



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandantes: Rocío Wilches Rondón

Demandados: Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E.

Radicación: 73001-33-33-003-2019-00251-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia anticipada, de conformidad con lo dispuesto en los literales a y c del numeral 1 del artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por Rocío Wilches Rondón en contra del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

- 1.1.** Que se declare la nulidad de la Resolución No. 3628 del 26 de diciembre de 2018, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de Rocío Wilches Rondón en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 13, notificado mediante oficio No. 1206 de enero 11 de 2019.
- 1.2.** Que se declare nulo el oficio 1206-GTH de enero 11 de 2019 mediante el cual se notificó la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad en la planta global del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. a partir del 14 de enero de 2019.
- 1.3.** Que se condene a la entidad demandada a reintegrar a la señora Rocío Wilches Rondón al cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 13 o a otro igual o superior categoría, pero de requisitos afines.
- 1.4.** Que a título de restablecimiento del derecho, se condene al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. a reconocer y pagar a la demandante todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir, desde el día de su retiro y hasta su reintegro efectivo, incluyendo el valor de los aumentos o incrementos que se decreten con posterioridad y al pago de los aportes a la seguridad social integral.
- 1.5.** Que la condena sea actualizada mes por mes desde la fecha en que la demandante fue desvinculada del servicio y hasta la fecha en que se efectúe el pago.

- 1.6. Que se declare para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por la accionante desde cuando fue desvinculada hasta que efectivamente sea reintegrada.
- 1.7. Se ordene dar aplicación a los artículos 192 y 195 del CPACA, y se condene en costas a la entidad demandada.

2. HECHOS

- 2.1. Que Rocío Wilches Rondón fue vinculada al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. de Ibagué mediante nombramiento que se hiciera a través de la Resolución 00123 de junio 30 de 1989, tomando posesión mediante acta 2962 de junio 30 del mismo año, en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, siendo su último cargo ocupado el de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 03.
- 2.2. Que mediante Resolución No. 000636 de abril 17 de 1991 se le encargó como Ayudante de Laboratorio clínico, tomando posesión en la misma fecha.
- 2.3. Que el 30 de diciembre de 1991 por resolución 2371 fue reincorporada como recepcionista del Hospital tomando posesión ese mismo día.
- 2.4. Que mediante Acuerdo 060 del 13 de marzo de 2000 se reincorporó a la demandante en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 550 Grado 01 tomando posesión el 01 de abril de 2000.
- 2.5. Que el día 012 de abril de 1998 celebró contrato de trabajo escrito con el Hospital Federico Lleras Acosta para ejercer el cargo de secretaria.
- 2.6. Que a la fecha de su desvinculación la accionante contaba con 51 años de edad.
- 2.7. Que mediante Resolución 3628 de diciembre de 28 de 2018 se declaró insubsistente a la accionante en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 13 a partir del 14 de enero de 2019 tal como se le comunicó en oficio 1206 GTH de enero 11 de 2019.
- 2.8. Que para la declaratoria de insubsistencia la aquí demandante estaba vinculada por contrato de trabajo, el cual fue desconocido totalmente por la entidad demandada.
- 2.9. Que la Comisión Nacional del Servicio Civil dio apertura a concurso abierto para provisión de empleos del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E y mediante convocatoria 426 de 2016 convocó 243 cargos en vacancia incluyendo el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 13, sin tener en cuenta que la demandante se encontraba vinculada a través de contrato de trabajo, el cual no había sido terminado legalmente y que como acuerdo de voluntades, tenía dos partes vinculadas.

