



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00077-00
Demandante: MAURICIO PINZÓN ORJUELA
Demandado: Centro Dermatológico "FEDERICO LLERAS ACOSTA" ESE
Asunto: Sentencia de primera instancia

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor PINZÓN ORJUELA en contra del Centro Dermatológico "FEDERICO LLERAS ACOSTA" ESE.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor PINZÓN ORJUELA, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 116 del 8 de septiembre de 2016, mediante el cual la entidad demandada, declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 11 Área Subdirección Técnico Científica / Farmacia de la Planta Globalizada de la entidad accionada, que venía ejecutando desde el 11 de agosto de 2010.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, solicitó se ordenara a la demandada, efectuar su reintegro al cargo antes mencionado o a otro igual o superior categoría, así como condenarla al pago de todos los salarios, subsidios, primas legales y extralegales, bonificaciones, cesantías, vacaciones intereses a las cesantías y en general los demás emolumentos con los incrementos pertinentes desde la fecha de su retiro hasta que se haga efectivo su reintegro sin solución de continuidad, además de 100 SMLMV por concepto de daños morales, junto con la respectiva indexación y corrección monetaria, gastos médicos, farmacéuticos y hospitalarios que tuvo que cancelar durante su desvinculación, todo ello con aplicación de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA, así como a las costas del proceso.

Como sustento fáctico de las pretensiones informó la parte actora, que como el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 11 Área Subdirección Técnico Científica / Farmacia de la Planta Globalizada de la demandada estaba vacante, el gerente de la misma solicitó a la CNSC la autorización para su provisión, la cual fue otorgada el 9 de agosto de 2010, razón por la que mediante Resolución del 11 de agosto del mismo año fue nombrado en provisionalidad para ocuparlo desde tal fecha, esto es del 11 de agosto de 2010, hasta el 8 de septiembre de 2016, lo que aduce, realizó de forma ejemplarizante por lo que nunca recibió llamados de atención ni se le iniciaron procesos disciplinarios en su contra.

Asevera que durante su vinculación fue calificado y evaluado, obteniendo calificaciones que oscilan entre el 82% y el 96%, y que el 11 de noviembre de 2011 sufrió un accidente laboral por el derrumbamiento de "centenares cajas de cartón de 60 Cms por 50 cms, que contenían frascos, envases con dermocosméticos y medicamentos que estaban apiladas en un espacio de 3 metros de largo por 2 de alto" al respaldo de su silla, que fue oportunamente reportado a la ARP Positiva y en virtud del cual empezó a sufrir graves quebrantos de salud pues no podía permanecer sentado mucho tiempo, debiendo someterse a terapias físicas para las cuales tenía que ausentarse de su trabajo, previa información a su jefe inmediato, quienes hasta finales de enero de 2016 fueron conscientes de su problema y le facilitaban permiso para su recuperación.

No obstante, indica que en noviembre de 2015 fue nombrada la médico Elin Xiomara Perea Flórez como subdirectora Técnico Científica de la entidad, quien aduce, tiene una personalidad y comportamiento difícil que hace imposible la convivencia laboral, por lo que en desempeño de otro cargo, tuvo problemas con su jefe inmediata y con una subalterna, señora María Consuelo Cortez que derivó en quejas ante el Comité de Convivencia Laboral y ante la Procuraduría General de la Nación.

Afirma que dicha funcionaria empezó a realizarle actos de hostigamiento, como hablar mal de él, persecución y acoso laboral al utilizar palabras deshonrosas, gritos, bullying en horas de almuerzo, a gritarle en público y en el pasillo frente a la farmacia por que no cumplía con sus funciones, incluso algunas que no estaban a su cargo, pues en abril de 2016 la entidad firmó un contrato con la empresa Transporte Nuevo Rumbo para el transporte de medicamentos a domicilio, del cual nunca le notificaron que debía apoyar ejerciendo la interventoría sobre el mismo.

Agrega que no había reloj para registrar la entrada y salida a laborar así como los vigilantes tampoco anotaban su ingreso al punto que lo llamaban a preguntarle a qué hora había entrado, sin embargo la Dra. Perea Florez le requería sobre el cumplimiento del horario laboral, aduciendo llegadas tarde sin ser ciertas y a sabiendas de que estaba en terapias lo cual, situación que fue denunciada ante el Comité de Convivencia el 6 de julio de 2016, ya que tal persecución le causó daños en su salud por lo que tuvo que recibir tratamiento psicológico, donde le recomendaron reposo de mínimo un mes, y aunque le debían dos periodos de vacaciones solo fue autorizado uno de ellos.

Señala además que al parecer quien cubrió sus vacaciones, Claudia Patricia Acosta Mielles , orquestó con su jefe inmediato su declaración de insubsistencia al regreso de las vacaciones, cuando arreció el acoso laboral, por lo que ante la noticia de que iba formular queja disciplinaria, ella hizo que él fuera desvinculado mediante el acto administrativo demandado, nombrando en su reemplazo a la señora antes mencionada quien tiene menos experiencia y formación profesional, luego su retiro no fue para mejorar el servicio, por lo que efectivamente formuló queja ante la Procuraduría General de la Nación, informando el trámite surtido con posterioridad.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos, 5º del Decreto 2400 de 1968, 7º del Decreto 1572 de 1998, Ley 790 de 2002, 1º, 24, 25, 37, 38, 39 y 41 de la Ley 909 de 2004, artículos 1º, 2º, 6 y 7 de la Ley 1010 de 2006, 74 de la Ley 1622 de 2013, 1º, 8 y 9 del Decreto 1227 de 2005, Decreto 3820 de 2005, Decreto 1927 de 2007 y el 5º del Decreto 4968 de 2007.

Señaló que el acto acusado está (i) Falsamente motivado básicamente porque sufrió actos de hostigamiento y persecución tras haber sufrido un accidente laboral, luego las supuestas ausencias en que se funda su retiro son falsas por estar justificadas con el tratamiento que debía recibir, agregando que es un servidor destacado, lo que reflejan sus calificaciones, pero al denunciar actos de corrupción ante el Sindicato se generó la persecución laboral.

Así mismo indicó que (ii) fue expedido de manera irregular y arbitraria, pues obedeció a móviles ocultos diferentes al buen servicio y en contra del retén social por estabilidad reforzada, por lo que además ostenta (iii) desviación de poder toda vez que no existió causal alguna de retiro que le fuera imputable, sino que se dio, para

nombrar a otra profesional con menos experiencia y formación profesional, y por negarse a avalar actos y procedimientos irregulares.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la entidad accionada contestó la demanda (fls.267 - 284), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones por cuanto el acto impugnado se ajusta a la Constitución, la ley y los reglamentos, para lo cual indicó que las evaluaciones realizadas al demandante no eran de desempeño laboral sino de competencias, luego solamente identifican sus potencialidades y debilidades y el hecho de que las mismas hayan sido favorables no enervan la facultad que ostenta la nominadora para retirarlos del cargo cuando se evidenciara que se había incurrido en conductas ajenas al buen servicio, como son en este caso, i) incumplimiento reiterado del horario de trabajo, ii) Incumplimiento de sus deberes funcionales, iii) Observancia de conducta irrespetuosa y hostil así como actos de violencia contra su superior.

Agregó que como el buen servicio y los principios que orientan la función administrativa se han visto afectados por el actor no podía permanecer en el cargo, además que no aporta ningún elemento de juicio que acredite el presunto acoso laboral del que consideraba ser víctima y por el contrario sus incumplimientos reiterados se encuentran demostrados con los informes y llamados de atención no solo por la doctora Perea sino también por funcionarios como su jefe inmediato anterior, más cuando las fechas en que se presentaron las faltas no coinciden con las incapacidades y citas acreditadas, luego no se pueden entender justificadas por razones médicas, así como tampoco con las terapias que se certifican en los anexos, pues no existe la prescripción médica de las mismas, no se tiene certeza de la entidad que expidió tales documentos, ni que quien lo suscribió cuente con el registro de habilitación (RETHUS) del Ministerio de Salud y Protección social, además que la demandada nunca fue informada de la programación de las mismas.

