



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2014-00231-00.
Demandante: Augusto José de la Ossa Hernández.
Demandado: E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé - Sucre.
Temas: Nombramiento de Jefes de Control Interno ley 1474 de 2011.

SENTENCIA N° 061

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. PARTES.

- Demandante: **AUGUSTO JOSÉ DE LA OSSA HERNÁNDEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 7.478.945 expedida en Barranquilla, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: E.S.E. HOSPITAL LOCAL NIVEL I NUESTRA SEÑORA DEL SOCORRO DE SINCÉ.

¹ Folio 17 del expediente.

1.1.2. PRETENSIONES.

Primera: Que se declare la nulidad del oficio de fecha 28 de abril de 2014², suscrito por el Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé - Sucre, que dio respuesta a lo solicitado por el señor AUGUSTO JOSÉ DE LA OSSA HERNÁNDEZ, mediante derecho de petición del 10 de abril de 2014, negando expresamente la posesión del demandante.

Segunda: Que se inapliquen por ilegales el numeral 14 del artículo 18 del Acuerdo N° 005 de 28 de octubre de 2011, expedido por la Junta Directiva de la E.S.E. Nuestra Señora del Socorro, del Municipio de Sincé, y los tres primeros numerales del Acuerdo No. 007 de 29 de diciembre de 2011, expedido por la Junta Directiva de la E.S.E. Nuestra Señora del Socorro, del Municipio de Sincé *“Por medio del cual se ajusta la planta de personal del Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé - Sucre”*. Ambos por ser contrarios a los artículos 8 y parágrafo transitorio del artículo 9 de la Ley 1474 de 2011.

Tercera: Que como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la **E.S.E. HOSPITAL LOCAL NIVEL I NUESTRA SEÑORA DEL SOCORRO**, posesionar al actor en el cargo de Profesional Universitario Control Interno de la Planta Personal de la entidad demandada, empleo en el cual fue nombrado mediante Decreto N° 0179 de 31 de diciembre de 2013.

Cuarta: Que se condene a la **E.S.E. HOSPITAL LOCAL NIVEL I NUESTRA SEÑORA DEL SOCORRO**, de Sincé - Sucre, a cancelarle al accionante, todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, desde el 1° de enero de 2014³ hasta la fecha en que efectivamente tome posesión en el cargo de Profesional Universitario Control Interno, o hasta el 31 de diciembre de 2017, fecha última hasta la cual fue designado, por ser un cargo de período fijo, según la Ley 1474 de 2011.

Quinta: Que todas las condenas o pagos derivados de las pretensiones anteriores, se liquiden desde que se hicieron exigibles, hasta el día en que efectivamente se realicen los pagos, con su respectiva actualización, y los intereses moratorios de conformidad

² El oficio trae como fecha la de abril 28 de 2012, lo cual obedece a un error de transcripción, la fecha real corresponde al 28 de abril de 2014, lo cual se extrae de que el derecho de petición al cual da respuesta, fue presentado el 10 de abril de 2014.

³ Fecha dada en el Decreto N° 0179 de 31 de diciembre de 2013, en consonancia con la Ley 1474 de 2011.

a los artículos 192 a 195 del C.P.A.C.A. teniendo en cuenta los aumentos y ajustes de todo tipo que mediante ley o decreto se establezcan para la remuneración del actor.

Sexta: Que conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A., se condene en costas a la entidad demandada.

1.1.3. HECHOS.

Se indica que, el día 28 de octubre de 2011, la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Nuestra Señora del Socorro del Municipio de Sincé - Sucre, expidió el Acuerdo N° 005, “Por medio del cual se modifica el acuerdo 01 de 2011, actualizan y se adoptan los estatutos de la Empresa Social del Estado E.S.E. Hospital Nuestra del Socorro de Sincé Sucre” el cual, en su artículo 18, establece las funciones de la Junta Directiva, consagrando en su numeral 14 la de *“Elaborar terna para la designación del responsable de la unidad de Control Interno”*, lo que contraviene lo dispuesto en la Ley 1474 de 2011 – norma de rango superior - pues en esta claramente se señalaba que es al Alcalde de la respectiva entidad territorial a quien le corresponde la designación directa del Jefe de Control Interno de la ESE, sin que en modo alguno se halle sujeto a una terna como erradamente establece el Estatuto.

Señala que, el 29 de diciembre de 2011, la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé, presidida por el doctor Héctor Olimpo Espinosa Oliver, Alcalde Municipal de Sincé, para aquel entonces, expidió el Acuerdo N° 007, *“Por medio del cual se ajusta la planta de personal del Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé - Sucre”*, creando en su numeral 1), *“...el cargo de Profesional Universitario, quien ejercerá las funciones de Jefe de Control Interno, el cual será de libre nombramiento y remoción.”*. Este acto administrativo tuvo por finalidad acoger lo dispuesto en la Ley 1474 de 2011.

Refiere que, el 2 de enero de 2012, mediante Resolución N° 12010101, la Gerente de la E.S.E. nombra *“...por periodo fijo hasta el 31 de marzo de 2014 a JESÚS RAFAEL DOMÍNGUEZ GARRIDO, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 92.032.517, en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 219, Grado 09, con funciones de Jefe de Control Interno, en la planta de personal del Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé,...”*

Informa que, en aras de dar cumplimiento a la Ley 1474 de 2011, una vez llegado su periodo de gobierno a la mitad, la Alcaldesa del Municipio de Sincé, expidió el decreto N° 0179 del 31 de diciembre de 2013, designando como Profesional Universitario Control Interno, Código 219, Grado 011, de la Planta de Personal de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro, al doctor AUGUSTO JOSÉ DE LA OSSA HERNÁNDEZ, que fue comunicado a la entidad demandada el día 03 de enero del 2014, fecha en la que igualmente se aceptó el nombramiento.

Expresa que, el 10 de abril de 2014, el demandante presentó un derecho de petición ante el Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro, solicitando su posesión como Profesional Universitario, Código 219 Grado 09, para el período comprendido entre el 1° de enero de 2014 y hasta el 31 de diciembre de 2017, tal como fue dispuesto por la Alcaldesa Municipal de Sincé.

Narra que, en respuesta a esa solicitud, el Gerente de la entidad accionada, emite el 28 de abril de 2014, un oficio en donde expresa las razones por las cuales se niega a posesionar al doctor AUGUSTO DE LA OSSA HERNÁNDEZ, bajo los errados argumentos de que según el *“...Acuerdo No. 007 de fecha 29 de diciembre de 2011,...a partir del primero de abril de 2014, el Gerente designará el nuevo funcionario Responsable del control Interno de la entidad, expidiendo el respectivo acto administrativo de nombramiento. ...Dichos Actos de administración gozan de presunción de legalidad.”*, y que el numeral 14 del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, establece como funciones de las Juntas Directivas, la de elaborar terna para la designación del responsable de la Unidad de Control Interno, disposición que también se encuentra en sus Estatutos⁴, en el artículo 18, que establece las funciones de su Junta Directiva, y señala en el numeral 14, la de *“Elaborar terna para la designación del responsable de la unidad de Control Interno”*., desconociendo lo señalado en la Ley 1474 de 2011, con relación a la designación del Jefe de Control Interno.

