régimen especial que reglamentará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente Ley, teniendo en cuenta el nivel de complejidad y el presupuesto del respectivo hospital.*

Con la Ley 1122 de 2007⁵⁵, se introdujo un cambio en la designación de los gerentes, como quiera que ésta se sometió a un previo concurso de méritos del cual se conformaría la terna, se incrementó el período institucional y se consagró la posibilidad de reelección por una sola vez, así:

⁵⁴ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

⁵⁵ "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

ARTÍCULO 28. DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos.

En caso de vacancia absoluta del gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del gerente seleccionado culminará al vencimiento del período institucional. Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo período, el Presidente de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los Gerentes de las ESE de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo período de tres años termina durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008.

Los gerentes de las ESE nacionales que sean elegidos por concurso de méritos o reelegidos hasta el 31 de diciembre de 2007, culminarán su período el 6 de noviembre de 2010. Cuando se produzcan cambios de gerente durante este período, su nombramiento no podrá superar el 6 de noviembre de 2010 y estarán sujetos al cumplimiento de los reglamentos que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Para el caso de los gerentes de las ESE Departamentales, Distritales o Municipales que a la vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos, quienes los reemplacen para la culminación del período de cuatro años determinado en esta ley, serán nombrados por concurso de méritos por un período que culminará el 31 de marzo de 2012. Todos los gerentes de las ESE departamentales, distritales o municipales iniciarán períodos iguales el 1o de abril de 2012 y todos los gerentes de las ESE nacionales iniciarán períodos iguales el 7 de noviembre de 2010.

En sentencia C-181 de 2010, la Corte Constitucional declaró exequible un aparte demandado de la citada norma, en el entendimiento que la terna

debía ser conformada por los concursantes que hubieran obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; que el nominador de cada ESE debía designar en el cargo de gerente a quien hubiese alcanzado el más alto puntaje; y que el resto de la terna operaría como un listado de elegibles, de modo que cuando no fuera posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador tendría que nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero.

El citado artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 fue reglamentado a través del Decreto 800 de 2008⁵⁶, el cual previó que el concurso de méritos público y abierto que debía adelantar la junta directiva de las respectivas ESE, se realizaría por intermedio de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o éstas asociadas con entidades especializadas en procesos de selección de personal para cargos de alta gerencia, que se encontraran debidamente acreditadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil (artículo 2).

El decreto reglamentario precisó que en el concurso de méritos público y abierto debían aplicarse pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos y las aptitudes, a fin de determinar que el aspirante es idóneo para el desempeño del cargo (artículo 3), así como los principios de igualdad, moralidad, eficacia, objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad y cumplir los estándares mínimos establecidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), entidad que prestaría la asesoría que fuere necesaria (artículo 5).

Para ese entonces, porque luego fue modificado por el artículo 13 del Decreto 2993 de 2011, la terna debía estar integrada con cinco aspirantes como mínimo, al punto de imponer que debían realizarse tantos concursos como fuera necesario hasta obtener ese número de candidatos (artículo 4).

La Ley 1438 de 2011⁵⁷ se expidió, entre otros propósitos, con el de crear un programa para fortalecer las ESE (artículo 69); y sobre la elección de los gerentes, dispuso:

ARTÍCULO 72. ELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE DIRECTORES O GERENTES DE HOSPITALES. *La Junta Directiva de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá aprobar el plan de gestión para ser ejecutado por el Director o Gerente de la entidad, durante el período para el cual ha sido designado y respecto del cual dicho funcionario deberá ser evaluado. Dicho plan contendrá, entre otros aspectos, las metas de gestión y resultados relacionados*

⁵⁶ "por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007".

⁵⁷ "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

con la viabilidad financiera, la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios, y las metas y compromisos incluidos en convenios suscritos con la Nación o con la entidad territorial si los hubiere, y el reporte de información a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de la Protección Social. El plan de gestión deberá ajustarse a las condiciones y metodología que defina el Ministerio de la Protección Social. La evaluación insatisfactoria de dichos planes será causal de retiro del servicio del Director o Gerente para lo cual se deberá adelantar el proceso que establezca en la presente ley. En caso de que el cargo de Director o Gerente de una Empresa Social del Estado esté vacante a más tardar dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes se iniciará un proceso de concurso público para su elección.

La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continuará con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero.