Además de lo anterior, refirió las continuas inobservancias de sus funciones, que quedaron evidenciadas en los informes, tanto de visita rendido por la Secretaría Distrital de Salud, como de Auditoría Interna rendido por la Oficina de Calidad de la entidad, ambos de junio de 2016, en los que se pusieron de presente graves incumplimientos en el área de Farmacia atribuibles al actor, pese a que su superior jerárquica había advertido con anticipación los requisitos de habilitación, entre otras circunstancias.

En ese orden, respondiendo a cada uno de los hechos de la demanda, adicionó que aunque es cierto que el actor sufrió el accidente laboral referido, no lo es que su oficina sirviera de bodega, sino que en la Farmacia debe existir un stock mínimo de productos, que según el informe de la ARP la parte afectada con el incidente fueron la mano y el hombro izquierdos y que siempre que justificó sus ausencias los permisos fueron otorgados sin inconveniente alguno; así mismo indicó que el supuesto comportamiento y personalidad difíciles que endilga a la doctora Perea Flórez no son ciertos y en cuanto a los disgustos de ella con la señora Consuelo Cortés, señala que fue la primera quien formuló queja contra la segunda por su conducta grosera.

Igualmente manifestó que el actor confunde el ejercicio de las potestades de mando, instrucción, ordenación y supervisión asignadas a sus superiores, con un supuesto hostigamiento laboral, por el que constantemente acudía a formular acusaciones de maltrato, como ocurrió también con otro superior, el Doctor Fernando Trillo Figueroa a quien acusó de las mismas conductas.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En la etapa procesal correspondiente, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por los dos apoderados de las partes en litigio, reiterando los argumentos antes invocados en sus intervenciones previas para sacar adelante sus mecanismos de acción y defensa.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 13 de septiembre de 2017 (Fls. 304 y ss.), se determinó que el problema jurídico a resolver se centra básicamente en establecer,

- (i) Si resulta procedente declarar la nulidad del acto acusado y en su lugar le asiste derecho al actor a ser reintegrado al cargo que venía ocupando en la entidad demandada desde el 11 de agosto de 2010,

- (ii) Si la ESE demandada debe pagarle todos los salarios, subsidios, primas, bonificaciones y demás prestaciones y emolumentos que debió percibir durante el tiempo que permaneció desvinculado y sin solución de continuidad, y
- (iii) Si tiene derecho a que le paguen los gastos que efectuó por concepto de servicios médicos, farmacéuticos, hospitalarios y odontológicos durante el periodo que duró desvinculado.

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

Obran como tal, las siguientes documentales dentro del plenario:

- a) Copia de la Resolución No. 116 del 8 de septiembre de 2016, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento provisional del actor (fl. 3-11).
- b) Constancia laboral del actor (fl. 15).
- c) Reporte de citas y terapias alternativas (fls. 24 -25)
- d) Copias de historias clínicas y órdenes médicas (fls. 28 – 42)
- e) Relación de citas asignadas (fls. 46 – 47, 55-56)
- f) Prescripciones e incapacidades médicas (fls. 48-54, 57-94, 151-159, 167-169, 179)
- g) Copias de comunicaciones internas (fls. 95-119, 162-166, 172-174, 183, 332-367)
- h) Acta de aplicación de medidas correctivas Policía Nacional (fls. 120-121)
- i) Queja disciplinaria ante la procuraduría General de la Nación (fls. 125-134)
- j) Documentos que hacen parte de la hoja de vida del actor (fls. 135-150)
- k) Acta No. 07 del 18 de julio de 2016 (fl. 187-191)
- l) Testimonio rendido por la señora Maria Consuelo Cortes Echeverry (fl. 372)
- m) Historial de incapacidades y autorizaciones expedidas al actor (fl. 372-380)
- n) Informe de accidente de trabajo (fls. 388 - 389)
- o) Copias de pruebas allegadas por la parte demandada (Cuaderno No. 2)
- p) Hoja de vida del señor MAURICIO PINZÓN ORJUELA (Cuaderno No. 3)
- q) Actuaciones ante el Comité de Convivencia (Cuaderno No. 4)
- r) Actuación ante la Procuraduría General de la Nación (Cuaderno No. 5)

3. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Vale precisar que en la contestación de la demanda, no se formularon excepciones de mérito.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- De la vinculación de empleados en provisionalidad.

De acuerdo con el mandato del artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2003 y Acto Legislativo 01 de 2008, los empleos públicos por regla general deben ser provistos en carrera administrativa por medio de concurso público en el cual se determinen los méritos y calidades de los aspirantes, por tal razón el Gobierno Nacional profirió la Ley 909 de 2004, *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, donde se estableció dicha carrera como un sistema técnico de administración de personal, de la siguiente manera:

“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.”

Ahora bien, el Decreto 1227 de 2005 *“por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998”*, dispuso en su artículo 7º (modificado por el art. 1 del Decreto Nacional 1894 de 2012), con qué personas debía efectuarse la provisión definitiva de los empleos de carrera, precisando que si agotadas dichas opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Sin embargo, los artículos 9 y 10 *ibídem*, establecen que los empleos de carrera pueden ser provistos por nombramientos provisionales cuando no fuere posible proveerlos por empleados de carrera, pudiendo el nominador dar por terminado el nombramiento, por resolución motivada, como se lee:

“Artículo 9º. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

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.” (Negrilla fuera de texto)

Se advierte que conforme los anteriores presupuestos normativos, los empleos públicos deben ser provistos conforme a las reglas de la carrera administrativa, cuyas normas citadas señalan los pasos y requisitos que se deben cumplir para obtener la respectiva designación, pudiendo el Estado proveer esos cargos en provisionalidad, mientras se completa el proceso de selección de la persona que supere el concurso de méritos y los pasos para quedar inscrito en la administración.

El Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada, que el Estado en uso de la facultad discrecional de la que goza al ser el nominador designa a servidores para que se desempeñen en las funciones del cargo en el cual no ha sido posible nombrar a un funcionario de carrera administrativa, sin que esto le otorgue las facultades propias de dicha carrera¹:

"A su turno, no es lo mismo el nombramiento del servidor que ingresa al servicio sin preceder al concurso de méritos al de aquél que se somete a las etapas del proceso selectivo. En este sentido el nombramiento en provisionalidad no es equiparable al del escalafonado en la carrera administrativa, y por lo mismo el retiro no puede estar revestido de las mismas formalidades.

(...)

En este orden de ideas, el nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer de manera transitoria cargos de carrera, en eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de concurso, o por encargo con otro empleado de carrera.

La situación en provisionalidad, no otorga fuero de estabilidad relativa alguno. Aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé la designación en provisionalidad por un determinado tiempo e igualmente ésta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que la persona designada bajo esa situación adquiera estabilidad por dicho lapso. (Subrayas fuera de texto)

Ahora, respecto a la administración y vigilancia de la carrera administrativa de los servidores públicos, el artículo 130 constitucional dispuso que la misma está a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, exceptuando las que tengan carácter especial, razón por la que conforme a lo previsto en el artículo 8º del Decreto 1227 en cita, se ha establecido que dicha entidad podrá autorizar a las entidades para efectuar nombramientos provisionales, cuando el jefe de la entidad lo justifique por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio, previo cumplimiento de los requisitos fijados por la aludida Comisión, en la Circular 029 de 2007.

¹ Consejo de Estado, Magistrado Ponente: Alfonso Vargas Rincón, diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010), proceso número: 76001-23-31-000-2004-03278-01(1893-08).