- 2.10.** Que la Resolución No. 3628 del 26 de diciembre de 2018 que declaró la insubsistencia de la demandante determinó que cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió acto administrativo No. 20182110171395 del 05/12/2018 por el cual conformó las listas de elegibles para proveer los citados empleados de carrera administrativa del hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. que fueron convocados a través de la convocatoria No. 426 de 2016, según lo dispuesto en el Acuerdo No. 20161000001276 del 28 de julio de 2016, incluyendo el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 13 que ocupaba la actora.
- 2.11.** Que en el cargo que ocupaba la accionante, fue nombrado el señor Álvaro Andrés Gómez Rivera.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señala que con la expedición del acto administrativo acusado se vulneran los artículos 2, 6, 11, 13, 25, 29, 53, 83, 123 inciso 2, 125 inciso 4 y 209 de la Constitución Política de Colombia. También la Ley 909 de 2004, artículos 25 y 41, Ley 1437 de 2011, Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003, Ley 82 de 1993, Decreto 648 de 1997 y Ley 1232 de 2008.

Afirma que la resolución atacada fue proferida con **desviación de poder**, por cuanto no tuvo en cuenta que la accionante no había sido vinculada mediante una modalidad legal o reglamentaria, sino que había sido contratada a través de un contrato de trabajo desde el año 1993.

Alega también que en la convocatoria No. 426 de 2016 que dio apertura al concurso abierto de méritos para la provisión de empleos del Hospital accionado, no debió incluirse el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 grado 13 ocupado por la demandante y que al declararse su insubsistencia, se hizo con **falsa motivación**, por cuanto no se tuvo en cuenta la condición laboral de la demandante, la cual fue a través de contrato de trabajo.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E.

Mediante apoderada judicial la institución demandada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por considerar que el acto administrativo se encuentra ajustado a derecho y fue expedido con las formalidades legales y de conformidad con la normatividad jurídica existente.

Afirma que tanto por la naturaleza de la entidad como la del cargo ocupado por la demandante, se trata de un empleo público provisto en provisionalidad, al cual se accede de forma definitiva a través de un concurso de méritos ofertado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Señala que la señora Rocío Wilches Rondón ingresó al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. en el año 1989 al cargo de Auxiliar Administrativo y su vinculación fue a través de un nombramiento en provisionalidad, y que no hizo parte de la lista de

elegibles del concurso de mérito adelantado por la CNSC No. 426 de 2016, tampoco contaba con la protección de prepensionada, por tanto, era obligación de la entidad nombrar a quien hacía parte de esta lista de elegibles.

Álvaro Andrés Gómez Rivera– Vinculado

Dentro del término concedido para ello presentó oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, haciendo la manifestación respectiva frente a los hechos narrados por la accionante.

Como argumentos de defensa señala que la insubsistencia de la accionante tuvo su origen en la obligación legal que le asistía a la entidad de nombrar a quien superó todas las etapas del concurso de méritos adelantado por la CNSC y que de aceptar lo contrario, sería reconocer que quien se encuentra nombrado en provisionalidad, goza de privilegios o prerrogativas propias e inherentes de la carrera administrativa, siendo que el hecho de acceder al empleo mediante un concurso o proceso de selección, otorga derechos superiores a los alegados en la demanda.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 2 de julio de 2019 (pág. xx A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL), siendo admitida por este despacho a través de auto fechado 6 de agosto de 2019, disponiendo lo de Ley (pág. 35-36 A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL); por auto del 7 de octubre de 2020 se ordenó la vinculación del señor Álvaro Andrés Gómez Rivera al presente medio de control, por ser la persona que ocupa en carrera el cargo objeto de la presente litis (Fols A4. 2019-00251 ORDENA VINCULAR).

Vencido el término para contestar la demanda, mediante auto del 17 de marzo de 2021 se dispuso dar aplicación artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 y dictar sentencia anticipada en el presenta asunto por cuanto se enmarcan en las causales establecidas en los literales a) y c) del numeral 1º de la citada norma, para lo cual se otorgó la posibilidad de presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes, conforme lo dispone el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante (B4. 2019-00251 ALEGATOS PARTE DEMANDANTE.pdf)

Reitera los argumentos esgrimidos como concepto de violación en la demanda para indicar que los actos atacados fueron expedidos con desviación de poder y falsa motivación, solicitando se accedan a las pretensiones de la demanda.