El Decreto 780 de 2016⁵⁸ compiló las normas de carácter reglamentario que rigen el sector salud, a fin de que se tuviera un instrumento jurídico único. En ese entendimiento, integró varios aspectos normativos en relación con las ESE.

Posteriormente, se expidió la Ley 1797 de 2016⁵⁹, la cual implicó una modificación sustancial en lo que respecta al nombramiento del gerente por concurso de méritos, las ternas y la figura de la reelección por evaluación, al contemplar lo siguiente:

ARTÍCULO 20. NOMBRAMIENTO DE GERENTES O DIRECTORES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. *Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos*

⁵⁸ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social".

⁵⁹ "Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, solo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos.*

Los procesos de concurso que al momento de entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren en etapa de convocatoria abierta o en cualquiera de las etapas subsiguientes continuarán hasta su culminación y el nombramiento del Gerente o Director recaerá en el Integrante de la terna que haya obtenido el primer lugar, el nominador deberá proceder al nombramiento en los términos del artículo 72 de la Ley 1438 de 2011. En el evento que el concurso culmine con la declaratoria de desierto o no se integre la terna, el nombramiento se efectuará en los términos señalados en el primer inciso del presente artículo.

Del mismo modo, en los casos en que la entrada en vigencia de la presente ley, no se presente ninguna de las situaciones referidas en el inciso anterior, el jefe de la respectiva Entidad Territorial o el Presidente de la República procederá al nombramiento de los Gerentes o Directores dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, en los términos señalados en el presente artículo.

El citado artículo 20 fue reglamentado por el Decreto 1427 de 2016⁶⁰ y, además, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-046 de 2018.

3. Naturaleza del empleo de gerente de una ESE

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶¹ y de la Corte Constitucional⁶², el empleo público de gerente de una ESE, es considerado

⁶⁰ "Por medio del cual se reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y se sustituyen las secciones 5 y 6 del Capítulo 8 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social".

⁶¹ Al respecto, pueden consultarse las siguientes providencias del Consejo de Estado: **i)** del 1º de marzo de 2023 (Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Fredy Ibarra Martínez, radicación número: 25000-23-26-000-2010-00577-03(59.949)); **ii)** del 9 de junio de 2022 (Sección Quinta, Consejero Ponente: Dr. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación número: 47001-23-33-000-2022-00034-01); **iii)** del 9 de septiembre de 2021 (Sección Quinta, Consejero Ponente: Dr. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación número: 54001-23-33-000-2020-00470-01); **iv)** del 17 de agosto de

de naturaleza especial o *sui generis*, ya que, de un lado, constituye un cargo de confianza, pues maneja políticas públicas relacionadas con la prestación del servicio de salud, y tiene asignadas funciones directivas, de conducción o manejo institucional, lo que permite su catalogación como de libre nombramiento y remoción, y de otro, es de período fijo, pues supone un tiempo para su ejercicio, sin que pueda ser retirado del mismo sin haber transcurrido el término fijado por la ley, salvo cuando operan causales expresamente fijadas por el ordenamiento jurídico, que normalmente devienen de sanciones judiciales o administrativas.

En efecto, en sentencia C-046 de 2018, la Corte Constitucional expuso lo siguiente en relación con la naturaleza de este empleo:

Del amplio recuento normativo y jurisprudencial acerca del cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado, se tiene que desde su creación se determinó que este cargo tenía dos características principales: (i) la naturaleza de libre nombramiento y remoción; y (ii) el periodo fijo. Esas dos características cumplen con dos de los criterios que escapan a la carrera administrativa, uno constitucional y el segundo de orden legal, en la medida en que la Ley 909 de 2004 establece, en su artículo 5°, que los cargos de periodo fijo no son de carrera. En este sentido, desde la Ley 100 de 1993 hasta la disposición que ahora se revisa se ha mantenido la misma naturaleza, sin que se hubiesen dado cambios en ese aspecto, lo cual se verifica en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016.

Al margen de lo anterior, se ha reconocido que el cargo de director o gerente de las ESE es sui generis. Lo precedente por dos motivos, primero, porque como cargo de libre nombramiento y remoción no ha ostentado ni lo hace ahora, todas las características de ese tipo de designación, toda vez que su remoción no opera como una facultad discrecional del nominador, sino que está sujeta a una estabilidad limitada, en relación con el periodo fijo y, en el régimen anterior a la posibilidad de una sola reelección. En el actual, se reviven las evaluaciones de desempeño y consideraciones disciplinarias como causales explícitas de remoción, para que las mismas procedan con fundamento en un debido proceso. Segundo, porque en el pasado su acceso estuvo mediado por el concurso de méritos bajo la regla de que era posible para el Legislador determinar que un cargo de la naturaleza mencionada se dotara mediante concurso de méritos, pero que en ese escenario debían respetarse todas las prerrogativas de tal mecanismo.