- **De la motivación de los actos de desvinculación del empleado en provisionalidad.**

Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia han sido claros en precisar que la administración debe motivar el acto administrativo por medio del cual se desvincula al empleado que desempeña un cargo en provisionalidad, con el fin de se expongan de manera clara, cierta y precisa las circunstancias de hecho y de derecho que sustentan la decisión de prescindir del funcionario.

En ese sentido, vale la pena traer a colación sentencias de trascendencia jurídica en tratándose del retiro de empleados vinculados en provisionalidad, como es el caso de la sentencia **SU-917 de 16 de noviembre de 2010**, de la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, en la que señaló:

“En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas.

- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

- En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que “las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional”, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que “sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores”.

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es “reglada” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “discrecional” mediante “acto no motivado”. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos.

- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aún cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no

tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

(...)

*En síntesis, la Corte concluye que **respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.***

(...)” (Negritas fuera de texto).

Por su parte, el Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve en sentencia del **23 de septiembre de 2010, expediente 2005-1341**, de manera similar adujo:

*“La Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, **sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.***

(...)

El Decreto Reglamentario 1227 de 2005, varía la situación, pero solo cuando se da por terminado el nombramiento provisional antes de cumplirse el término, evento en el cual debe hacerse, ahora sí, por resolución motivada. En el caso del empleado con nombramiento ordinario dispone dicha Ley, que su remoción sigue siendo discrecional y no requiere de motivación alguna.

*De todo lo anterior emerge con claridad, que in factum no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, **que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario;** que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación in absurdo, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen.”*

Posteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación **SU-566 de 2014**, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, discurrió:

“Como manifestación del Estado de Derecho, el principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, de manera que se eviten arbitrariedades y se permita su control efectivo. Dentro de ese propósito, esta Corporación² ha establecido que la Administración debe dar cuenta de las razones que justifican sus decisiones, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.

² Sentencia SU-250 de 1998.

3.4.2. La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso. En esos términos, el deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción”.

A continuación, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia **SU-053 de 2015**, en lo que refiere a la motivación del retiro del servicio de los empleados vinculados en provisionalidad, estipuló:

*“Así, desde la sentencia **SU-250 de 1998**(...) hasta en los más recientes pronunciamientos, la Corte ha sostenido que “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”(…).*

26. *En efecto, en la reciente sentencia de unificación **SU-556 de 2014**(…), la Corte reiteró, en concordancia con los anteriores pronunciamientos, que la inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ocupado un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva su nulidad, con fundamento en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo(…). Bajo esa premisa esta Corte ha sostenido que el “desconocimiento del deber de motivar el acto, es una violación del debido proceso del servidor público afectado por tal decisión, en tanto la naturaleza del cargo le reconoce una estabilidad relativa que en los eventos de desvinculación se materializa en el derecho a conocer las razones por las cuales se adoptó tal determinación”. (…)*

27. *Específicamente sobre el deber de motivación de los actos administrativos sostuvo la sentencia referida que:*

- i. *El principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, con el fin de evitar arbitrariedades y se permita su control efectivo, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.*
- ii. *La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso.*
- iii. *El deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción.*
- iv. *Cuando la Constitución y la ley lo prevean, es posible que el deber de motivar el acto se encuentre atenuado o reducido. Dichas excepciones responden a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa(…).*

Criterio reiterado por la Corte Constitucional en sentencia **SU-288 del 14 de mayo de 2015**, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, al señalar:

“Para la Corte, el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho³, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en

³ artículo 41 de la Ley 909 de 2004, a cuyo tenor, “[e]s reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”

condiciones de igualdad al servicio público. Dicho acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas. La inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ejercido un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva la nulidad del mismo, tomando como fundamento los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo⁴.

A su vez, la motivación del acto ha sido acogida por el Consejo de Estado, tal como se reseñó en la sentencia del 18 de marzo de 2015, de la Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección B de esa Corporación, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, expediente con radicado interno No. 2698-2011, demandante: Flor Margy Malagón Ortiz, demandado: Rama Judicial –Consejo Superior de la Judicatura, al discurrir:

“El 23 de septiembre de 2010, con ponencia de este Despacho, la misma Sala Plena de la Sección Segunda, precisó en el radicado interno: 0883-2008, Actor: María Stella Albornoza Miranda, el alcance de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, respecto del acto de retiro de los provisionales así:

*“...
“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**⁵, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado”.

(...)

Los antecedentes jurisprudenciales y legales citados evidencian y resaltan en este momento, la necesidad de motivar los actos de retiro cuando se trata de empleados o funcionarios nombrados en provisionalidad por esa mera condición, sin importar si pertenecen a la carrera general o a carreras especiales.

(...)”. (Negritas del texto original).

⁴ Dichas apreciaciones son válidas tanto para el texto del Decreto 1 de 1984, como para la Ley 1437 de 2011, dado que el sentido de las disposiciones se mantuvo, al insistir que son nulos los actos administrativos que contravengan normas en las que han de fundarse, y que desconozcan derechos de los administrados afectados por el acto.

⁵ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

⁶ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

En reciente pronunciamiento, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C” en sentencia proferida el 21 de julio de 2016, con ponencia de la Magistrada Amparo Oviedo Pinto, reseño:

*“Es necesario precisar que cuando una persona accede a un cargo de carrera, mediante nombramiento en provisionalidad, en atención a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia, es decir, sin haber participado en el proceso de selección de personal previsto en la ley, **ello no modifica la naturaleza eminentemente transitoria de su nombramiento** y no alcanza a conferirle, por ese solo hecho, una significación más allá de la que la ley concibió.*

En consecuencia, por motivo de la figura excepcional de la provisionalidad en cargos de carrera, surge una estabilidad laboral que se encuentra entre los dos extremos laborales referidos con anterioridad (la provisión de cargos de carrera y aquellos de libre nombramiento y remoción). Se trata de la estabilidad relativa o intermedia, que se manifiesta en la posibilidad con que cuenta el nominador para nombrar y separar de tales cargos a los funcionarios que ejerzan cargos en provisionalidad, pero, con un grado de discrecionalidad restringido, consistente en el deber de justificar los motivos por los cuales se adoptó la decisión de retiro del cargo, que deben responder a una argumentación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho y que logra la protección del derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público del funcionario retirado”. (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, el servidor que ejerce un cargo de carrera y que se hubiese vinculado mediante nombramiento en provisionalidad, como consecuencia de una vacancia definitiva o temporal, conoce que desempeña el mismo de forma transitoria y, por ende, no goza de un fuero de estabilidad, pues no puede variar su naturaleza y, por ello, puede ser separado del mismo, como resultado del nombramiento del empleado que superó el concurso de méritos, por necesidades del servicio y en algunos casos 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.

No obstante, como se observa, la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado ha sido clara en establecer que los actos administrativos por medio de los cuales se declara la insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad, debe estar debidamente motivada.

Estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos

Atendiendo a que el extremo demandante atribuyó a sus diferentes dolencias ser fuente de estabilidad laboral reforzada el Despacho considera pertinente señalar que dicha figura jurídica tiene fundamento en los artículos 13, 25, 47, 53, 54 y 95 de la Constitución Política ya que establece la obligación al Estado de emprender medidas que le permitan a las personas en situaciones de disminución estar inmersas en el

mundo laboral en igualdad de condiciones a los demás ciudadanos y a los empleadores a través del cumplimiento del principio de solidaridad procurar por el mejoramiento de la calidad de vida de aquellas personas que por circunstancias de salud, físicas, mentales, psicológicas o económicas se encuentran en desventaja.