Anota que, se realizó audiencia de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público, con la entidad demandada, obteniendo resultado fallido, cumpliéndose el requisito de procedibilidad.

⁴ Acuerdo N° 005 de 28 de octubre de 2011.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales:

Constitución Política: Artículo 29.

Legales: Artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011.

1.1.5. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Manifiesta que, el acto administrativo demandado se expidió con infracción de las normas en que debería fundarse.

Explica que en los argumentos para negar la posesión del señor AUGUSTO JOSÉ DE LA OSSA HERNÁNDEZ, se derivan, por un lado, que según el “...*Acuerdo No. 007 de fecha 29 de diciembre de 2011,...a partir del primero de abril de 2014, el Gerente designará el nuevo funcionario Responsable del control Interno de la entidad, expidiendo el respectivo acto administrativo de nombramiento. ...Dichos Actos de administración gozan de presunción de legalidad.*”

Y por el otro, que el numeral 14 del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, establece como funciones de las Juntas Directivas, la de elaborar terna para la designación del responsable de la Unidad de Control Interno, disposición que también se encuentra en sus Estatutos⁵, en el artículo 18, que establece las funciones de su Junta Directiva, y señala en el numeral 14, la de “*Elaborar terna para la designación del responsable de la unidad de Control Interno*”.

Tales argumentos contradicen lo consagrado en la Ley 1474 de 2011, “*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*”, modificatoria de los artículos 11 y 14 de la Ley 87 de 1993 que regulaba dicho tema, cuyo artículos octavo y parágrafo transitorio del noveno han sido analizados por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), el cual, al emitir concepto acerca de la designación del Jefe de Control Internos en Empresas Sociales

⁵ Acuerdo N° 005 de 28 de octubre de 2011.

del Estado, bajo el radicado 20129000020922, cita la circular No. 100-02 de fecha 5 de agosto de 2011, emitida por el Departamento de la Función Pública, permite concluir que es la Alcaldesa Municipal de Sincé, a quien le corresponde designar directamente al Jefe de Control Interno de la ESE Hospital Nivel Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro.

Afirma que, en efecto la función asignada a la Junta Directiva de la ESE Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro, en el el numeral 14 del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, y el numeral 14 del artículo 18 de los Estatutos, consistente en “*Elaborar terna para la designación del responsable de la unidad de Control Interno*”, fundamento principal de la negativa de la convocada, es abiertamente contraria a lo dispuesto en la Ley 1474 de 2011.

Recalca que, el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, que claramente regula la designación del responsable del control interno, fue tajante y expreso en cuanto a su designación, sin señalar ningún procedimiento previo, como lo es la elaboración de una terna por parte de la Junta Directiva de las E.S.E.

Estima que, aplicando el principio general de interpretación jurídica, según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete, al asunto que ahora se revisa, resulta jurídicamente viable deducir que si la ley no distingue procedimiento alguno para la designación del responsable del control interno, el intérprete, en este caso, el Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro, tampoco lo puede distinguir.

Además de lo anterior, se tiene que la ley, en este caso, estatutaria, está siempre por encima de los decretos reglamentarios y los acuerdos expedidos por las juntas directivas de las ESE y, por ende, prevalece aquella, de modo que no puede una norma de inferior jerarquía tener aplicación preferente a una de superior jerarquía.

Declara que, el numeral 14 del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, fue derogado tácitamente por el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, el cual, a su vez, modificó el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, norma especial, que regulaba la designación de los Jefes de Controles Internos de las entidades y organismos del Estado.

Marca que, es más que evidente que las normas (Decretos reglamentarios y Acuerdos de la Junta Directiva de la ESE) que sirvieron de fundamento para negar la posesión

del señor Augusto José de la Ossa Hernández, son abiertamente contrarias a lo instituido en la Ley 1474 de 2011, son de jerarquía inferior a esta última, que además, es de carácter estatutario.

Agrega que, es claro que la presente demanda se centra en debatir principalmente la motivación del oficio de 28 de abril de 2014 expedido por el gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé – Sucre, desarrollando ampliamente nuestra tesis de que quien designa al responsable del control interno es la Alcaldesa del Municipio de Sincé, y sin ningún procedimiento previo, como es la recepción de una terna elaborada por la Junta Directiva de la entidad demandada.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 01 de diciembre de 2014⁶.
- El Despacho mediante auto del 09 de diciembre de 2014⁷ admitió la demanda.
- La demanda fue notificada a las partes el 12 de marzo de 2015⁸.
- La entidad demandada presentó memorial contestando la demanda el 10 de junio de 2015⁹.
- El apoderado de la parte demandante, emitió pronunciamiento sobre las excepciones planteadas por la entidad accionada, con fecha 10 de agosto de 2015¹⁰.
- Por auto de fecha 28 de octubre de 2015¹¹, se dio por contestada la demandada y se fijó el día 19 de mayo de 2016 a partir de las 10:00 a.m. para llevar a cabo audiencia inicial.
- Con fecha 19 de mayo de 2016¹², se llevó a cabo audiencia inicial, en la cual se ordenó vincular al señor JESÚS RAFAEL DOMÍNGUEZ GARRIDO, como tercero con interés directo en la actuación e incluir como acto demandado la resolución N° 12010101 del 02 de enero de 2012 expedida por el Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra señoras del Socorro de Sincé, suspendiéndose el proceso hasta tanto se surta el traslado correspondiente.
- La parte demandante, con fecha 07 de junio de 2016¹³, presento solicitud de nulidad.

⁶ Folio 129 del expediente.

⁷ Folio 131 del expediente.

⁸ Folio 139 - 144 del expediente.

⁹ Folio 151 - 347 del expediente.

¹⁰ Folio 349 - 356 del expediente.

¹¹ Folio 360 del expediente.

¹² Folio 368 - 369 del expediente.

¹³ Folio 377 - 388 del expediente.