(...)

2017 (Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación número: 15001-23-33-000-2013-00846-02(3819-16)); y v) del 27 de abril de 2015 (Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, radicación número: 54001-23-31-000-2009-00046-01(0077-14)).

⁶² Sentencia C-046 de 2018.

(...) el cargo cumple con los criterios establecidos por la jurisprudencia para definirse como de libre nombramiento y remoción, pues tiene: (i) fundamento legal; (ii) responde al principio de razón suficiente; y (iii) su ejercicio exige confianza plena y total, e implica decisiones políticas y, por lo tanto, al cumplir con los criterios objetivos, subjetivo y orgánico, no desborda los límites impuestos por el principio de la carrera administrativa como regla general que admite excepciones. En primer lugar, tiene fundamento legal, toda vez que el cargo que reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 en su forma genérica fue determinado por el artículo 5° de la Ley 909 de 2004 como de libre nombramiento y remoción además de que el artículo 20 de la Ley 1797 también es de orden legal. La norma de la Ley 909 de 2004 señala que se exceptúan de la carrera administrativa los cargos de “dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices”, dentro de los cuales sitúa a los directores o gerentes de la administración descentralizada. Igualmente, delimita como exceptuados 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”. De esta forma, dos disposiciones legales permiten la excepción a la carrera administrativa. Por ello, cumple con el criterio objetivo ya que cuando se trata de funciones directivas, de conducción o manejo institucional es posible catalogar el cargo como de libre nombramiento y remoción.

En segundo lugar, cumple con el criterio orgánico, al considerar el nivel jerárquico que ocupa dentro de la estructura de la entidad, es decir, tiene en consideración que se trata de la cabeza de la entidad, es decir, no se trata de cualquier empleado público dentro de la misma, sino del cargo que reviste las funciones de su dirección. En tercer lugar, cumple con el criterio subjetivo, por tratarse de un cargo que requiere de confianza, al manejar y conducir políticas públicas y en especial la prestación del servicio de salud, que es de las responsabilidades más sensibles que tiene el Ejecutivo. Finalmente, no se trata de un cargo en el que se ejercen funciones administrativas, ejecutivas o subalternas como se precisará a continuación.

En cuanto a los dos últimos criterios reseñados cabe destacar que el Decreto 1876 de 1994, que reglamenta los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993, regula las Empresas Sociales del Estado y señala que los gerentes o directores son empleados públicos de periodo fijo. La misma normativa también establece que las ESE son “una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las asambleas o concejos”. Específicamente, respecto a su estructura en el nivel directivo indica que las

ESE están conformadas por una Junta Directiva⁶³ y un gerente o director, quien tiene a su cargo “mantener la unidad de objetivos e intereses de la organización en torno a la Misión y Objetivos institucionales; identificar las necesidades esenciales y las expectativas de los usuarios, determinar los mercados a atender, definir la estrategia del servicio, asignar recursos, adoptar y adaptar normas de eficiencia y calidad controlando su aplicación en la gestión institucional, sin perjuicio de las demás funciones de dirección que exija el normal desenvolvimiento de la entidad”⁶⁴.

4. Marco normativo de la renuncia del cargo

El artículo 26 de la Constitución Política prevé que *“Toda persona es libre de escoger profesión u oficio”*.

En relación con la libre disposición para renunciar a un empleo público, el artículo 27 del Decreto Ley 2400 de 1968⁶⁵, establece:

⁶³ Cita de cita: Decreto 1876 de 1994. Artículo 11º.- *“Funciones de la Junta Directiva. Sin perjuicio de las funciones asignadas a las Juntas Directivas por ley, Decreto, Ordenanza o Acuerdo u otras disposiciones legales, ésta tendrá las siguientes:*