Así las cosas, el Legislador profirió la Ley 790 del 27 de diciembre de 2002 “*Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República*”, que en su artículo 12, consagró:

Artículo 12. Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica⁷, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

El anterior artículo fue reglamentado por el Decreto 190 del 30 de enero de 2003, que en su artículo 12 básicamente reprodujo tal disposición, mientras que en su artículo 13 precisó que el trámite para hacer efectiva la estabilidad laboral reforzada por parte de los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal dentro del “*Programa de Renovación de la Administración Pública en el orden nacional*”, debe respetar las reglas que pasan a citarse:

13.1 Acreditación de la causal de protección

(...)

c) **Personas con limitación física o mental:** Los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de personas con uno de estos tipos de limitación, **deben obtener el dictamen de calificación del equipo interdisciplinario de calificación de invalidez de la Empresa Promotora de Salud, EPS, o Administradora de Riesgos Profesionales, ARP, a la cual estén afiliados, o de no existir este organismo, de la Junta de Calificación de Invalidez y radicar ante el jefe de personal o quien haga sus veces la correspondiente certificación.** El organismo o entidad, podrá solicitar por conducto del jefe de personal, o de quien haga sus veces, la verificación de la valoración presentada a las Juntas de Calificación de Invalidez;

(...).

13.2 Aplicación de la protección especial

Con base en las certificaciones expedidas por los jefes de personal o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral anterior, el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal y teniendo en cuenta la misión y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral.

⁷ Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta la culminación del Programa de Renovación de la Administración Pública conforme a lo establecido en el artículo 16 del presente decreto.”
(Negrilla fuera de texto)

Así mismo, el artículo 14 del Decreto 190 de 2003, señaló que la estabilidad laboral referida concluirá cuando se verifique que el ex empleado ya no hace parte del grupo de personas beneficiarias de la protección especial y cuando finalice el Programa de Renovación de la Administración Pública, que no podrá exceder el 31 de enero de 2004⁸.

Del precedente normativo aplicable de manera analógica, se resalta que la protección laboral a las personas en situación de debilidad manifiesta data desde la Constitución Política, con el fin de que no sean vulnerados sus derechos a la igualdad, trabajo, salud, etc., y que en virtud de los mismos se crearon disposiciones legales en las que estableció en qué casos y que requisitos se requieren para que proceda la estabilidad laboral reforzada cuando se invoque disminución física.

Así las cosas, se consagró que la protección especial laboral cobija a las madres cabeza de familia sin alternativa económica o padres bajo las mismas circunstancias; las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y aquellas a quienes les faltare menos de 3 años para adquirir su derecho a la pensión.

Ahora bien, es necesario resaltar que para efectos de establecer la aplicación del fuero de estabilidad, se deben tener en cuenta las definiciones consagradas en el artículo 1º del citado Decreto, que estipuló respecto de las personas con limitación física, mental, visual o auditiva:

“Artículo 1º. Definiciones. Para los efectos de la Ley 790 de 2002 y del presente decreto, se entiende por:
(...)

1.4 Persona con limitación física, mental, visual o auditiva: Aquella que por tener comprometida de manera irreversible la función de un órgano, tiene igualmente afectada su actividad y se encuentra en desventaja en sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural. De conformidad con la valoración médica de que se trata más adelante, se considera:

- a) **Limitación auditiva:** A partir de la pérdida bilateral auditiva moderada / severa, (...);
- b) **Limitación visual:** A partir de la pérdida bilateral visual desde un rango del 20/60 (...);
- c) **Limitación física o mental:** Quien sea calificado con una pérdida de capacidad laboral en un rango entre el veinticinco (25) por ciento y el cincuenta (50) por ciento, teniendo en cuenta los factores de deficiencia, discapacidad y minusvalía.” (Resaltado fuera del texto)

⁸ Expresión declarada nula en sentencia del 19 de abril de 2005, por el Consejo de Estado –Sección Segunda, C.P. Ana Margarita Olaya Forero, expediente No. 3701-03, actor Winston Miguel León Osorio.

De la norma en cita se colige, que el trabajador para ser beneficiario del denominado retén social por su condición de limitación física, se debe verificar que (i) tenga comprometida de manera irreversible la función de un órgano que afecte su actividad y lo ponga en desventaja respecto de sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural y (ii) que la pérdida de la capacidad laboral se califique entre el 25% y el 50%, teniendo en cuenta los factores de deficiencia, discapacidad y minusvalía.

La persona que se encuentre dentro de las condiciones de salud referidas para ser sujeta de especial protección, requiere además de que el diagnóstico conste en un dictamen de calificación del equipo interdisciplinario de calificación de invalidez de la Empresa Promotora de Salud, EPS, o Administradora de Riesgos Profesionales, ARP, al cual esté afiliado el trabajador, o en su defecto de la Junta de Calificación de Invalidez, el cual debe ser radicado ante el jefe de personal de la entidad o quien haga sus veces.

La Corte Constitucional en sentencia T-002 del 11 de enero de 2011, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, señaló:

“En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que la protección a la estabilidad del empleo es especialmente relevante cuando se trata de sujetos cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. La figura por la cual el ordenamiento jurídico protege a las personas vulnerables a la discriminación laboral se denomina “estabilidad laboral reforzada” y ampara usualmente a mujeres embarazadas, trabajadores con fuero sindical y discapacitados. En el caso de los discapacitados, la “estabilidad laboral reforzada” es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral. Para el efecto cabe destacar que la estabilidad laboral reforzada, a la que se viene haciendo referencia, ampara no solo a aquellos trabajadores que presentan discapacidades, sino, también a aquellos que sin presentar tal condición, se encuentren en situación de debilidad manifiesta, originada en una afectación significativa de su salud, que les cause limitaciones de cualquier índole (...).”

Estabilidad Ocupacional Reforzada – Fuero de salud.

La estabilidad ocupacional reforzada hace referencia a la protección constitucional especial que tienen las personas que en ocasión o no del servicio han sufrido una disminución en su capacidad laboral sin que sea necesario que medie calificación de la Junta médica laboral o del Tribunal Médico Laboral como severo, moderado o profundo, sino que simplemente se requiere que esa afectación en la salud incida sustancialmente en la labor que realiza la persona en condiciones regulares.

Al respecto, la Corte Constitucional, con criterio unificador a través de la sentencia SU - 049 de 2017 estableció:

*“El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una **afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares**, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. (...)*

La Constitución consagra el derecho a una estabilidad ocupacional reforzada para las personas en condiciones de debilidad manifiesta por sus problemas de salud. Ahora bien, como se pudo observar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo –definido conforme a la reglamentación sobre la materia–, sino también quienes experimentan una afectación de salud que les “impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares” (sentencia T-1040 de 2001). La experiencia acumulada por la jurisprudencia muestra que estas personas están también expuestas a perder sus vínculos ocupacionales solo o principalmente por ese motivo y, en consecuencia, a ser discriminados a causa de sus afectaciones de salud. Personas que trabajan al aire libre o en socavones de minería y son desvinculadas al presentar problemas respiratorios (T-594 de 2015 y T-106 de 2015); que en su trabajo deben levantar o trasladar objetos pesados y pierden el vínculo tras sufrir hernias o dolencias al levantar pesos significativos (T-251 de 2016); que operan artículos, productos o máquinas con sus extremidades y resultan sin vínculo tras perder completamente miembros o extensiones de su cuerpo o únicamente su funcionalidad (T-351 de 2015, T-057 de 2016 y T-405 de 2015); que recolectan objetos depositados en el suelo y deben agacharse y levantarse con suma frecuencia y son desvinculadas luego de sufrir problemas en las articulaciones, dolores generalizados y afectaciones en la espalda y las rodillas (T-691 de 2015); que en su trabajo deben desplazarse largas distancias y son despedidas tras presentar dolores inusuales atribuibles al esfuerzo físico extenso (T-141 de 2016).” (Resaltado extra texto).