6.2. Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. y vinculado (B5. 2019-00251 ALEGATOS HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA.pdf)

La apoderada de la entidad reafirma las razones de la defensa de la contestación de la demanda y además agrega: *"...como argumento principal para justificar la*

presunta desvinculación irregular de la señora ROCÍO WILCHES RONDÓN, plantea que al momento de su desvinculación ostentaba la calidad de prepensionable, teoría que resulta inaplicable al caso en concreto, teniendo en cuenta que, a la fecha de la terminación de su vinculación provisional, había cotizado 1568 semanas a su fondo pensional, faltándole únicamente el cumplimiento de la edad para que le sea reconocida su calidad de pensionada...”, para finalmente solicitar se denieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

Surtido el trámite pertinente, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia.

1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 2º *ibidem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Se deberá determinar si el acto administrativo por medio del cual el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. dispuso el retiro del servicio de la demandante y que se fundó en el nombramiento de la persona que superó el concurso de méritos abierto por la entidad a través de la convocatoria No. 426 de 2016, se encuentra ajustado a la legalidad, o si por el contrario, no podía realizarse la desvinculación de la demandante porque según se afirma, su vínculo con la entidad era a través de un contrato de trabajo.

En caso de advertirse la nulidad del acto acusado, habrá que resolverse, si tiene derecho la accionante a ser reintegrada al cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 13 o a uno de igual o superior categoría, con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde su retiro hasta el momento en que opere su reintegro.

3. MARCO JURÍDICO

3.1. Régimen jurídico de la Carrera Administrativa.

El artículo 125 de la Constitución Política, dispone:

“Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.

Del artículo previamente transcrito, es dable afirmar que los empleos públicos por regla general son de carrera administrativa, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, lo trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.

Con la expedición de la **Ley 909 de 2004**¹, se reguló el sistema del empleo público, cuyo ámbito de aplicación, quedó establecido en su **art. 3°** precisando que sus disposiciones serían aplicables, entre otros, a los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados.

Respecto de la carrera administrativa, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, establece:

***"Artículo 27. Carrera Administrativa.** La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito', mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna".*

Por su parte, el artículo 25 de la cita normatividad, establece que cuando existe una separación temporal del cargo del empleado de carrera, el mismo será provisto en forma provisional, *"sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera".*

Más adelante en el párrafo 2° del art. 41 de la Ley 909 de 2004, en lo que concierne al retiro de los funcionarios que prestan sus servicios en cargos de carrera administrativa consagró:

***"Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado"** (negrillas fuera del texto).*

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005, por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004, en el párrafo transitorio de su artículo 8,

respecto de los empleos temporales y provisionales dispuso que *“Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004”*, el cual no podía exceder el término de 6 meses, tiempo dentro del cual, se debía convocar a concurso de méritos, aclarando que el nombramiento en provisionalidad solo procede excepcionalmente cuando no sea posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente.

A más de lo anterior, en su art. 10 el citado Decreto 1227 de 2015 dispuso:

“Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Finalmente, mediante el Decreto 3820 de 2005 se modificó el párrafo transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2004, autorizando que la prórroga tanto del encargo como del nombramiento provisional, se prolongaría hasta la superación de las circunstancias que las originaron, previa autorización de la Comisión del Servicio Civil.