1. *Expedir, adicionar y reformar el Estatuto Interno.*
2. *Discutir y aprobar los Planes de Desarrollo de la Empresa social.*
3. *Aprobar los Planes Operativos Anuales.*
4. *Analizar y aprobar el proyecto de presupuesto anual, de acuerdo con el Plan de Desarrollo y el Plan Operativo para la vigencia.*
5. *Aprobar las modificaciones de tarifas y cuotas de recuperación que proponga el Director o Gerente, para ajustarse a las políticas tarifarias establecidas por las autoridades competentes en el sistema general de seguridad social en salud, en sus distintos órdenes.*
6. *Aprobar la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por la autoridad competente.*
7. *Aprobar los Manuales de Funciones y Procedimientos, para su posterior adopción por la autoridad competente.*
8. *Establecer y modificar el Reglamento Interno de la Empresa Social.*
9. *Analizar los Informes Financieros y los informes de ejecución presupuestal presentados por el Gerente y emitir concepto sobre los mismos y sugerencias para mejorar el desempeño institucional.*
10. *Supervisar el cumplimiento de los planes y programas definidos para la Empresa Social.*
11. *Servir de voceros de la Empresa Social ante las instancias político-administrativas correspondientes y ante los diferentes niveles de Dirección del Sistema de Salud, apoyando la labor del Gerente en este sentido.*
12. *Asesorar al Gerente en los aspectos que este considere pertinente o en los asuntos que a juicio de la Junta lo ameriten.*
13. *Diseñar la política, de conformidad con las disposiciones legales, para la suscripción de los Contratos de Integración Docente Asistencial por el Gerente de la Empresa Social.*
14. *Elaborar terna para la designación del responsable de la Unidad de Control Interno.*
15. *Fijar honorarios para el Revisor Fiscal.*
16. *Determinar la estructura orgánica-funcional de la entidad, y someterla para su aprobación ante la autoridad competente.*
17. *Elaborar terna de candidatos para presentar al Jefe del al respectiva Entidad Territorial para la designación del Director o Gerente”.*

⁶⁴ Cita de cita: Decreto 1876 de 1994. Artículo 5.

⁶⁵ *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.*

ARTÍCULO 27. *Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente. La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio.*

La providencia por medio de la cual se acepte la renuncia deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono del cargo. La fecha que se determine para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en el abandono del empleo.

Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualquier (sic) otras circunstancias pongan con anticipación en menos del Jefe del organismo la suerte del empleado.

Cuando el empleado estuviere inscrito en el escalafón, la renuncia del cargo conlleva la renuncia a su situación dentro de la carrera respectiva.

Las disposiciones que reglamentaron este tema y que estaban contenidas en los artículos 110 a 115 del Decreto 1950 de 1973⁶⁶, fueron derogadas por el Decreto 1083 de 2015⁶⁷, el cual señaló lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.11.1.3 RENUNCIA. *Toda persona que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente en cualquier tiempo.*

La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, de forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio.

Si la autoridad competente creyere que hay motivos notorios de conveniencia pública para no aceptar la renuncia, deberá solicitar el retiro de ella, pero si el renunciante insiste deberá aceptarla.

La renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable.

Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito, y en el acto administrativo correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.

⁶⁶ "Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil".

⁶⁷ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el servidor dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, caso en el cual se generará automáticamente la vacancia definitiva del mismo, o continuar en el desempeño del empleo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno.

La competencia para aceptar renunciaciones corresponde al jefe del organismo o al empleado en quien éste haya delegado la función nominadora.

Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor las renunciaciones en blanco, o sin fecha determinada, o que mediante cualquiera otra circunstancia pongan con anticipación en manos de la autoridad nominadora la suerte del empleado.

La presentación o la aceptación de una renuncia no constituyen obstáculo para ejercer la acción disciplinaria en razón de hechos que no hubieren sido revelados a la administración, sino con posterioridad a tales circunstancias.

Tampoco interrumpen la acción disciplinaria ni la fijación de la sanción.

A su turno, la Ley 909 de 2004⁶⁸ prevé la renuncia regularmente aceptada como causal de retiro de la función pública de los empleos tanto de libre nombramiento y remoción, como los de carrera administrativa.

Igual previsión hizo el numeral 3 del artículo 2.2.11.1.1 del Decreto 648 de 2017⁶⁹, en lo que respecta a las causales de retiro del servicio.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷⁰ ha sostenido que la renuncia a un cargo público debe ser el resultado de una manifestación escrita e inequívoca del funcionario de cesar en el ejercicio del cargo que desempeña, de tal suerte que dicho acto formal debe reflejar su voluntad indiscutible de retirarse del empleo, esto es, una expresión de la voluntad consciente y ajena a todo vicio de fuerza, presión, coacción o

⁶⁸ "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

⁶⁹ "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública".