En ese orden de ideas, el criterio diferenciador para poder otorgar a una persona estabilidad ocupacional reforzada es que la afectación de la salud que sufra incida directamente en las labores que desempeña en condiciones regulares.

CASO CONCRETO

En el asunto de la referencia el señor MAURICIO PINZÓN ORJUELA, a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 116 del 8 de septiembre de 2016, mediante la cual la Directora General de la Empresa Social del Estado Centro Dermatológico “FEDERICO LLERAS ACOSTA” declaró insubsistente su nombramiento del actor en el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 11 Área Subdirección Técnico Científica / Farmacia de la Planta Globalizada de la entidad, razón por la que el Despacho procederá a analizar el acervo probatorio recaudado, a efectos de determinar si dicha actuación en efecto debe ser anulada por encontrarse probado alguno de los cargos alegados por la parte actora.

En ese sentido, de conformidad al precedente de la Corte Constitucional⁹, el objeto de la motivación de los actos atiende a lo siguiente:

1. El principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, con el fin de evitar arbitrariedades y se permita su control efectivo, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.
2. La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso.
3. El deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción.
4. Cuando la Constitución y la ley lo prevean, es posible que el deber de motivar el acto se encuentre atenuado o reducido. Dichas excepciones responden a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa.

De lo anterior se colige, que el hecho de motivar el acto administrativo obedece a la garantía de los principios constitucionales, entre ellos la Cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático y el principio de publicidad, lo que conlleva a que la administración informe las razones que justifican su decisión, permitiendo que la misma sea susceptible de control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así las cosas, como argumentos de las pretensiones impetradas, adujo el actor que el acto atacado es ilegal, básicamente porque se expidió con los siguientes vicios:

⁹ Sentencia SU-053 del 2015 de la Corte Constitucional.

(i) **Falsa motivación** (fl. 237), toda vez que el 11 de noviembre de 2011 el accionante sufrió un accidente laboral, a partir del cual empezó a sufrir graves quebrantos de salud pues no podía permanecer sentado mucho tiempo, debiendo someterse a terapias físicas para las cuales tenía que ausentarse de su trabajo, previa información a sus jefes inmediatos, quienes fueron conscientes de su problema y le facilitaban los permisos necesarios, sin embargo, tras haber sido nombrada la Dra. Elin Xiomara Perea Flórez como subdirectora Técnico Científica de la entidad -quien aduce, tiene una personalidad y comportamiento difícil que hace imposible la convivencia laboral-dicha funcionaria inició a generar actos de hostigamiento, persecución y acoso laboral al utilizar palabras deshonrosas, gritos, bullying en horas de almuerzo, a gritarle en público y en el pasillo frente a la farmacia por que no cumplía con sus funciones, incluso algunas que no estaban a su cargo.

En ese orden, señala el actor que son falsas las supuestas ausencias en que se funda su retiro toda vez que las mismas están justificadas con el tratamiento que debía recibir, más cuando refiere ser un servidor destacado, lo que reflejan sus calificaciones, resultando ilógico un cambio abrupto en el cumplimiento de sus funciones, sino que al denunciar actos de corrupción ante el Sindicato se generó la aludida persecución laboral.

Al respecto, vale señalar que en la Resolución No. 116 del 8 de septiembre de 2016, mediante la cual fue desvinculado el accionante, se invocó como causal de tal decisión la que denominó "*Reiterados incumplimientos del horario de trabajo y en la asistencia a las reuniones y/o comités de trabajo convocados por sus superiores, sin que para el efecto se obtuviera el correspondiente permiso, ni se presentara justificación alguna de las ausencias*", para lo cual citó una serie de circunstancias que se resumen y analizan en los siguientes términos:

- Inasistencia a reunión programada para el 17 de febrero de 2016 a la 1:00 p.m., la cual se evidencia, fue comunicada mediante correo del 10 de febrero anterior¹⁰.
- Ausencia en el sito de trabajo el 18 de marzo de 2016 durante toda la mañana, lo cual se encuentra acreditado con el correo que data de la misma fecha y cuya copia obra a folio 17 (C-2), en el que a las 11:42 a.m. se informa que el actor llegaría sobre las 11:00 a.m. por lo que fue requerido mediante correo de las 14:25, frente a lo cual éste último indicó que estaba en una reunión con su

¹⁰ Como se observa en el folio 15 del cuaderno No. 2

abogada, de la que allegaría soporte, sin que en el expediente obre prueba de ello.

- Ingreso a las 9:00 am., del día 27 de mayo de 2016 a un comité que estaba programado para las 8:00 am, de lo cual reposa constancia a folio 19 (C-2).
- Apertura de la farmacia a las 6:25 am., del 2 de junio de 2016, cuando debió abrirse a las 6:00 am.
- Inasistencia a reunión citada para las 9:30 a.m. del 2 de junio de 2016, cuya comparecencia fue requerida como se observa a folios 22 y 23 del cuaderno 2º.
- Retraso en el ingreso a una reunión señalada para el 14 de junio de 2016, respecto de la cual, en efecto se observa que el accionante a las 8:54 am, informó que se había acercado dos veces para participar de la misma, sin que hubiese iniciado por lo que se encontraba en el área de farmacia (fl. 24, C2); sobre el particular, la entidad argumentó que su jefe, inmediata había constatado que él no se encontraba en tal sitio a la hora de la reunión, sin embargo de ésta última manifestación no obra prueba dentro del expediente.
- Retiro de su puesto de trabajo antes de las 3:00 pm el 16 de junio de 2016, sin que se hubiese presentado justificación alguna.
- Retraso en el ingreso a reunión programada para el 7 de julio de 2016 a las 8:00 a.m., situación que se puso de presente mediante correos de las 8:09 y 8:19 de la misma fecha, así como en el de las 9:05 en el que se indica que el actor llegó a las 8:25 a.m.
- Llegada al sitio de trabajo fuera del horario de trabajo los días 13 y 18 de julio de 2016, por lo que fue requerido mediante las comunicaciones de las que obra copia a folios 29 y 30 (C-2), en los que se refiere su ingreso después de las 8:40 am y 9:15 a.m, respectivamente.
- En reunión de farmacia evacuada el 2 de agosto de 2016, se evidenció que el accionante había incumplido el deber de laborar un sábado al mes conforme a circulares previas, lo cual se acreditó con copia del acta de dicha reunión (fl.31, C-2).

En ese orden, encontramos que salvo por las pruebas referidas en cada uno de los anteriores ítems, el actor no aportó documento alguno que acreditara una justificación válida para las faltas allí descritas, fallas que, si bien no todas ostentan soporte documental por parte de la accionada -sin que para ello sea indispensable contar con un sistema de registro de ingreso de los empleados, pues por regla general, las mismas pueden ser evidenciadas por el personal a cargo-, lo cierto es que el actor tampoco negó la ocurrencia de las mismas.

Vale precisar que en efecto se encuentra probado dentro del plenario, que el 11 de noviembre de 2011 fue reportado un accidente laboral que sufrió el actor, como consta en el informe que obra a folios 388, siniestro en virtud del cual, aduce haber empezado a sufrir graves quebrantos de salud, debiendo someterse a terapias físicas, estando acreditado que asistió a múltiples citas médicas, exámenes, controles y terapias asignadas dentro del sistema de salud y además que en los mismos se prescribió un gran número de incapacidades médico-laborales, como se observa a folios 28 a 94, 151 a 159, así como en la relación que sobre tales circunstancias allegó la EPS SURA (fls. 372 a 380).

No obstante lo anterior, una vez confrontando cada uno de los documentos antes mencionados con los hechos que se invocaron como incumplimiento al horario de trabajo, sin perjuicio de la obligación que ostentaba de acreditarlos ante su empleador en la oportunidad pertinente, no se observa que los mismos coincidan con las fechas y situaciones referidas por la entidad de modo que se puedan entender justificadas las ausencias o retrasos descritos, a excepción del reporte que obra a folio 25, con el que se pretende probar la asistencia del señor Pinzón Orjuela a una serie de citas a terapias alternativas.