3.2. De la forma de vinculación a través del nombramiento en Provisionalidad.

Bajo la normatividad imperante a la que se ha hecho alusión en el acápite anterior, existen formas a través de las cuales se puede acceder al empleo público, los cuales comprenden; **1.** Aquellos cargos que tiene el carácter de libre nombramiento y remoción que se proveen a través de *Nombramiento ordinario discrecional*; **2.** Mediante *Nombramiento en periodo de prueba*, por seis (6) meses, a través del cual se proveen los empleos del sistema de carrera de las entidades públicas del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados, mediante procesos de selección a través de concursos de méritos, teniéndose en cuenta que lo que se pretende es vincular al personal con mejores aptitudes, experiencia y conocimientos; **3.** Mediante **Nombramiento provisional discrecional**, la cual está visto como mecanismo excepcional que solo procede por especiales razones del servicio, mientras se surte el proceso de selección respectivo; **4.** A través del *Nombramiento en ascenso* previa realización de concurso de ascenso; y **5.** Mediante la figura del *Encargo* que se hace a una persona inscrita en Carrera Administrativa para proveer de manera transitoria un empleo de Carrera mientras se surte el concurso respectivo

Así pues, y para el asunto *sub judice* la figura del ***Nombramiento provisional discrecional***, se encuentra reglada por el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, norma vigente aplicable para la época de los hechos y cual al tenor literal señala:

“Artículo 8º. *Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.*

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

NOTA: El texto subrayado fue declarado NULO mediante fallo del Consejo de Estado 9336 de 2012.

Parágrafo transitorio. Modificado por el Decreto Nacional 3820 de 2005, Modificado por el art. 1, Decreto Distrital 1937 de 2007, Modificado por el Decreto Distrital 4968 de 2007. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

(...)

Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, **el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.**

El parágrafo transitorio del art. 8 arriba indicado, fue modificado a su vez, por el Decreto 4968 de 2007, cuyo texto indica:

“Artículo 1. Modifícase el parágrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1° de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007, el cual quedará así:

“Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera, tales como vacaciones, licencias, comisiones, encargos o suspensión en el ejercicio del cargo. Tampoco se requerirá de autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso por parte del citado organismo.

En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado.

NOTA: El texto subrayado fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto 2566 de 2014.

3.3. De la Terminación del nombramiento en provisionalidad – Causas o causales.

Ahora bien, decantado lo anterior y respecto de la terminación del nombramiento en provisionalidad, como situación administrativa y como modalidad de provisión temporal de los empleos públicos, es del caso remitirnos a la norma antes citada aplicable al asunto, esto es, el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, que en su tenor literal dispone:

“Artículo 8º. Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

NOTA: El texto subrayado fue declarado NULO mediante fallo del Consejo de Estado 9336 de 2012.

Parágrafo transitorio. Modificado por el Decreto Nacional 3820 de 2005, Modificado por el art. 1, Decreto Distrital 1937 de 2007, Modificado por el Decreto Distrital 4968 de 2007. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada. (...)”

Conforme lo anterior, se concluye al tenor legal, que la figura del nombramiento en provisionalidad de los cargos de carrera, tendrá una duración de hasta 6 meses improrrogables, término dentro del cual se deberá abrir a concurso el respectivo

cargo. Empero, ello no significa que solo exista esta modalidad de terminación del nombramiento en provisionalidad, pues, conforme lo reglado en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, ampliamente analizado por la Corte Constitucional y respaldado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, antes de cumplirse el plazo previsto, dicha “*situación administrativa*” puede darse por terminada mediante decisión motivada de manera clara, concreta y suficiente que se funde en causales objetivas para dar por terminado el nombramiento provisional.

Visto de esta manera y como ha sido sostenido por la doctrina y la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, los funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa y en tal sentido, para que un funcionario nombrado mediante esta modalidad pueda ser despedido debe mediar una justa causa fundamentada en **(i)** la calificación de desempeño o **(ii)** la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio, que justifique el retiro **(iii)** la comisión de faltas disciplinarias, y **(iv)** la provisión del cargo por concurso de méritos.

Tal postura viene siendo decantada por el máximo órgano constitucional desde 1998, que en sentencia de unificación SU-250 proferida el 26 de mayo de dicha anualidad, en caso similar pero referente a la declaratoria de insubsistencia de notario en provisionalidad, adujo:

“El cargo de Notario, sea de carrera, en propiedad o en interinidad, no está expresamente señalado dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción; y no puede estar porque la función notarial es eminentemente técnica y esta circunstancia es la antítesis del libre nombramiento y remoción. Además, el Notario, aún el interino, no puede quedar al vaivén de los intereses politizados o personales del nominador.