⁷⁰ Al respecto, pueden consultarse las siguientes providencias: **i)** del 28 de septiembre de 2023 (Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación número: 25000-23-42-000-2014-01432-01(1386-2017)); **ii)** del 4 de agosto de 2022 (Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés, radicación número: 25000-23-42-000-2016-05644-01(3392-2018)); **iii)** del 14 de julio de 2016 (Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación número: 15001-23-31-000-2012-00206-01(2723-15)); **iv)** del 20 de octubre de 2014 (Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Olga Mérida Valle de De La Hoz, radicación número: 15001-23-31-000-2012-00206-01(2723-15)); y **v)** del 7 de febrero de 2013 (Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, radicación número: 68001-23-31-000-2001-03202-01(1546-10)).

engaño, pues de lo contrario, se entenderá que se trata de una renuncia provocada y no tendrá efectos legales la dimisión.

Debe precisarse que, como igualmente ha tenido oportunidad de señalarlo la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷¹, tratándose de cargos de alto nivel, de libre nombramiento y remoción, la insinuación o solicitud de la presentación de la renuncia no se considera ilegal, pues ello se acostumbra a realizar por la administración no sólo como un acto de cortesía para no hacer uso de la facultad discrecional de la que se encuentra investido el nominador en esos casos, sino también por la posibilidad que en ese tipo de empleos otorga la ley para que la autoridad administrativa pueda conformar su equipo de trabajo y reorganizarlo mediante el cambio de sus subalternos. Tal situación se ha denominado como renuncia protocolaria.

5. Examen del caso concreto

Atendiendo el recuento normativo y jurisprudencial esbozado, pasa ahora la Sala a resolver los cargos de nulidad que la parte actora endilgó al acto atacado, así:

1.1 Renuncia provocada

Adujo el actor que la renuncia por él presentada al cargo de gerente de la ESE Salud Dorada, no fue libre, espontánea y voluntaria, sino provocada por el señor alcalde de La Dorada como presidente de la Junta Directiva de la ESE, y de su secretario de salud municipal, tal como quedó constancia en el acta de junta directiva de la entidad de septiembre de 2017, en la cual se le solicitó que presentara su dimisión.

Aseguró que no se trató de una simple insinuación de renuncia, sino que, por lo contrario, ésta fue forzada indebidamente, al punto de afectar el fuero interno del empleado de tal manera que su capacidad de decisión se vio truncada y se vio compelido a renunciar indefectiblemente.

Precisó que en este caso no aplica la libertad que tiene el nominador para pedir renunciaciones protocolarias, pues éstas se encuentran limitadas a los empleados de libre nombramiento y remoción de dirección, confianza y manejo, y no a los de término fijo.

⁷¹ Al respecto, pueden consultarse las siguientes providencias:

Sentencia del 4 de agosto de 2022 (Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés, radicación número: 25000-23-42-000-2016-05644-01(3392-2018))

Sentencia del 12 de julio de 2012 (Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 05001-23-31-000-1998-02319-01(0412-12))

Sostuvo entonces que ante la afectación de la voluntad para el retiro, la renuncia no puede surtir efectos.

Para resolver, se considera:

Tal como se señaló en esta providencia, el empleo de gerente de una ESE es de libre nombramiento y remoción y, a la vez, de período fijo, lo que significa que, en criterio de este Tribunal, no puede invocarse la posibilidad de una renuncia protocolaria, por lo que el acto de aceptación de la renuncia habrá de analizarse desde la óptica del vicio de desviación de poder, en el entendimiento que, según la parte actora, aquel obedeció al constreñimiento, provocación y presión ejercida por el nominador, que logró someterlo a la privación de su libre y espontánea capacidad de discernir.

Revisado el material probatorio allegado a este proceso, la Sala considera que en este caso no se acreditó que la renuncia presentada por el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra hubiese sido provocada por el alcalde de La Dorada de la época.

En efecto, en relación con la supuesta solicitud de renuncia al accionante por parte de su nominador, sólo obra el acta del 4 de septiembre de 2017, que da cuenta de la reunión de la Junta Directiva de la ESE Salud Dorada en la que se analizó y aprobó la conciliación con la EPS ASMET Salud por los años 2013 a 2013, y en la que el secretario de salud, señor Rubén Darío Iregui González, solicitó directamente al alcalde que le pidiera la renuncia al gerente de la ESE, con fundamento en que debían asumirse responsabilidades administrativas por la situación financiera crítica en la que se encontraba la entidad por manejo administrativo, y que la obligaba a aceptar una conciliación para no ser cerrada.