- El Tercero con interés directo en el proceso, presentó dentro del término legalmente establecido contestación de demanda¹⁴.
- Por auto del 16 de septiembre de 2016¹⁵, se resuelve la nulidad planteada por la parte actora, dejando sin efecto el auto del 19 de mayo de 2016 y se citó para el día 19 de octubre de 2016 a partir de las 02:30 p.m. para realización de audiencia inicial.
- Llegado el día 19 de octubre de 2016¹⁶, se llevó a cabo audiencia inicial, se prescindió de etapa probatoria y se corrió traslado por el término de 10 días a las partes para la presentación de alegatos.
- La parte demandada con fecha 02 de noviembre de 2016¹⁷, aporta alegatos de conclusión. De igual forma lo hace la apoderada del demandante, el día 02 de noviembre de 2016¹⁸.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1.3.1. E.S.E. HOSPITAL LOCAL NIVEL I NUESTRA SEÑORAS DEL SOCORRO DE SINCÉ¹⁹:

Frente a las pretensiones de la demanda, manifestó que se opone a todas y cada una de ellas.

Atinente a los hechos de la demanda, aceptó como ciertos el primero, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo tercero y décimo cuarto, los cuales están referidos a la expedición del acuerdo N° 007 del 29 de diciembre de 2011, de la resolución 12010101 del 02 de enero de 2012 por la Gerente de la entidad demandada, y de la emisión del decreto N° 0179 del 31 de diciembre de 2013, por medio del cual se designó al demandante como Profesional Universitario Control Interno de la E.S.E. accionada, la presentación del recurso de reposición contra la resolución N° 0179, la respectiva contestación del recurso por medio del decreto N° 023 del 13 de marzo de 2014 y al agotamiento de la conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público con resultado fallido.

¹⁴ Folio 396 - 398 del expediente.

¹⁵ Folio 400 - 401 del expediente.

¹⁶ Folio 404 - 411 del expediente.

¹⁷ Folio 425 - 427 del expediente.

¹⁸ Folio 428 - 440 del expediente.

¹⁹ Folio 151 - 347 del expediente.

Los hechos segundo, décimo primero, décimo segundo, los catalogó como no falsos; y sobre el hecho décimo indicó que no le consta.

Fundamenta su defensa alegando que, el acuerdo 005 de 2011 expedido por la entidad accionada, no es contrario a la ley 1474 de 2011, puesto que el decreto 1876 de 1994 y el acuerdo mencionado, hacen referencia al procedimiento de enviar una terna por parte de la junta directiva para designar al Jefe de Control Interno, no está diciendo que la junta directiva designa la jefe de control interno, ya que la ley 1474 de 2011, deja esa prerrogativa al nominador del ente territorial, en este caso en el Alcalde del municipio de Sincé – Sucre.

Argumenta que, de no existir los estatutos internos de la E.S.E. demandada, se seguiría el procedimiento establecido en el decreto 1876 de 1994, por ser reglamentario para las Empresas Sociales del Estado descentralizadas, decreto que se encuentra vigente y que no ha sido derogado.

Describe que, la junta directiva de la E.S.E. accionada, en sus reuniones ha expresado que el ente territorial en el nombramiento del demandante como Jefe de Control Interno, no siguió el procedimiento legal establecido en la entidad, toda vez que la designación debió darse previo envío de terna elaborada por la junta directiva de la Empresa Social del Estado.

Asevera que, la administración municipal de Sincé – Sucre, violó el debido proceso administrativo, al tener conocimiento previo de los actos demandados por el accionante y no solicitar a la Junta Directiva de la E.S.E., la revocatoria de tales actos, produciendo un caos jurídico, pues dos personas se encuentran nombradas en un mismo período, atendiendo que al jefe de control interno se había designado hasta el 31 de marzo de 2014.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE²⁰:

La apoderada de la parte demandante expone que, se encuentra debidamente probado por aceptación expresa del hecho quinto de la demanda realizado por la

²⁰ Folio 428 - 440 del expediente.

entidad accionada en su contestación, que el oficio del 28 de abril de 2014, acto administrativo demandado, no se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico, por aseverar que la designación del responsable del control interno de la E.S.E. demandada es su Gerente y de esta forma violar el artículo 8 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011.

Revela que, en el presente asunto, ante la declaratoria de nulidad del oficio de 28 de abril de 2014, el restablecimiento del derecho del demandante es automático, consistente en ordenar a la E.S.E. demandada a i) posesionarlo en el empleo que fue designado mediante Decreto N° 0179 del 31 de diciembre de 2013, denominado Profesional Universitario Control Interno, Código 219, Grado 01, y ii) pagarle los salarios y demás emolumentos dejados de devengar, desde el 1 de enero de 2014 hasta la fecha de su posesión, o hasta el 31 de diciembre de 2017, fecha en que de todas formas se terminaría su periodo, según la fecha en que se expida el acto administrativo que le dé cumplimiento a la sentencia.

Considera que, el criterio consignado en el acto demandado, consistente en que el Gerente designaba al responsable del Control Interno de la E.S.E., previa elaboración de una terna por parte de la Junta Directiva, es errado, pues la Ley 1474 de 2011, modificó el procedimiento señalado en el Decreto 1876 del 3 de agosto de 1994, para designar a los responsables de Control Interno de las E.S.E., sin establecer que para tal designación, el Alcalde debía esperar que la Junta Directiva le enviara una terna.

Asegura que, la función asignada a la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro, en el numeral 14 del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, y el numeral 14 del artículo 18 de los Estatutos, consistente en “*Elaborar terna para la designación del responsable de la unidad de Control Interno*”, fundamento principal de la negativa de la convocada, es abiertamente contraria a lo dispuesto en la Ley 1474 de 2011.

Menciona que, el numeral 14 del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, fue derogado tácitamente por el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, el cual, a su vez, modificó el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, norma especial, que regulaba la designación de los Jefes de Controles Internos de las entidades y organismos del Estado.

Advierte que, mal haría la Alcaldesa Municipal de Sincé, en posesionar al demandante, en un cargo que no existe en la planta de personal del Municipio, pero sí en la de la

E.S.E. demandada, entidad en donde además va a desempeñar sus funciones, en atención a que si bien la ley le da la potestad de designar a los responsables del control interno de las E.S.E., no por ello implica que deba darle posesión como si fuera un empleado de planta de la Alcaldía Municipal, máxime cuando no está dentro de sus funciones.

Por lo anterior, solicita, se acceda a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad del oficio de 28 de abril de 2014, suscrito por el Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé, y se restablezca el derecho del actor, ordenando a la entidad demandada a i) posesionarlo en el empleo que fue designado mediante Decreto N° 0179 del 31 de diciembre de 2013, denominado Profesional Universitario Control Interno, Código 219, Grado 091, y ii) pagarle los salarios y demás emolumentos dejados de devengar, desde el 1 de enero de 2014 hasta la fecha de su posesión, o hasta el 31 de diciembre de 2017.