No obstante, hay que decir respecto de tal documento, que el mismo no ostenta el mérito probatorio necesario para justificar en debida forma las aludidas fallas, toda vez que no se tiene certeza de que tales terapias estén avaladas por el médico tratante, y tampoco, si quien lo suscribe cuenta con Registro de Talento Humano en Salud (RETHUS) del Ministerio de Salud y Protección Social, en consecuencia no es posible deducir que, como aduce el actor, las ausencias que sirvieron de fundamento para su desvinculación estaban directamente relacionadas con el tratamiento médico del que era objeto.

Ahora bien, en efecto encuentra soporte probatorio la manifestación efectuada por el extremo actor en cuanto a que formuló queja ante el Comité de Convivencia de la entidad el 6 de julio de 2016 (ver fl. 16, C-1), mediante el cual pone en conocimiento una serie de situaciones que, en su sentir, constituyen acoso y persecución laboral, en virtud de la cual se llevó a cabo una reunión extraordinaria el 11 de julio de 2016 (fl. 20, C-1) en la que no se llegó a ningún acuerdo; posteriormente refirió nuevamente los hechos invocados y solicitó información mediante la comunicación de la que obra

copia a folio 113, sin embargo, el 22 de agosto de 2016 en reunión extraordinaria del aludido Comité se determinó:

"De acuerdo a lo anteriormente descrito en la Ley 1010, la Presidente del Comité informa a los involucrados que analizada la queja puesta por el señor Mauricio Pinzón, no se encuentran méritos que demuestren acoso laboral por parte de la Dra. Elin Xiomara Perea, dado que en las comunicaciones y correos que anexa el señor Pinzón y a las pruebas presentadas por la Dra. Elin Xiomara Perea, el Comité evidencia que estas solicitudes por parte de la doctora, son estrictamente laborales, de acuerdo a su jerarquía dentro de la Entidad y para dar cumplimiento a los procesos de la Institución. Igualmente se explica a los involucrados que el Comité de Convivencia invita a las buenas relaciones laborales entre los funcionarios de la Entidad.

(...)

*La Dra. Nohora Velásquez informa a las partes que teniendo en cuenta que no llegaron a ningún acuerdo y en cumplimiento del numeral 7 del artículo 6 de la Resolución No. 0652 de 2012, expedida por el Ministerio de Trabajo se decide remitir la queja ante la Procuraduría General de la Nación, para el trámite respectivo"*¹¹

De lo anterior se extrae que al no haberse acreditado el acoso laboral endilgado, el Comité de la entidad decidió dar cierre a la queja presentada por el actor, remitiendo la actuación a la Procuraduría General, decisión que no puede ser reprochada por este Estrado Judicial, si se tiene en cuenta que, además del dicho del extremo accionante, al plenario tampoco se aportaron medios probatorios que acrediten de manera clara e innegable la ocurrencia de las conductas que aduce constituyen dicho acoso, pues además del testimonio de la señora María Consuelo Cortés Echeverri, solamente se aportaron las copias de las comunicaciones y requerimientos efectuados por su jefe inmediato, sin que los mismos evidencien una actitud humillante, irrespetuosa o burlesca de su remitente, así como tampoco que sean calumniosas, pues no se observa que el actor las haya desmentido o probado que los hechos por los que se le requería no hubiesen ocurrido.

Ahora en lo atinente al mencionado testimonio, en torno al presunto acoso laboral, la deponente básicamente manifestó que (Record 19:00¹²) *Con Mauricio teníamos una hora del almuerzo que es cuando nos reunimos, en una ocasión estaba Mauricio almorzando con migo, eran la una, una y media más o menos y llegó la doctora Xiomara se acercó y le dijo bueno Mauricio vamos vamos, entonces Mauricio le explico que estaba almorzando que ya iba hacia allá y ella le dijo no pues haga lo que yo hago, yo almuerzo papas y una gaseosa y con eso almuerzo, entonces él le dijo no pues espéreme yo almuerzo y luego voy; posteriormente tras exponer sobre la cercanía y ubicación de la oficina de Mauricio y la Dra. Elin Xiomara, al indagarle sobre agresiones verbales o de otro tipo que haya tenido la señora Perea frente al actor manifestó no constarle nada (Record 24:19)*

¹¹ Ver copia del documento a folios 115 a 116 del cuaderno principal.

¹² Del audio contenido en el CD que obra a folio 372 del cuaderno 1º

Analizada tal declaración, la misma da cuenta de un suceso o actitud por parte de la jefe inmediata del actor, que en efecto podría llegar a interpretarse como inadecuada dentro del buen manejo de las relaciones laborales, sin embargo, al margen de que se hubiese acreditado el acoso laboral referido por parte de la Doctora Perea sobre el accionante, lo cual, en todo caso, no es del resorte de este Despacho¹³, lo cierto es que tal circunstancia no justifica o desvirtúa *per sé*, las fallas o faltas en que aquél incurrió y en las que se fundó el acto administrativo objeto de litigio.

De otro lado, frente a la tacha de sospecha formulado en contra del testimonio de la señora Cortes Echeverry, impetrado por la parte demandada durante las diligencias llevadas a cabo el día 3 de octubre de 2017, en virtud de las acusaciones de acoso laboral que se dieron entre la declarante y la Doctora Elin Xiomara Perea¹⁴, vale decir que la misma no implica que se deje de recepcionar el testimonio y menos aún que por tal denominación dejen de ser valorados. En realidad la tacha de sospecha de un testigo es un llamado de atención al juez para que al momento de su valoración tenga en cuenta la particular situación que presenta el deponente, es decir, se trata de una alerta para el juzgador, con la posibilidad que como consecuencia de la tacha, termine despreciando la versión del testigo, pero también que a pesar de aquella alerta, termine asignando todo el mérito probatorio al mismo.

Y es que no se puede pasar por alto el contenido del artículo 176 del Código General del Proceso, en virtud del cual, el Juez debe apreciar las pruebas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en consecuencia, aplicando estos elementos orientadores, puede el Juez determinar que la versión del testigo tachado de sospechoso, no merece credibilidad, si encuentra que la versión del testigo desentona o por el contrario, que a pesar de la tacha, si debe asignarle mérito probatorio a la declaración del testigo ya que está en armonía con las demás pruebas, lo cual ocurrió en el presente caso, pues aun cuando pueden existir circunstancias que afecten su objetividad e imparcialidad, aquéllas solamente obligan a esta juzgadora a analizar dichas declaraciones y a valorarlas bajo una crítica más severa, en conjunto con los demás medios probatorios recaudados, como en efecto se hizo para determinar algunas circunstancias de modo, tiempo y lugar, de los hechos objeto de análisis, razón por la que la aludida tacha debe ser desestimada.

¹³ Téngase en cuenta que dichas conductas deben ser conocidas por el Comité de

¹⁴ De las cuales dan cuenta las documentales que obran a folios 1º a 141 del cuaderno 4º

De otra parte, la entidad accionada invocó igualmente como causal del retiro el “2) *Incumplimiento de funciones*”, para lo cual transcribió algunos hallazgos que quedaron plasmados en el Informe de Visita rendido por la Secretaría Distrital de Salud notificado el 13 de junio de 2016, de los que vale resaltar situaciones como:

“El prestador no aplica especificaciones técnicas para la conservación y control de fechas de vencimiento de medicamentos usados por la institución (...)