Más allá de la manifestación que realizó el secretario de salud de La Dorada, no se observa en el citado documento que por parte del alcalde municipal, en su condición de presidente de la junta directiva, se hubiese hecho afirmación en igual sentido, o que atendiendo la solicitud hecha por dicho funcionario, hubiera procedido a pedirle o insinuarle al actor que renunciara a su empleo como gerente. El silencio que la parte accionante reprocha en esa ocasión no puede entenderse como una aceptación tácita de la petición que se le hizo, y tampoco como configurativo de algún tipo de presión para que se presentara la renuncia, máxime cuando el objeto de la reunión era simplemente analizar y aprobar las actas de conciliación, a lo cual se limitó el jefe de la administración municipal.

De hecho, al analizar el escrito de renuncia del demandante, este Tribunal no advierte que en el mismo se hubiese plasmado el proceder que ahora se predica del nominador. Por lo contrario, se observa que el actor fundamentó su decisión en lo siguiente: **i)** divergencia con la administración municipal en relación con la procedencia de aceptar una reclamación hecha por la EPS ASMET Salud; **ii)** limitación en la autonomía frente a las decisiones que como gerente debía adoptar ante las distintas situaciones administrativas de la ESE Salud Dorada; e **iii)** iliquidez transitoria de la entidad al no obtener apoyos financieros oportunos, viables y legales, que hubieran podido mitigar el desequilibrio financiero momentáneo.

Al revisar el acta del 4 de septiembre de 2017, así como la restante documentación relacionada con el proceso de conciliación con la EPS ASMET Salud, este Tribunal no encuentra que, más allá de lo que parece ser una divergencia de criterio entre uno o más miembros de la junta directiva de la ESE Salud Dorada y el gerente de ésta, en relación con un tema específico que aquejaba financieramente a la entidad y que debía ser sometido a decisión de la junta, se llegara a limitar por parte del alcalde la autonomía del accionante en alguna situación administrativa o su poder de decisión, o que negara apoyo económico para superar el impase, y menos que todo esto constituya una presión indebida para provocar una dimisión.

De las declaraciones recibidas en este proceso se extrae que efectivamente existía una diferencia de criterio sobre cómo debía abordarse la reclamación de la EPS ASMET Salud; asunto en el que, al parecer, el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra deseaba imponer su posición, pese a que era un tema de manejo de toda la junta directiva.

A ninguno de los testigos le consta que la aparente y supuesta presión que llegó a sentir el accionante para renunciar, fuera consecuencia de alguna acción directa del alcalde en ese sentido, y no de la misma situación en la que estaba inmersa la ESE y lo que ello implicaba para el demandante.

Aun cuando el señor Jorge Andrés González Rojas, en su condición de miembro de la junta directiva, afirmó haber escuchado que en la reunión del 4 de septiembre de 2017 se le solicitó la renuncia al demandante por parte del alcalde o del secretario de salud, lo cierto es que no aporta elementos diferentes a los contenidos en el acta ya analizada y, además, tampoco se encontraba seguro de cuál de los dos funcionarios había efectuado la manifestación.

De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal estima que no existe prueba alguna de que hubo provocaciones indebidas, coacción o constreñimiento

por parte del alcalde de La Dorada en la formación de la voluntad del señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra de presentar su renuncia, máxime cuando a una supuesta propuesta de ese alcance, el actor podía o no acceder conforme a su entendimiento y, sobre todo, atendiendo la naturaleza de su cargo. De manera que sí se estructuraron los requisitos indispensables para que la dimisión surtiera todos sus efectos, pues se trató de una decisión libre, voluntaria y espontánea.

1.2 Falsa motivación, desviación de poder y expedición irregular

Aseguró la parte actora que el acto demandado está viciado de nulidad por falsa motivación, desviación de poder y expedición irregular, por cuanto lo que motivó la aceptación de la renuncia no fue lo plasmado allí, sino que existió una finalidad contraria a la moralidad administrativa o al derecho y se profirió con abuso de poder al no tener facultad discrecional para ello.