1.4.2. LA ENTIDAD DEMANDADA²¹:

La E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé - Sucre aduce que, dentro del presente proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, se puede observar que el acuerdo N° 005 de 2011 hace referencia al estatuto Interno de la entidad demandada, en este se encuentran establecidas las funciones de la Junta Directiva de tal ente, entre las cuales esta elaborar terna para la designación del responsable de la Unidad de Control Interno (artículo 18 numeral 14), tal reglamento se encuentra acorde con el decreto 1876 de 1994, que en su artículo 11 numeral 14 establece las funciones de la junta directiva de las Empresas Sociales del Estado, y tal decreto no ha sido derogado por la ley 1474 de 2011. El acuerdo 005 de 2011 y el decreto 1876 de 1994, no son excluyentes, sino complementarias, toda vez que gozan de validez jurídica.

Relata que, está claro que la competencia para nominar la responsable de control interno en las entidades descentralizadas recae sobre la máxima autoridad del ente territorial, que para este caso es el Alcalde municipal, disposición que no se discute, toda vez que el artículo 8 de la ley 1474 de 2011, así lo estipula, pero eso no quiere decir, que tal norma limita la posibilidad de que las entidades sean autónomas en el

²¹ Folio 425 - 427 del expediente.

procedimiento de escogencia, más si tales procedimientos se encuentra reglamentados por la empresa.

Afirma que, al gerente de la E.S.E. demandada, no le correspondía posesionar al demandante, puesto que esta atribución es exclusiva y reservada solo a la máxima autoridad del ente territorial, tal como lo establece la ley 1474 de 2011, en su artículo 8.

Explica que, la Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre, realizó el nombramiento del demandante, pero omitió cumplir todos los pasos y procedimientos para vincular a los funcionarios, como son la posesión del empleo, el terminó para la misma y los requisitos para el ejercicio del cargo.

Manifiesta que, lo establecido en los acuerdos de la E.S.E. y el decreto reglamentario 1876 de 1994, no fue obstáculo definitivo para que la Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre, nombrara y posesionara al demandante, pues la mera formalidad de presentación de una terna por parte de la junta directiva, no bloqueo de manera alguna los procedimientos complementarios de posesión para la efectiva vinculación del accionante en la E.S.E. demandada, puesto que con esto, no se limitó la facultad nominadora para la posesión, la cual solo es atribuida a la máxima autoridad del ente territorial.

1.4.3. MINISTERIO PUBLICO:

Se abstuvo de emitir concepto de fondo.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 28 de abril de 2014²², expedido por el señor Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé – Sucre, mediante el cual se negó la posesión del demandante en el cargo de Profesional Universitario Control Interno, código 219, grado 09, de la planta de personal de la entidad demandada.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico dentro del sub lite se centra en determinar si, ¿el acto administrativo demandado a través del cual se negó la posesión del demandante en el cargo de Profesional Universitario Control Interno, código 219, grado 09 de la planta de personal de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé – Sucre, se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico, y en caso de obtener una respuesta negativa a tal interrogante, establecer si hay lugar a ordenar la posesión del accionante en el cargo para el que fue nombrado y al reconocimiento de los salarios y demás emolumentos dejados de devengar por el actor a título de restablecimiento del derecho?

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: (i) marco normativo actual sobre la elección de los jefes de control interno. (ii) caso concreto.

2.4. NORMATIVIDAD SOBRE ELECCIÓN DE JEFES DE CONTROL INTERNO EN EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO.

De conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política, en la Administración Pública, existen empleos de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, de elección popular, los trabajadores oficiales, y los demás que determine la Ley.

La Ley 443 de 1998 por la cual se expiden normas de carrera en su artículo 5º hace referencia a la clasificación de los empleos en los organismos y entidades regulados por la presente Ley, con las siguientes excepciones:

²² Folio 82 – 88 del expediente.

“1º.

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

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, que adelante se indican, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, así:

En la Administración Central y Órganos de Control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Distrital; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno; Jefe de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor e ~~Inspector de Tránsito y Transporte o el que haga sus veces~~²³, y Personero Delegado de los municipios de categoría especial y categorías uno, dos y tres.²⁴

A su turno el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, modificado por el artículo 8 de la ley 1474 de 2011, por el cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones, preveía que el cargo de Jefe de la Unidad u Oficina de Coordinación de Control Interno, será desempeñado por un funcionario de libre nombramiento y remoción.

Artículo 11º.- Designación del jefe de la unidad u oficina de coordinación del Control Interno. Modificado por el art. 8, Ley 1474 de 2011. El asesor, coordinador, auditor interno o quien haga sus veces será un funcionario del libre nombramiento y remoción, designado por el representante legal o máximo directivo del organismo respectivo, según sea su competencia y de acuerdo con lo establecido en las disposiciones propias de cada entidad. Reglamentado por el Decreto 1826 de 1994.

Parágrafo 1º.- Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional o tecnológica en áreas relacionadas con las actividades objeto del control interno.

²³ Expresiones tachadas declaradas INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-368-99 de 26 de mayo de 1999, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expresiones en cursiva declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante la misma Sentencia.

²⁴ Apartes subrayados declarados CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-506-99 de 14 de julio de 1999, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, '(...) en los términos y bajo los condicionamientos consignados en la parte motiva de esta sentencia'.

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

La ley 1474 de 2011, por el cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, en su artículo 8 establece:

Artículo 8º. Designación de responsable del control interno. *Modifíquese el artículo [11](#) de la Ley 87 de 1993, que quedará así:*

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

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

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

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

Sobre el tema de los nombramientos del Jefe de Control Interno en las Empresas Sociales del Estado, el Departamento Administrativo de la Función Pública, con fecha 14 de julio de 2014, al absolver el interrogante de a quién le correspondía efectuar la designación de los Jefes de Control Interno en las Empresas Sociales del Estado, conceptuó:

“para las entidades que cuentan con el cargo de jefe de o la unidad de la oficina de Control Interno o quien haga sus veces, le informo que la ley 1474 de 2011, “Por la

cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, modifico el texto de los artículos 11 y 14 de la ley 87 de 1993 en el siguiente sentido.

Artículo 8º. Designación de responsable del control interno. *Modifíquese el artículo [11](#) de la Ley 87 de 1993, que quedará así:*

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

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

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

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

Indica la Ley 1474 de 2011 que la designación de los Jefes de Control Interno en las entidades del nivel territorial recae en cabeza de la máxima autoridad administrativa (Gobernador o Alcalde según el caso). Funcionario que será designado por un periodo fijo de cuatro años.

Ahora bien, frente las facultades que tiene los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos, en relación con los Jefes de la oficina de Control Interno, de quien dependen técnica y administrativamente, es necesario tener en cuenta: que frente al procedimiento legal y administrativo para la designación del funcionario responsable de la oficina de control interno, se concluye que la ley 1474 de 2011 modifico el procedimiento señalado en el decreto 1876 del 3 de agosto de 1994, por consiguiente la facultad nominadora del responsable de Control Interno en la Empresa

Social del estado corresponde a la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial, es decir, el alcalde o el gobernador.