El Notario designado, así sea en interinidad, goza de una expectativa, solo podrá ser desvinculado, si no cumple con sus deberes y cuando la designación se haga por concurso. Una de las razones que justifican la anterior afirmación, está contenida en la figura de la confianza legítima, íntimamente ligada al principio de la buena fe.

(...)

Esa confianza legítima, derivada de la buena fe, es un mecanismo válido para evitar el abuso del derecho.

(...)

Es decir, hay que enfatizar que solo por concurso o por incumplimiento del deber se altera la permanencia de un Notario que desempeñaba sus funciones en interinidad. Lo contrario, desvincularlo sin estas razones, iría en contra de la buena fe y de la confianza legítima.

Pero, no se puede ir al otro extremo de considerar que automáticamente todos los Notarios son inamovibles...”

(...)

Respecto a todos los Notarios interinos, bien sea que hayan sido nombrados antes o después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente: como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación; además, la

permanencia de Notario parte del presupuesto de que si cumple con sus deberes tiene un grado de confianza que le permite no ser retirado del servicio. Por supuesto que, una vez hecho el concurso, se procederá a nombrar a quien lo gane.

*El interés general al cual ha venido haciendo mención este fallo, es un principio fundante (art. 1º C.P.) y es también principio de la función pública (art. 209 C.P.) por eso, cuando se afecte ese interés general puede haber retiro del interino; y esa afectación del interés general debe expresarse en la motivación del acto administrativo. Este es el alcance de la permanencia para los interinos mientras se hacen los nombramientos en propiedad previo el concurso ordenado por el artículo 131 C.P.
(...)*

*Según se explicó anteriormente, **necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción**; salvo los empleados que tienen el estatuto de libre nombramiento y remoción.*

Ya se dijo que los Notarios en interinidad no se pueden calificar como de libre nombramiento y remoción. (...) Hoy el nombramiento de Notario debe hacerse en propiedad mediante concurso (...).

***El hecho de ser interino (que no es igual a libre nombramiento y remoción) no implica autorización para la no motivación del decreto que los retire.** Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro ya señalado de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro.*

La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso-administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia (artículo 299).

***Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un (sic) indefensión constitucional.** El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio *audiatur et altera pars*, ya que, de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis". (Resaltado fuera de texto)*

Tal lineamiento constitucional no se limitó a los notarios en interinidad o provisionalidad, siendo este un régimen especial de carrera administrativa, sino que es de aplicación general para todos aquellos funcionarios del Estado cuya vinculación o nombramiento se da en provisionalidad, y así lo dejó ver la Corte Constitucional en posteriores pronunciamientos, tales como en las sentencias T-800 del 14 de diciembre de 1998, T-147 del 18 de marzo de 2013, y T-326 del 3 de junio

de 2014, por nombrar solo algunas. Adicionalmente se puede observar en estas providencias, que la Corte Constitucional desarrolló una tesis sumamente relevante al afirmar de forma reiterada que *“el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa (...), no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción”* sentándose así las bases de la figura de la estabilidad laboral relativa para este tipo de funcionarios.

4. HECHOS PROBADOS

De acuerdo con los medios de prueba válidos y oportunamente aportados al proceso, el despacho encuentra acreditados los siguientes hechos relevantes para la decisión del caso objeto de estudio:

- Rocío Wilches Rondón nació el 29 de julio de 1961 (pág. 15 y 33 A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL)
- El día 30 de junio de 1989, la señora Rocío Wilches Rondón tomó posesión del cargo de Auxiliar de Servicios Generales 1 del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., por nombramiento efectuado de forma provisional mediante Resolución No. 001238 de la misma fecha, como aparece en acta de posesión No. 2962 (pág. 26, 95-96 A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL)
- Por medio de Resolución No. 001534 del 11 de agosto de 1989 se le nombró provisionalmente en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales 1, posesionándose el día 16 del mismo mes y año. (pág. 92-93 A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL)
- Mediante Resolución No. 002117 del 30 de octubre de 1989 fue nombrada en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, tomando posesión del cargo el día 7 de noviembre de la misma anualidad (pág. 85-87, 97-98 A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL)
- El 17 de abril de 1991 tomó posesión del cargo de Ayudante de Laboratorio y Clínico por encargo efectuado a través de Resolución No. 000636 de la misma fecha. (pág. 27, 103 A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL)
- El día 30 de diciembre de 1991 se posesionó en el cargo de Recepcionista al ser reincorporada al cargo conforme la Resolución No. 002371 expedida en la misma fecha. (pág. 28-31, 102 A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL)
- La señora Rocío Wilches Rondón fue vinculada al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. en el cargo de secretaria mediante contrato de trabajo a término indefinido No. 0047 del 1º de abril de 1998 (pág. 24-25, 109-110 A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL).
- El día 30 de diciembre de 1998 tomó posesión del cargo de secretaria código 540 Grado 01, con efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1999 (pág. 99 A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL)

- A través de acta de posesión No. 062 del 1º de abril del año 2000 la señora Wilches Rondón tomó posesión del cargo de Auxiliar Administrativo Código 550 Grado 01 (pág. 32 y 100 A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL)
- A través de oficio No. 2015EE1799 del 15 de julio de 2015, la Comisión Nacional de Servicio Civil, solicitó al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E información sobre la planta de personal para convocatoria (pág. 104-108 A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL)
- Por medio de Resolución CNSC-201821101702356 del 5 de diciembre de 2018, se conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 31171 denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 13 del sistema general de carrera de la E.S.E. Hospital Federico Lleras Acosta ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 (pág. 117- 118 A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL)
- Mediante Resolución No. 3628 del 26 de diciembre de 2018 proferido por la Agente Especial Interventora del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. se nombró en periodo de prueba por seis (6) meses al señor Álvaro Andrés Gómez Rivera en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 12 de la planta global del hospital, y en consecuencia se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Rocío Wilches Rondón, decisión comunicada mediante oficio No. 1206-GTH-000186 del 11 de enero de 2019 (pág. 16-19 y 88-91 A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL)
- La señora Rocío Wilches Rondón laboró para el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. desde el 7 de noviembre de 1989 hasta el 13 de enero de 2019 con nombramiento provisional, siendo el último cargo ocupado el de Auxiliar Administrativo código 407 Grado 13 conforme la certificación emitida por la Profesional Gestión del Talento Humano (pág. 101 A1. 73001333300320190025100 CUADERNO PRINCIPAL)

5. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

Como se viere en el acápite normativo y jurisprudencial, de vieja data la Corte Constitucional y de manera un poco más reciente el Consejo de Estado, han decantado que aquellos funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa, motivo por el cual su forma de desvinculación no puede ser equiparada a aquellos funcionarios que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción en los que impera la discrecionalidad del nominador; en tal sentido, para que un funcionario nombrado mediante esta modalidad pueda ser retirado del servicio debe motivarse debidamente el acto administrativo que así lo determine, en el cual debe mediar una justa causa fundamentada, ya sea en **(i)** la calificación de desempeño, **(ii)** la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio, que justifique el retiro, **(iii)** la comisión de faltas disciplinarias, y, o **(iv) la provisión del cargo por concurso de méritos.**

A su vez, se ha establecido jurisprudencialmente que sumado a la estabilidad

laboral relativa de la que gozan las personas nombradas en provisionalidad en cargos de carrera, existe una estabilidad laboral reforzada, que no indefinida, la cual cobija a aquellos servidores públicos que, estando igualmente en provisionalidad, son sujetos de especial protección constitucional al demostrar que son **i)** madres o padres cabeza de familia; **ii)** son personas próximas a pensionarse, entiéndase a quienes les faltaren tres años o menos para cumplir el requisito del tiempo de servicio para obtener la respectiva pensión; y **iii)** están en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por causa de una enfermedad.