En relación con este cargo de nulidad, la Sala advierte que en este asunto la parte actora no demostró la configuración de los vicios alegados, pues ni siquiera desarrolló y explicó someramente a qué se refería con la existencia de una motivación diferente, la supuesta finalidad contraria a la ley, o el abuso de poder; y en el evento que el sustento de tales causales radicara en la supuesta provocación de la renuncia, tampoco habría lugar a que prosperaran, habida cuenta que ya fue establecido que la dimisión fue libre, voluntaria y espontánea.

1.3 Falta de competencia en la expedición del acto atacado

La parte accionante sostuvo que el acto demandado se encuentra viciado de nulidad por falta de competencia del funcionario que lo expidió, ya que aquel fue proferido por el alcalde encargado, quien no era el presidente de la Junta Directiva de la ESE Salud Dorada y no tenía atribución para ello en el acto de delegación, y no medió previa consulta a dicha junta.

Según se ha precisado en esta providencia, la designación o nombramiento del gerente de una ESE ha estado a cargo del presidente, gobernador o alcalde, según sea el caso, sin perjuicio de que antes de la Ley 1797 de 2016, se requiriera que la junta directiva de la entidad enviara una terna, previo concurso de méritos.

Se recuerda que, conforme al recuento normativo hecho en este fallo, los gerentes sólo pueden ser removidos del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, o cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al

régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa.

Aun cuando en la normativa aplicable no se menciona expresamente que una de las causales de retiro puede ser también la de renuncia, este Tribunal no encuentra que ello se oponga a este tipo de cargo, habida cuenta que existe la libre disposición para renunciar en cualquier tiempo a un empleo público de voluntaria aceptación.

Lo anterior significa que, en el evento que renuncie quien funja como gerente de una ESE, le corresponde al nominador, en este caso al respectivo alcalde municipal, disponer sobre la aceptación de la misma, por tratarse de una de sus atribuciones, de conformidad con lo previsto por el numeral 3 del artículo 315 de la Constitución Política, el numeral 2 del literal d) del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, y el artículo 114 del Decreto 1950 de 1973, derogado por el artículo 2.2.11.1.3 del Decreto 1083 de 2015.

Debe señalarse que, salvo cuando se trata de la evaluación insatisfactoria del plan de gestión del gerente, caso en el cual es la junta directiva de la respectiva ESE la que le solicita al nominador que remueva al director, ninguna de las normas plantea que para la desvinculación de éste por otro motivo o causal, se requiera la aprobación previa de la junta directiva. De hecho, dentro de las funciones de este órgano de dirección, no se advierte ninguna asociada a disponer sobre la remoción o retiro del gerente, tal como se extrae igualmente del artículo 13 del Acuerdo nº 049 del 23 de diciembre de 2005, con el cual se creó la ESE Salud Dorada⁷².

En ese entendimiento, la aceptación de la renuncia presentada por el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra no debía ser previamente consultada a la junta directiva de la ESE Salud Dorada.

Tampoco coincide este Tribunal con la parte actora en que el acto atacado no podía ser proferido por el alcalde encargado, aduciendo que éste no tenía la condición de presidente de la junta directiva. Lo anterior, en la medida en que el nombramiento del gerente, y la consecuente remoción del mismo, está asignado al jefe de la administración municipal, en esa calidad y no en la de miembro del órgano de dirección.

Así pues, el cargo de nulidad por falta de competencia tampoco prospera.

1.4 Modificación de la planta de personal de la entidad en ley de garantías

⁷² Páginas 90 a 99 del archivo nº 015 del expediente digital.

Sostuvo la parte actora que la Ley 996 de 2005 restringe a los nominadores para modificar la nómina de las plantas de personal de las entidades estatales, cuando se encuentre vigente la ley de garantías; todo lo cual permite inferir que el acto atacado carece de validez.

Al respecto, este Tribunal debe señalar que la Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías Electorales, fue expedida para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para los electores, para lo cual estableció unas prohibiciones al ejercicio de la función gubernamental, tales como la suspensión de la vinculación a la nómina estatal durante los cuatro meses anteriores a la elección (artículo 32), así como la restricción de la contratación directa por el mismo período (artículo 33).

Así pues, no encuentra esta Sala que la desvinculación del accionante por renuncia legalmente aceptada implique un desconocimiento de las restricciones anteriores, pues no se trata de una vinculación a la entidad ni de una contratación directa.

Por lo expuesto, el cargo se rechaza.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que las pretensiones de la demanda deben negarse, como quiera que la parte actora no demostró que la renuncia presentada al cargo de gerente de la ESE Salud Dorada hubiese sido provocada por la autoridad nominadora, restándole sus efectos jurídicos; y tampoco acreditó que el acto que aceptó la dimisión fuera proferido por funcionario incompetente, falsamente motivado, con desviación de poder o de manera irregular.