Por otra parte, la ley 1474 de 2011 no estableció un procedimiento específico para el nombramiento de los jefes de oficina de control interno, únicamente determinando los requisitos para su desempeño, en consecuencia, esta Dirección considera que los gobernadores y alcaldes en desarrollo de su facultad nominadora podrán establecer un procedimiento meritocratico para la designación o provisión definitiva del empleo de Jefe de Oficina de Control Interno de las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel territorial, tendiendo los requisitos del perfil del cargo señalados en la ley 1474 de 2011 y precisando que se trata de un empleo de período.

Refiriéndonos al nivel territorial, la norma dispuso que el empleo se clasifique como de período fijo de cuatro años, y que será designado por el alcalde o gobernador, en la mitad de su respectivo período, para ello, en el párrafo transitorio del artículo 9 estableció un período transitorio para quienes se encuentren ocupando el cargo al 31 de diciembre de 2011, que permite intercalar el período de los alcaldes y gobernadores con el empleo de Jefe de Control Interno, para que a la mitad de su período realicen dicha designación.

Ahora bien, respecto de quien sea designado en vigencia del párrafo transitorio, culminara el período establecido en esta disposición, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2013, por tanto se nombrará un nuevo jefe de control interno en el nivel territorial, a partir del 1 de enero de 2014 por un nuevo periodo de cuatro años.

Los Jefes de Control Interno de una entidad del nivel territorial, destinatarios de las modificaciones establecidas en la ley 1474 de 2011, cuyo periodo venció el 31 de diciembre de 2013, deberán ser retirados del servicio.”

Por su parte la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, C.P. ALVARO NAMEN VARGAS, con fecha 12 de diciembre de 2013, consideró:

...

Por otra parte la ley 1474 del 12 de julio de 2011, “por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” comprende – tal y como su epígrafe lo indica- una serie de medidas para el fortalecimiento de los mecanismos y órganos encargados de la fiscalización en las entidades estatales. En el capítulo denominado “medidas administrativas para la lucha contra la corrupción”, se

observa que los artículos 8 y 9 disponen que el responsable de control interno de las entidades territoriales es designado por parte del alcalde o del gobernador de la correspondiente entidad por un periodo de cuatro años, que comienza a contarse a partir del inicio del segundo bienio de la elección del mandatario local, en este caso, desde el 1 de enero de 2014.

...

En este orden de ideas, la máxima autoridad administrativa de la correspondiente entidad territorial puede hacer la designación del empleo del funcionario responsable del control interno a la expiración de su periodo, aun dentro de los cuatro meses anteriores a la fecha de la elección presidencial, teniendo en cuenta que: (i) no se presenta el elemento temporal para la aplicación de la restricción establecida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005; y (ii) no tiene el alcance de impedir que las entidades territoriales provean las vacantes que se presenten cuando sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública (sentencia C-1153 de 2005), como ocurriría en este evento, dado que no se puede afectar una función tan sensible e importante como lo es la de control interno.

...

En efecto, en primer lugar la Sala observa que los artículos 8 y 9 de la ley 1474 de 2011 disponen que el cargo de jefe de control interno en las entidades del orden territorial tiene un período fijo transitorio que expira el 31 de diciembre de 2013, momento a partir del cual quedara vacante; asimismo que el artículo 8 de dicha ley impone a los alcaldes y gobernadores la obligación de designar al responsable del control interno de las entidades por un período fijo de cuatro años, contado a partir del 1 de enero de 2014, de donde se infiere que es la propia ley la que de manera expresa e inequívoca ordena proveer la vacante que se presente en dicho cargo a la expiración del respectivo periodo.”

2.5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Resumiendo, la controversia gira en torno a la declaratoria de nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho, del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 28 de abril de 2012²⁵, expedido por el señor Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé – Sucre, por medio del cual se negó la posesión del demandante en el cargo de Profesional Universitario Control Interno, código 219,

²⁵ Folio 82 - 88 del expediente.

grado 09, de la planta de personal de la entidad demandada, lo que al parecer del accionante constituye una infracción de las normas en que debía fundarse.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- Copia simple del Acuerdo N° 005 de 28 de octubre de 2011²⁶, expedido por la Junta Directiva de la E.S.E. Nuestra Señora del Socorro, del Municipio de Sincé.
- Copia simple del Acuerdo No. 007 de 29 de diciembre de 2011²⁷, expedido por la Junta Directiva de la ESE Nuestra Señora del Socorro, del Municipio de Sincé, por medio del cual se ajusta la planta de personal del Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé - Sucre.
- Copia simple de la Resolución N° 12010101 de 2 de enero de 2012²⁸, por medio del cual se hace un nombramiento.
- Copia simple del Decreto N° 0179 de 31 de diciembre de 2013²⁹, por medio del cual se designan los Jefes de Control Interno de las Entidades Descentralizadas del Municipio de Sincé, Sucre, para el período del 1°. De enero de 2014 al 31 de diciembre de 2017”.
- Copia simple del oficio de 31 de diciembre de 2013³⁰, suscrito por la Jefe de Oficina de Asesoría Jurídica del Municipio de Sincé, contentivo de la comunicación del Decreto N° 0179 de 31 de diciembre de 2013, al doctor Augusto José De La Ossa Hernández.
- Oficio de fecha 03 de enero de 2014³¹, por medio del cual el demandante acepta un nombramiento realizado a través del decreto N° 0179 del 31 de diciembre de 2013.
- Copia simple del oficio de 31 de diciembre de 2013³², suscrito por la Jefe de Oficina de Asesoría Jurídica del Municipio de Sincé, contentivo de la comunicación del Decreto N° 0179 de 31 de diciembre de 2013, al doctor Efraín Roldán Lozano, en su calidad de Gerente de la ESE Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro, de Sincé - Sucre.

²⁶ Folio 17 – 51 del expediente.

²⁷ Folio 52 – 54 del expediente.

²⁸ Folio 55 del expediente.

²⁹ Folio 56 – 57 del expediente.

³⁰ Folio 58 del expediente.

³¹ Folio 59 del expediente.

³² Folio 60 del expediente.