Adentrándonos al caso concreto se endilgan los cargos de desviación de poder y falsa motivación en la expedición del acto administrativo, indicando que la demandante Rocío Wilches Rondón se había vinculado desde el año 1998 con contrato de trabajo, es decir y según se entiende, que tenía la condición de trabajadora oficial y que por tanto el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E y la Comisión Nacional de Servicio Civil, en principio no debió haber ofertado el cargo que esta desempeñaba, esto es, Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 13.

El Consejo de Estado - Sección Cuarta, que, en sentencia del 26 de julio de 2017, dentro del expediente 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326), advirtió sobre la **falsa motivación:**

"Sobre la falsa motivación, la Sección Cuarta ha precisado que esta "causal autónoma e independiente se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.

*Para que **prosper** la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente".*

Por su parte, en cuanto a la falta o ausencia de motivación, la Sección Cuarta ha señalado lo siguiente:

"La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos.

Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no sólo n la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que: inspiraron la producción de los mismos. En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forme del acto

administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en vicio de expedición irregular y, por ende, so configura la nulidad del acto administrativo.

En efecto, la expresión de los motivos por los cuales se profiere un acto administrativo de carácter particular y concreto es indispensable, pues es a partir de los mismos que el administrado puede controvertir aquellos aspectos de hecho y de derecho que considera no pueden ser el soporte de la decisión, pero cuando se prescinde de la motivación se impide que el particular afectado con la decisión pueda ejercitar cabalmente su derecho de defensa y contradicción”” (Resaltado fuera de texto)

De otra parte, precisa esta instancia judicial que el vicio de desviación de poder se configura cuando el autor del acto persigue unos fines diferentes a los autorizados por la norma. Así lo ha explicado nuestro máximo Órgano de Cierre¹²:

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

Como lo tiene establecido el Consejo de Estado, quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción; ciertamente, esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad”.

Analizado el acervo probatorio en su totalidad, encuentra el despacho que la demandante laboró para la entidad accionada en diferentes cargos, esto es Auxiliar de Servicios Generales, Ayudante de Laboratorio Clínico, Recepcionista todos ellos a través de vinculación legal y reglamentaria por nombramiento efectuado de forma provisional o encargo mediante Resolución y tomando posesión de cada cargo en la forma prevista en la norma.

Ahora bien, también es cierto que la señora para el año 1998 suscribió un contrato de trabajo para el cargo de secretaria, y así se observa en el documento obrante a folio 21-22, es decir que en principio podría decirse que la accionante tenía la calidad de trabajador oficial por el tipo de vinculación, se itera, contrato de trabajo.

Sin embargo, en el año 2000 la señora Wilches Rondón tomó posesión del cargo de Auxiliar Administrativo Código 550 Grado 01, y se lee en el acta de posesión “(...) compareció ROCÍO WILCHES RONDÓN con el fin de tomar posesión del cargo de: AUXILIAR ADMINISTRATIVO DEL HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA DE IBAGUÉ EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CÓDIGO 550 GRADO 01 para el cual ha sido Incorporada

mediante Acuerdo No. 60 del 13 de marzo de Dos Mil (2000)(...)”, es decir, la vinculación de la accionante a partir del año 2000 es una vinculación legal y reglamentaria, al tomar posesión del cargo, incorporada según se desprende del acta de posesión, por una modificación en la planta de personal o modificación en las nomenclaturas de los cargos, por tanto la calidad que ostentaba era la de empleada pública, aunado a ello, fue certificado por la entidad accionada que la demandante ocupaba el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 13 mediante nombramiento provisional.