No cuenta con normas explícitas sobre restricciones a personal diferente al químico farmacéutico para realización de actividades de asesoría farmacológica y de farmacovigilancia”

Adicionalmente la entidad señaló que previamente había comunicado al actor de la visita que realizaría en ente de control, para que informara las deficiencias a fin de subsanarlas, a lo cual no dio cumplimiento, así como tampoco al plan de acción que se elaboró para corregir tales hallazgos, igualmente que no acató las instrucciones respecto de programación de horas de almuerzo, turnos, actividades administrativas y operativas del personal de Farmacia, ni del plan de contingencia para el cubrimiento del servicio farmacéutico, por lo que se siguieron presentando fallas, como las que fueron referidas en el informe rendido por la Auditoria Interna realizada el 28 de junio de 2016, de las cuales se destaca:

“Falla en la práctica de uso seguro de medicamentos en los medicamentos (LASA) dado que se evidenció la no identificación de medicamentos como ampollas de Dipirona, diclofenalco, tramadol cuyo aspecto es similar, así como tampoco las ampollas de prostigmine y lidocaína, ni ubicación adecuada lo cual genera un riesgo para la atención de los pacientes.

(...)
En el proceso de Servicio al usuario en farmacia se evidencia Incumplimiento de disponibilidad del 100% de LIMP, con faltante de productos (...), que ha representado unos costos de no calidad estimados de \$22.705.394 entre enero y abril de 2016 \$22.705.394”

Así las cosas, el acto administrativo expone una serie de faltas graves en el cumplimiento de las funciones que recaían en el accionante, fallas que no fueron desvirtuadas ni negadas por el actor y que por sí mismas, podrían dar lugar a la terminación de una vinculación contractual, si se tiene en cuenta que ello podría conllevar consecuencias serias y onerosas a la entidad y peor aún a la prestación del servicio, pues incluso pueden llegar a poner en peligro la vida de los pacientes que atiende el Centro Dermatológico “FEDERICO LLERAS ACOSTA” ESE.

Por último en la Resolución No. 116 del 8 de septiembre de 2016, se aludió como casual de retiro, los “3) *Irrespetos y hostigamientos continuos, así como actos de violencia contra su superior jerárquico*”, causal que fue fundada en la narración de diferentes situaciones

que presuntamente se presentaron entre el actor y la señora Elin Xiomara Perea, especialmente un suceso que se dio el 22 de julio de 2016, en el que supuestamente dicha funcionaria recibió del actor, un golpe en el seno derecho que le produjo una incapacidad de 3 días; hecho respecto del cual, en el plenario no obra prueba que lo desvirtúe, sin embargo en declaración efectuada el 5 de septiembre de 2016 ante el comité de Convivencia de la entidad, el señor Pinzón indicó:

"(...) yo entré con mi maleta de ejercicio porque estoy en terapias, cargo el pantalón de la sudadera y una camiseta, uso zapatos de sport y con esos hago ejercicio; cuando yo voy, nos cruzamos y en ese orgullo de los dos, ninguno nos corremos; la toco con la maleta al dar la vuelta y no es contundente para haberle causado los hematomas, pero eso no es así, no fue contundente (...)" (fl. 117, vto)

Con base en lo anteriormente decantado, se colige que no se acreditó que en efecto fueran falsos los hechos y circunstancias en que se fundan las diferentes causales en que se fincó el acto de retiro, entre ellas las presuntas ausencias, pues como se indicó antes, las mismas no se encuentran válidamente justificadas con el tratamiento que debía recibir, así como tampoco que haya sido un "servidor destacado", ni que ello se vea reflejado en sus calificaciones, como aduce, si se tiene en cuenta que en su hoja de vida reposan diferentes requerimientos por faltas similares, como se observa a folios 89, 104 y 132 del C-3, que datan del 23 de julio de 2012, 16 de julio de 2013 y 17 de abril de 2015, respectivamente, la última de ellas en las que se emitió recomendaciones para mejora en la prestación del servicio.

De otra parte vale señalar, que el hecho de que existan felicitaciones o reconocimiento especiales, da lugar a resaltar su buen servicio, pero no que ello sea un criterio de permanencia en el cargo.

Acorde con lo anterior, al margen de que en las calificaciones de competencias, el actor haya obtenido un puntaje alto, las fallas invocadas no representan un cambio abrupto en su comportamiento, como aduce, además de que las presuntas denuncias de actos de corrupción ante el Sindicato tampoco cuentan con respaldo probatorio alguno dentro del expediente, todo lo cual fuerza concluir, que no se acreditó que el acto administrativo objeto de litigio, cuente con el vicio de falsa motivación.

(ii) **Expedición irregular** (fl. 240), para lo cual argumento el accionante que el proceder desbordado y arbitrario que realizó la administración para retirarlo del servicio obedeció a móviles ocultos diferentes al buen servicio y en contra del retén

social por estabilidad reforzada, lo que constituye además una vulneración de las normas del bloque de legalidad y constitucionalidad, razón por la que resulta necesario entrar a analizar si el actor en efecto era o es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada que alude, o al menos a la estabilidad ocupacional, para lo cual, conforme a lo considerado en precedencia, resulta oportuno traer a colación lo indicado al respecto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-400 de 2014, en la cual discurrió:

“Como se indicó en el fundamento 5, para determinar si un funcionario público es beneficiario o no de las prerrogativas dispuestas en el retén social por la condición de discapacidad es necesario verificar la existencia de dos factores específicos:

- 1. El hecho de comprobar que el trabajador tiene comprometida de manera irreversible la función de un órgano, a tal punto que afecta su actividad y lo pone en desventaja en sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural; y*
- 2. Que dicha afectación se encuentre dentro del rango del 25 y 50% teniendo en cuenta los factores de deficiencia, discapacidad y minusvalía.(...)”.*

No obstante, en lo que refiere al segundo requisito preciso:

*“Respecto al segundo componente, es decir, la valoración del rango porcentual de discapacidad, la Sala considera que si bien no se allegó un **dictamen de calificación** del equipo interdisciplinario de calificación de invalidez expedido por una Empresa Promotora de Salud (EPS), una Administradora de Riesgos Profesionales (ARP) o la Junta de Calificación de invalidez, se corrobora que en este caso existe un elemento adicional que habilita la protección del peticionario toda vez que la entidad empleadora ya tenía conocimiento de la situación de discapacidad del mismo, desde el momento en el que fue víctima de un atentado en el año 2009, fecha en la cual tenía un vínculo activo y estuvo incapacitado por largo tiempo.*

(...)

Lo anterior no quiere decir que en adelante los requisitos para poder acceder al retén social por una condición de discapacidad se modifiquen, significa que en aquellos casos en los que se verifique que la entidad liquidadora tiene certeza de una condición de discapacidad, que como en este caso es acreditada con un documento que puede ser valorado por la entidad calificadora, es deber del empleador adelantar las gestiones necesarias para determinar el porcentaje de discapacidad que padece el trabajador; y en ese orden de ideas, a partir de una fundamentación acorde al Estado Social de Derecho, determinar si hay lugar o no a brindar la protección solicitada por una persona que durante su vinculación a una empresa en liquidación adquirió dicha situación de discapacidad. (...)”.

Descendiendo el anterior precedente jurisprudencial al asunto bajo estudio, sea lo primero señalar que en el mismo no obra un dictamen de calificación que permita establecer que el actor cuenta con una disminución de su capacidad laboral que oscile entre el 25 y el 50%; y aunque en algunos casos, el cumplimiento de tal requisito podría flexibilizarse ante la evidente disminución o discapacidad, lo cierto es que ello tampoco ocurre en este caso, pues de la historia clínica y en general de los documentos médicos allegados, no se deriva que el señor Mauricio Pinzón Orjuela tenga comprometida de manera irreversible la función de un órgano, como elemento adicional que habilite su protección.