- Copia simple del recurso de reposición de fecha 14 de enero de 2014³³, presentado contra el Decreto N° 0179 de 31 de diciembre de 2013, interpuesto por el Gerente de la ESE Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro, de Sincé – Sucre.
- Copia simple del Decreto N° 023 de 13 de marzo de 2014³⁴, “Por medio del cual se rechaza por improcedente el Recurso de Reposición interpuesto contra el acto administrativo contenido en el Decreto N° 0179 de fecha 31 de diciembre de 2013.
- Copia simple del acta³⁵ de notificación personal del Decreto N° 023 de 13 de marzo de 2014.
- Copia simple del derecho de petición de fecha 10 de abril de 2014³⁶, presentado por el doctor Augusto José De La Ossa Hernández, ante la entidad demandada.
- Copia simple del oficio de 28 de abril de 2014³⁷, comunicado ese mismo día, mediante la cual la entidad accionada, da respuesta a la petición de fecha 10 de abril de 2014 presentada por el actor.
- Copia simple del concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, radicado 20129000020922 de fecha 18 de febrero de 2012³⁸.
- Copia simple del concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, radicado 20146000036421, de fecha 12 de marzo de 2014³⁹.
- Copia auténtica del Acuerdo N° 010 de 28 de noviembre de 1991⁴⁰, expedido por el Honorable Concejo Municipal de Sincé – Sucre, por el cual se crea el Hospital como Establecimiento Público”
- Constancia de conciliación extrajudicial realizada entre las partes, expedida por la Procuraduría 104 Judicial I, ante los Juzgados Administrativos de Sucre, de fecha 20 de Octubre de 2014⁴¹.
- Acta de conciliación extrajudicial realizada entre las partes, expedida por la Procuraduría 104 Judicial I, ante los Juzgados Administrativos de Sucre, de fecha 20 de Octubre de 2014⁴².

³³ Folio 61 – 73 del expediente.

³⁴ Folio 74 – 77 del expediente.

³⁵ Folio 78 del expediente.

³⁶ Folio 81 del expediente.

³⁷ Folio 82 – 88 del expediente.

³⁸ Folio 109 – 111 del expediente.

³⁹ Folio 115 – 117 del expediente.

⁴⁰ Folio 118 – 121 del expediente.

⁴¹ Folio 124 – 125 del expediente.

⁴² Folio 126 – 127 del expediente.

- Copia de oficio de fecha 17 de marzo de 2014⁴³, suscrito por la jefe de Oficina Jurídica del Municipio de Sincé, por medio del cual se requiere a la entidad accionada de cumplimiento al decreto 0179 del 31 de diciembre de 2013.
- Copia de oficio del 03 de abril de 2014⁴⁴, suscrito por el gerente de la E.S.E Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé.
- Copia de oficio del 08 de abril de 2014⁴⁵, suscrito por la Alcaldesa del Municipio de Sincé.
- Copia de oficio de fecha 16 de abril de 2014⁴⁶, suscrito por el Gerente de la E.S.E Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé.
- Copia de oficio del 07 de abril de 2014⁴⁷, suscrito por el Gerente de la E.S.E Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé.
- Copia de oficio del 28 de mayo de 2014⁴⁸, suscrito por la Alcaldesa del Municipio de Sincé.
- Acta N° 6 del 31 de julio de 2014⁴⁹, de la Junta Directiva de la E.S.E Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé.
- Acta N° 8 del 10 de diciembre de 2014⁵⁰, de la Junta Directiva de la E.S.E Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé.
- Acta N° 01 del 05 de febrero de 2015⁵¹, de la Junta Directiva de la E.S.E Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé.
- Copia del acuerdo 011 de 2011⁵², por el cual se expide el reglamento interno de la Junta Directiva de la E.S.E Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro de Sincé.

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, anteriormente relacionado, se encuentra acreditado que a través del acuerdo 005 del 28 de octubre de 2011⁵³, la E.S.E. Hospital Local Nuestra Señora del Socorro de Sincé – Sucre, actualizó y adoptó un nuevo estatuto, dentro del cual se estableció en la estructura orgánica de la entidad demandada a la oficina de Control Interno.

⁴³ Folio 222 del expediente.

⁴⁴ Folio 234 – 235 del expediente.

⁴⁵ Folio 236 – 238 del expediente.

⁴⁶ Folio 239 – 242 del expediente.

⁴⁷ Folio 243 – 257 del expediente.

⁴⁸ Folio 258 – 263 del expediente.

⁴⁹ Folio 264 – 268 del expediente.

⁵⁰ Folio 270 – 284 del expediente.

⁵¹ Folio 285 – 289 del expediente.

⁵² Folio 326 – 341 del expediente.

⁵³ Folio 17 – 51 del expediente.

A través del acuerdo N° 007 del 29 de diciembre de 2011⁵⁴, se ajustó la planta de personal de la E.S.E. Hospital Local Nuestra Señora del Socorro de Sincé – Sucre, para tal efecto se creó el cargo de Profesional Universitario, quien ejercerá las funciones de Jefe de Control Interno.

Con fecha 02 de enero de 2012, la Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nuestra Señora del Socorro de Sincé – Sucre, por medio de la resolución N° 12010101⁵⁵, nombro al señor JESÚS DOMÍNGUEZ GARRIDO, en el cargo de profesional Universitario, código 219, grado 09, con funciones de Jefe de Control Interno, hasta el 31 de marzo de 2014. Tal decisión tuvo fundamento según se desprende de la parte considerativa del acto administrativo en dar cumplimiento al artículo 8 y 9 de la ley 1474 de 2011.

Con fecha 31 de diciembre de 2013, la Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre. de conformidad con lo señalado en el artículo 8 y 9 de la ley 1474 de 2011, a través del Decreto N° 0179 de 31 de diciembre de 2013⁵⁶, designó como Profesional Universitario Control Interno, código 219, grado 011, de la planta de personal de la E.S.E. Hospital Local Nuestra Señora del Socorro de Sincé – Sucre, al doctor AUGUSTO JOSÉ DE LA OSSA HERNÁNDEZ, para el período fijo comprendido entre el 01 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2017, nombramiento que fue aceptado por el accionante el 03 de enero de 2014, sin que hasta la fecha el demandante haya tomado posesión del cargo para el que fue nombrado.

El motivo que da lugar a la presente demanda, es la negativa del Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nuestra Señora del Socorro de Sincé – Sucre, en acatar el Decreto N° 0179 de 31 de diciembre de 2013⁵⁷, expedido por la Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre, y dar posesión al demandante en el cargo de Profesional Universitario con funciones de Jefe de Control Interno.

De entrada, resulta claro para este despacho, pues así se desprende de un análisis del artículo 8 y 9 de la ley 1474 de 2011, que la elección de los Jefes de Control Interno de las Empresas Sociales del Estado, corresponde a la máxima autoridad administrativa de la entidad territorial; es decir, que esta facultad nominadora recae en los alcaldes o gobernadores, según el caso.

⁵⁴ Folio 52 – 54 del expediente.

⁵⁵ Folio 55 del expediente.

⁵⁶ Folio 56 – 57 del expediente.

⁵⁷ Folio 56 – 57 del expediente.