En atención a lo expuesto se declararán fundadas las excepciones propuestas por la ESE Salud Dorada y que denominó: *“VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE PRETENDE SU NULIDAD”*, *“INEXISTENCIA DE FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO”*, *“COBRO DE LO NO DEBIDO”* y *“PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO”*.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión considera que

en este caso hay lugar a disponer sobre la condena en costas en esta instancia.

Antes de resolver si en el caso particular se encuentran dados los supuestos de procedencia para la condena en costas, este Tribunal considera necesario, como lo ha hecho el Consejo de Estado⁷³, indicar qué comprende dicho concepto, así:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso⁷⁴ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP⁷⁵, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado⁷⁶ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007⁷⁷.

⁷³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección 'A'. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicado: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

⁷⁴ Cita de cita: Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

⁷⁵ Cita de cita: “[...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]”

⁷⁶ Cita de cita: Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999

⁷⁷ Cita de cita: Regula la norma como deber de los abogados, el de “...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto”

En pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷⁸ se señaló que la condena en costas “(...) implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. (...)”, y en virtud de lo cual el Juez debe revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Como sustento de dicha conclusión, el Tribunal remite a providencia de la misma Alta Corporación⁷⁹, en la que abordó en forma extensa el tema y concluyó lo siguiente:

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁸⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

⁷⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

⁸⁰ Cita de cita: “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

De lo hasta aquí expuesto concluye este Tribunal que con el CPACA, la imposición de condena en costas no fue establecida de manera subjetiva en los términos previstos anteriormente por el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, esto es, apelando a la observancia de buena conducta por parte de la parte vencida, sino atendiendo un criterio denominado por la jurisprudencia “*objetivo valorativo*”, producto del cual las costas proceden siempre y cuando las mismas se hayan causado y la parte interesada haya aportado prueba de su existencia, de su utilidad y de su correspondencia con actuaciones autorizadas por la ley.

Descendiendo al caso concreto y siguiendo el criterio *objetivo valorativo*, se observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiese incurrido la parte demandada, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por dicho concepto.

Ahora, en relación con la fijación de agencias en derecho (concepto que también hace parte de las costas), en criterio de esta Sala de Decisión, su imposición sí se encuentra justificada, como quiera que en el expediente se observa que la parte accionada fue representada judicialmente por profesional del derecho que intervino activamente en la totalidad de las etapas del proceso, en virtud de lo cual no sólo contestó la demanda, sino que también asistió a las audiencias inicial y de pruebas y alegó de conclusión.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que en el *sub examine* hay lugar a imponer condena en costas a la parte actora por concepto de agencias en derecho.

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo n° PSAA16-10554 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho a cargo de la parte actora, la suma de \$7'928.792,34, correspondiente al 3% de la cuantía estimada en este proceso⁸¹. Lo anterior, toda vez que se trata de un proceso declarativo de mayor cuantía⁸² proferido en primera instancia.

Según lo dispone el artículo 366 del Código General del Proceso (CGP)⁸³, por la Secretaría de la Corporación se liquidarán las costas.

⁸¹ La cuantía del proceso fue estimada en la suma de \$264'293.078 (páginas 17 y 18 del archivo n° 015 del expediente digital). De manera que el 3% de dicha cuantía asciende al valor de \$7'928.792,34.

⁸² En los términos del artículo 25 del Código General del Proceso (CGP), ya que la cuantía estimada en la demanda (\$264'293.078) supera los 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes para 2018.

⁸³ En adelante, CGP.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. DECLÁRANSE probados los medios exceptivos de “VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE PRETENDE SU NULIDAD”, “INEXISTENCIA DE FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO”, “COBRO DE LO NO DEBIDO” y “PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO”, propuestos por la ESE Salud Dorada.

Segundo. NIÉGANSE las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor Rodrigo Alberto Fortich Abisambra contra la ESE Salud Dorada.

Tercero. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación conforme lo determina el CGP. FÍJASE como agencias en derecho a cargo del accionante, la suma de \$7'928.792,34, correspondiente al 3% de la cuantía estimada en este proceso.

Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere, y ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones pertinentes en la plataforma SAMAI.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma denominada SAMAI por parte de los integrantes de la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA, modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021.