Bajo las anteriores consideraciones, para esta instancia es claro que el accionante no acreditó el padecimiento de una discapacidad que perturbe de manera irreversible la función de uno de sus órganos, por lo cual no se afecta su actividad y no se encuentra en situación de desventaja respecto de sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural, luego no cumple con los requisitos para ser incluido bajo las prerrogativas del retén social como persona favorecida con la opción de gozar de una estabilidad laboral reforzada.

Estabilidad laboral y ocupacional reforzada

Como se indicó en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, para que la persona sea beneficiaria de estabilidad ocupacional reforzada es necesario que la afectación en la salud que sufra incida directamente en la prestación del servicio en condiciones regulares, independientemente que dicha afectación haya sido calificada por medicina laboral como leve, moderada o profunda, según lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU - 049 de 2017.

Bajo la anterior perspectiva, se encuentra probado que el accionante sufrió un accidente laboral el 11 de noviembre de 2011, accidente que aduce insistentemente, le ocasionó graves quebrantos de salud por lo que no podía estar sentado mucho tiempo como consecuencia de la lesión en el coxis.

Ahora, conforme a las funciones asignadas al actor como Profesional Universitario Código 2044 Grado 11 del Área Subdirección Técnico Científica / Farmacia, según el manual de funciones del que obra copia a folios 42 y 43 del cuaderno 3º, su labor se circunscribe principalmente a planificar, organizar y ejecutar las actividades del servicio farmacéutico, promover el uso adecuado de productos farmacéuticos, realizar atención farmacéutica a los pacientes que lo requieran, apoyar las actividades relacionadas con la adquisición, distribución vigilancia y control de medicamentos y dispositivos médicos, diseñar y participar en investigaciones, desarrollar actividades de farmacovigilancia, ejercer funciones de Secretario del Comité de Farmacia, preparar, presentar, ejecutar y evaluar el plan operativo anual del área.

En tal sentido, como se observa la labor de Subdirector Técnico Científico / Farmacia de la entidad accionada, es netamente profesional de conocimientos específicos y

de apoyo y gestión, que no le exige permanecer sentado necesariamente por largos periodos de tiempo, lo que permite deducir que la afección de la salud del accionante no afectaba directamente la prestación del servicio en condiciones regulares, motivo por el cual según lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU - 049 de 2017, el señor PINZÓN ORJUELA no es beneficiario de la estabilidad ocupacional reforzada.

Por todo lo expuesto, concluye el Juzgado que el accionante no gozaba de estabilidad laboral y/o ocupacional reforzada que le impidiera al Centro Dermatológico "FEDERICO LLERAS ACOSTA" ESE en ejercicio de sus facultades declararlo insubsistente en el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 11 Área Subdirección Técnico Científica / Farmacia de la Planta Globalizada, motivo por el cual, no hay lugar a dar prosperidad al cargo de violación de la Constitución y la Ley por expedición irregular del acto que invaliden la Resolución atacada.

(iii) Desviación de poder (fl. 241), según la cual, "la gerente de la accionada expidió la resolución objeto de litigio sin haber mediado razones del buen servicio y menos aún existir causal alguna de retiro que le fuera imputable como se extrae de la falsa motivación, ya que su despido injusto se dio, de una parte, para nombrar a la Química Farmacéutica Claudia Patricia Acosta Miele, quien tiene menos experiencia y formación profesional y de otra, porque la administración en varias oportunidades le pidió que avalara actos y procedimientos irregulares a lo cual él se negó".

Sobre el particular, dicho cargo ha sido definido como *"la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario"*¹⁵.

Respecto a la desviación de poder, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 6 de mayo de 2012, con ponencia de la Magistrada: Bertha Lucia Ramírez de Páez, dentro del proceso No. 2002-12596-01(1752-09), anotó:

"Existe desviación de poder cuando el funcionario actúa con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, es decir, cuando con la decisión no se busca el mejoramiento del servicio público.

Esta subsección en pronunciamiento de 26 de marzo de 2009, radicado 0312-2008, actor John Alexander Hernández Villamarín, Consejero Ponente Doctor Gerardo Arenas Monsalve, frente a la desviación de poder concluyó lo siguiente:

¹⁵ Consejo de Estado –Sección Segunda- Subsección A. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 7 de marzo de 2013. Expediente No. 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12).

“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. Por eso se dice que cuando la autoridad profiere una decisión administrativa para la cual la ley le ha otorgado competencia pero lo hace con un fin distinto del previsto por el legislador se incurre en una desviación de poder.

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.

Ciertamente, se ha dicho, 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.”

En este orden de ideas, es necesario que quien alega esta causal demuestre en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa.”

Así las cosas, se advierte que la desviación de poder que alega el apoderado del demandante debe ser probada de manera ***“irrefutable y fidedigna”***, evidenciándose de manera clara que la actuación de la administración contraría los fines perseguidos por la ley.

Es decir, que se deben aportar al proceso todos los elementos directos o indirectos que demuestren indiscutiblemente el interés particular y malintencionado de la administración con la expedición del acto acusado.

En ese orden de ideas, estudiadas las documentales obrantes en el expediente considera esta instancia judicial que la parte actora no demostró que el motivo que inspiró la declaratoria de insubsistencia del señor PINZÓN ORJUELA, se hubiera apartado del buen servicio o con fines distintos a los previstos en la ley, en primer término porque, como se analizó ampliamente en precedencia, no se encuentra irrefutablemente demostrada la situación de acoso laboral a la que alude el actor.

En segundo término, porque ante el fracaso de los argumentos que invocó el actor como falsa motivación, fuerza deducir que él sí incurrió en reiterados incumplimientos tanto frente al horario de trabajo como al ejercicio de sus funciones, e incluso en prácticas irrespetuosas con sus superiores, lo que permite colegir que su despido no fue injusto, ni que se dio para nombrar a la Química Farmacéutica Claudia Patricia Acosta Mieles, sino que, al margen de que ella pueda llegar a ostentar menos experiencia y formación profesional, lo cual tampoco se acreditó, lo cierto es que ante la desvinculación de quien ocupaba el cargo, la entidad estaba en la obligación de proveer la vacante, precisamente en aras de evitar una afectación en la prestación del servicio.

Por último, en cuanto a las manifestaciones relacionadas con que la administración en varias oportunidades le pidió que avalara actos y procedimientos irregulares a lo cual él se negó, se advierte que, pese a la gravedad de las acusaciones, el actor no aportó medio de prueba alguno que respaldara su dicho, luego no es posible darle alguna credibilidad a tal señalamiento.

En estas condiciones es claro que la desviación de poder debe tener un respaldo probatorio definido que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto, sin embargo, en el *sub lite*, bajo las consideraciones realizadas, la normatividad aplicable al asunto de la referencia y las pruebas obrantes en el expediente, se concluye que el actuar de la entidad no obedeció a un fin particular, personal o arbitrario, por lo cual, no se evidencia que la entidad haya incurrido en una desviación del poder con la expedición del acto atacado.

Decantado lo anterior, concluye este Despacho que la decisión de la entidad de dar por terminado el nombramiento en provisionalidad del actor, no obedeció a una decisión caprichosa o arbitraria, ni se encuentra viciado de falsa motivación, sino que por el contrario, dicho proceder se ajustó a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, con fundamento en hechos reales y con base en la correcta aplicación de los derechos y principios constitucionales y de normas establecidas por el legislador.

Así las cosas, resulta forzoso concluir que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido el acto demandado, razón por la cual, este Despacho habrá de denegar las súplicas elevadas.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte demandante en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá tal condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo considerado en este fallo.

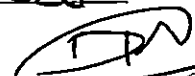
SEGUNDO: Desestimar la tacha de sospecha formulada por el extremo pasivo, en contra del testimonio de la señora María Consuelo Cortes Echeverry, por las razones esbozadas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy <u>2 de mayo de 2018</u> se notifica la sentencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>028</u>  DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario
--

MPV.