El acto administrativo demandado, pone de presente la indebida interpretación que la entidad demandada dio a la norma contemplada en el artículo 8 y 9 de la ley 1474 de 2011, considerando erradamente que no le correspondía al Alcalde del municipio de Sincé – Sucre, la designación del Jefe de Control Interno de la E.S.E. accionada y posteriormente estimando que la Junta Directiva de la E.S.E. debía formular una terna para la escogencia de tal servidor público.

Efectivamente tal y como lo anota la entidad demandada, la ley 87 de 1993 por el cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones, en su artículo 11, estipuló que el asesor, coordinador, auditor interno o quien haga sus veces será un funcionario de libre nombramiento y remoción, designado por el representante legal o máximo directivo del organismo respectivo, según sea su competencia y de acuerdo a lo establecido en las disposiciones propias de cada entidad, pero se debe dejar claro que tal disposición fue modificada por la ley 1474 de 2011. Bajo este parámetro, antes de la expedición de la ley 1474 de 2011, correspondía al Gerente de las Empresas Sociales del Estado, designar al Jefe de Control Interno, según las disposiciones establecidas en los estatutos de la entidad.

La E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora del Socorro, a través del acuerdo 005 del 28 de octubre de 2011⁵⁸, adoptó unos nuevos estatutos que gobiernan su funcionamiento, entre la mentada normatividad, se encuentra el artículo 18 que expresa las funciones de la junta directiva, en el numeral 14 se señala que esta elaborara terna para la designación del responsable de la Unidad de Control Interno.

Luego entonces, se tendría que de no existir el artículo 8 y 9 de la ley 1474 de 2011, la elección del Jefe de Control Interno de las E.S.E. se daría por el Gerente de tal entidad, de terna conformada por la Junta Directiva.

Pero como ya se indicó anteriormente, el 12 de julio de 2011, fue expedida la ley 1474 de 2011, que en sus artículos 8 y 9, cambio las reglas de elección del Jefe de Control Interno, que venían siendo aplicadas en las entidades públicas de conformidad con la ley 87 de 1993, es así que el artículo 8 de la ley 1474 de 2011, dejó claro que a partir de su vigencia, la designación del Jefe de Control Interno, de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, entre las que se encuentran como es lógico las Empresas

⁵⁸ Folio 17 – 51 del expediente.

Sociales del Estado, se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Funcionario que será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

La mentada ley 1474 de 2011, fue tan clara, que considerando que había un cambio en las reglas del juego contempladas en la ley 87 de 1993, para la elección de los Jefes de Control Interno, y que se podían presentar en los operadores confusiones sobre aquellas personas que venían ejerciendo el cargo antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, incluyó en la redacción del artículo 9, un párrafo transitorio, que dispuso que para ajustar el período de que trata el presente artículo, los responsables del Control Interno que estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerán en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde haga la designación del nuevo funcionario, conforme a la fecha prevista en el presente artículo.

Sobre tal punto, el Departamento Administrativo de la Función Pública, conceptúo⁵⁹, al respecto, estableciendo que:

“Ahora bien, respecto de quien sea designado en vigencia del párrafo transitorio, culminara el periodo establecido en esta disposición, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2013, por tanto se nombrara un nuevo jefe de control interno en el nivel territorial, a partir del 1 de enero de 2014 por un nuevo periodo de cuatro años.”

En el presente asunto, se tiene que el día 02 de enero de 2012, la Gerente de la E.S.E. demandada, a través de la resolución N° 12010101⁶⁰, realizó un nombramiento para el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 09, con funciones de Control Interno, hasta el día 31 de marzo de 2013, esta decisión administrativa, designó a una persona como Jefe de Control Interno, sobrepasando el límite temporal establecido en la ley 1474 de 2011, que era permitido solo con el fin de ajustar los periodos de conformidad con la nueva ley. Nominación que debía tener una fecha máxima hasta el día 31 de diciembre de 2013 tal como anteriormente quedó sentado.

Es claro que la ley 1474 de 2011, no estableció ningún procedimiento adicional, para la designación del Jefe de Control Interno en una entidad de la rama ejecutiva del nivel territorial. Es decir, no se incluyó como presupuesto de su designación, la

⁵⁹ Concepto Departamento Administrativo de la Función Pública, radicado 20146000112121 de fecha 21 de agosto de 2014, al absolver el interrogante de a quien le correspondía efectuar la designación de los Jefes de Control Interno en las Empresas Sociales del Estado.

⁶⁰ Folio 55 del expediente.

conformación de una terna por parte de otro ente público, en este caso por parte de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado. Si así lo hubiese querido el legislador, lo habría definido de forma expresa en la nueva normatividad.

A pesar de ello, se debe dejar determinado, que la resolución N° 12010101 de 2 de enero de 2012⁶¹, expedida por la Gerente de la E.S.E. accionada, no fue atacada ante la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo cual se presume su legalidad. En todo caso, ante tal decisión administrativa a ocurrido el fenómeno de pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo, en el sentido que ya perdió su vigencia, lo cual implica el respeto de sobre los derechos adquiridos y las situaciones consolidadas.

La Alcaldía del municipio de Sincé – Sucre, haciendo una debida interpretación del artículo 8 y 9 de la ley 1474 de 2011, a través del decreto N° 0179 de 31 de diciembre de 2013⁶², nombró en el cargo de Profesional Universitario encargado de la oficina de Control Interno al señor AUGUSTO JOSÉ DE LA OSSA HERNÁNDEZ, para el período fijo comprendido entre el 01 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2017, término establecido en el artículo 8 de la mentada norma (período fijo de cuatro años).

La Alcaldía del municipio de Sincé, no ha establecido ningún procedimiento de meritocracia para la designación del Jefe de Control Interno de la E.S.E. luego entonces hasta que esto no ocurra, no se le puede exigir a este funcionario, como presupuesto para el nombramiento, más que la persona designada cumpla con los requisitos establecidos en el parágrafo 1 del artículo 8 de la ley 1474 de 2011.

“Por otra parte, la ley 1474 de 2011 no estableció un procedimiento específico para el nombramiento de los jefes de oficina de control interno, únicamente determinando los requisitos para su desempeño, en consecuencia, esta Dirección considera que los gobernadores y alcaldes en desarrollo de su facultad nominadora podrán establecer un procedimiento meritocratico para la designación o provisión definitiva del empleo de Jefe de Oficina de Control Interno de las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel territorial, tendiendo los requisitos del perfil del cargo señalados en la ley 1474 de 2011 y precisando que se trata de un empleo de periodo.”

⁶¹ Folio 55 del expediente.

⁶² Folio 56 – 57 del expediente.

Luego entonces, el Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora de Socorro de Sincé – Sucre, no podía desacatar el nombramiento realizado al actor como Profesional Universitario con funciones de Jefe de Control Interno en la E.S.E. demandada, realizado por la Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre, toda vez que tal designación se dio en cumplimiento de los mandatos legales contemplados en la ley 1474 de 2011, norma vigente que modificó el artículo 11 la ley 87 de 1993.