Ahora bien, debe advertir el Despacho que la Ley 10 de 1990, establece la clasificación de los empleos en las Empresas Sociales del Estado, así:

«ARTICULO 26. Clasificación de los empleos. En la estructura administrativa de la Nación de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. (...)

PARÁGRAFO. Son trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales en las mismas instituciones. (...).» (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, la Ley 100 de 1993, en su artículo 194 señaló.

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

“ARTICULO 195. Régimen Jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

Así, los trabajadores oficiales serán quienes estén destinados al mantenimiento de la planta física, o de servicios generales en las Empresas Sociales del Estado.» (Subrayado fuera del texto).

Por lo anterior, no hay duda de que además del tipo de nombramiento, las funciones realizadas por la accionante determinan que el cargo que ocupaba, lo era como empleada pública, pues no cumplía con las funciones de mantenimiento de planta física o de servicios generales, es decir, este debía ser ocupado por un empleado público.

Decantado lo anterior, se advierte que el acto administrativo acusado, esto es la Resolución No. 3628 del 26 de diciembre de 2018, comunicada a través de oficio No. 1206-GTH-000186 del 11 de enero de 2019, mediante el cual se declaró

insubsistente el nombramiento de la señora Rocío Wilches Rondón se hizo con base en el concurso de méritos fue convocado por la Comisión Nacional de Servicio Civil para proveer los cargos del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., nombrándose en el cargo a una persona que superó todas las etapas de este, no fue expedido ni con desviación de poder, pues la vinculación de la accionante era legal y reglamentaria y no por contrato de trabajo como lo alega la parte actora, situación que era conocida por la entidad al momento de convocar al concurso de méritos, luego entonces, era su deber proceder de tal manera, sin que constituyera tal determinación, un ejercicio arbitrario de la función nominadora.

Tampoco puede considerarse que fue expedido con falsa motivación, por cuanto, se reitera, el acto está fundamentado en el concurso de méritos convocatoria No. 426 de 2016, nombrándose en el cargo a una persona que superó todas las etapas de este, razón que más que justificada para la declaratoria de insubsistencia de la demandante en el cargo.

Finalmente, no está demostrado en el proceso que la accionante se encontrara inmersa en alguna de las causales de estabilidad laboral reforzada, que impidieran su desvinculación del servicio público, aun cuando mediara el concurso de méritos.

Conclusión jurídica

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y jurídicas, el Despacho concluye que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, lo cual conlleva a denegar las pretensiones de la demanda, pues la forma de vinculación de la accionante era legal y reglamentaria, y si así no hubiese sido, el tener un contrato de trabajo no es causal suficiente para tener una estabilidad reforzada y no impide a la entidad realizar la convocatoria pública a concurso de méritos para su provisión, pues como se vio en este caso, el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 13 corresponde a los cargos ocupados por empleados públicos y no trabajadores oficiales, luego entonces, por la forma en que fue vinculada a la entidad -provisionalidad-, estaba en obligación de soportar con todo su rigor, la consecuencia de la llegada al cargo de quien adquirió el derecho en virtud de un concurso público de méritos.

6. CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

Al resultar imprósperas las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionada, ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia

calendada el 26 de julio de 2018¹, verificando en consecuencia que la entidad demandada desplegó actividades en pro de su defensa, como la asistencia de su apoderado a las audiencias inicial y de pruebas y la presentación de alegatos de conclusión escritos, razón por la cual se fijará la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la entidad demandada, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda promovida por Rocío Wilches Rondón contra el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., conforme lo indicado en parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte accionante. Tásense, tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) a favor de la demandada. Liquidense por Secretaría.

TERCERO: Ejecutoriado el presente fallo y liquidadas las costas, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

Firmado Por:

Diana Carolina Mendez Bernal
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Oral 3
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

Código de verificación:

e5f6e9ef40475d45747734d0de25fc5ec98b3c746f3ab5f6a1f175e95e59f1d8

Documento generado en 29/09/2021 10:10:05 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**