Ahora bien, resulta pertinente indicar que, al funcionario que le corresponde dar posesión al señor AUGUSTO JOSÉ DE LA OSSA HERNÁNDEZ, en el cargo de Profesional Universitario con funciones de Jefe de Control Interno, de la planta de personal de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora de Socorro de Sincé – Sucre, es al Alcalde del municipio de Sincé – Sucre, al ser este último la autoridad administrativa encargada de su nominación, como ocurre en el caso de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, dentro del término establecido en el decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.5.7.1. Por lo que a fin de dar cumplimiento a lo ordenado en esta sentencia, se ordenara que el Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora de Socorro de Sincé – Sucre, comunique esta decisión a la señora Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre, a fin de que cumpla con su deber legal de realizar la posesión del actor en el cargo al que fue designado.

Se concluye que existió falsa motivación en la expedición del oficio de fecha 28 de abril de 2014⁶³ expedido por el Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora de Socorro de Sincé – Sucre, el acto administrativo a través del cual se negó la posesión del actor en el cargo de Profesional Universitario con funciones de Control Interno, en atención a que se utilizaron consideraciones erradas tanto fácticas como jurídicas.

Colofón de lo anterior, se decretará la nulidad del oficio de fecha 28 de abril de 2014⁶⁴, por medio de la cual se negó la posesión del señor AUGUSTO JOSÉ DE LA OSSA HERNÁNDEZ, en el cargo de Profesional Universitario con funciones de jefe de Control Interno, de la planta de personal de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora de Socorro de Sincé – Sucre.

⁶³ Folio 82 – 88 del expediente.

⁶⁴ Folio 82 - 88 del expediente.

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Corolario de todo lo expuesto, deviene la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por lo que se declarará la nulidad del oficio de fecha 28 de abril de 2014⁶⁵, expedido por el Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora de Socorro de Sincé – Sucre, y el consecuente restablecimiento del derecho, en el sentido de ordenar a la entidad demandada ejecutar todos los trámites administrativos necesarios para dar cumplimiento al decreto N° 0179 de 31 de diciembre de 2013⁶⁶, una vez la Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre, de posesión al señor AUGUSTO JOSÉ DE LA OSSA HERNÁNDEZ, en el cargo de Profesional Universitario encargado de la oficina de Control Interno, por lo que resta del periodo fijo para el cual fue designado, que culmina el 31 de diciembre de 2017, para tal efecto el Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora de Socorro de Sincé – Sucre, comunicara esta decisión a la señora Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre, a fin de que cumpla con su deber legal de realizar la posesión del actor en el cargo al que fue designado.

Igualmente se condenará a título de restablecimiento del derecho a la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora de Socorro de Sincé – Sucre, al reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir por el actor, desde el día 01 de abril de 2014, hasta cuando se produzca efectivamente su posesión, ejercicio de cargo que se dará hasta el día 31 de diciembre de 2017, según lo establecido en el decreto N° 0179 de 31 de diciembre de 2013⁶⁷, expedido por la Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre.

Dicha liquidación la efectuará el Departamento de Sucre, según los parámetros antes dichos, la cual la actualizará conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (Vigencia a la fecha

⁶⁵ Folio 82 - 88 del expediente.

⁶⁶ Folio 56 – 57 del expediente.

⁶⁷ Folio 56 – 57 del expediente.

de ejecutoriada la sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada prestacional.

Los intereses se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Así mismo, el tiempo de servicios, se tendrá en cuenta para efectos pensionales, razón por la cual la E.S.E. de Sincé - Sucre, deberá consignar en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija el actor el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término que estuvo desvinculado del ente territorial.

CONCLUSION:

En lo que hace al interrogante principal que se planteó *ab initio*, será positivo puesto que, el acto demandado estuvo falsamente motivado, ya que los argumentos fácticos y jurídicos que sirvieron de fundamento a tal decisión, fueron erróneamente interpretados, impidiendo que el actor tomara posesión de un cargo en el que se encontraba legalmente nombrado.

4. CONDENA EN COSTAS:

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP., y los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del oficio de fecha 28 de abril de 2014⁶⁸, expedido por el Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora de Socorro de Sincé – Sucre, por medio del cual se negó la posesión del señor AUGUSTO JOSÉ DE LA OSSA HERNÁNDEZ, en el cargo de Profesional Universitario encargado de la oficina de Control Interno de la entidad demandada.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** al Gerente de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora de Socorro de Sincé – Sucre, comunicar esta decisión a la señora Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre, a fin de que esta última cumpla con su deber legal de realizar la posesión del señor AUGUSTO JOSÉ DE LA OSSA HERNÁNDEZ, identificado con C.C. N° 7.478.945 en el cargo de Profesional Universitario encargado de la oficina de Control Interno de la planta de personal de la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora de Socorro de Sincé – Sucre, empleo en el que fue nombrado a través del decreto N° 0179 de 31 de diciembre de 2013⁶⁹.

Igualmente se **ORDENA** a la entidad demandada ejecutar todos los trámites administrativos necesarios para dar cumplimiento al decreto N° 0179 de 31 de diciembre de 2013⁷⁰, una vez la Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre, de posesión al señor AUGUSTO JOSÉ DE LA OSSA HERNÁNDEZ, en el cargo de Profesional Universitario encargado de la oficina de Control Interno, por lo que resta del periodo fijo para el cual fue designado, que culmina el 31 de diciembre de 2017.

TERCERO: CONDENAR a la E.S.E. Hospital Local Nivel I Nuestra Señora de Socorro de Sincé – Sucre, a reconocer y pagar la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir por el actor, desde el día 01 de abril de 2014, hasta cuando se produzca efectivamente su posesión, ejercicio del cargo que se dará hasta el día 31 de diciembre de 2017, según lo establecido en el decreto N° 0179 de 31 de diciembre de 2013⁷¹, expedido por la Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre. La liquidación deberá hacerse tal como se indicó en la parte motiva de este proveído.

⁶⁸ Folio 82 - 88 del expediente.

⁶⁹ Folio 56 – 57 del expediente.

⁷⁰ Folio 56 – 57 del expediente.

⁷¹ Folio 56 – 57 del expediente.

Así mismo, el tiempo de servicios, se tendrá en cuenta para efectos pensionales, razón por la cual la E.S.E. HOSPITAL LOCAL NIVEL I NUESTRA SEÑORA DEL SOCORRO DE SINCÉ - SUCRE, deberá consignar en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija el actor el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término que estuvo desvinculado de la entidad demandada.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, en porcentaje del 5%, por Secretaría tásense.

QUINTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