



## JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MONTERÍA

Montería, diez (10) de junio del dos mil veintiuno (2021)

### AUTO RESUELVE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

MEDIO DE CONTROL:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
EXPEDIENTE N°:	230013333005202100046
DEMANDANTE:	Cenia Estrella Julio Morelo
DEMANDADO	ESE Hospital San José de San Bernardo Del Viento.

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional presentada por la parte actora contra los actos administrativos enjuiciados.

#### 1. ANTECEDENTES

##### De la solicitud de medida cautelar.

La parte demandante presentó solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados en los siguientes términos:

“Conforme lo establecido en los artículos 229, 230 y 231 del CPACA, pedimos se decrete, como medida cautelar, la suspensión provisional de los siguientes actos administrativos demandados:

1.- Resolución No.417 de agosto 19 de 2020, suscrita por el doctor José Ignacio Arrieta Julio en su condición de Gerente y Representante Legal de la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento, Córdoba, a través de la cual declaro la INSUBSISTENCIA de la enfermera profesional CENIA ESTRELLA JULIO MORELO, identificada con la cédula de ciudadanía No.26.136.267 expedida en San Bernardo del Viento, Córdoba, del cargo de **ENFERMERO (URGENCIA) código 243 grado salarial 6**, cargo de naturaleza carrera administrativa.

2.- Resolución 507 de 15 de septiembre de 2020, suscrita por el doctor José Ignacio Arrieta Julio en su condición de Gerente y Representante Legal de la ESE Hospital San José de San Bernardo del viento, Córdoba, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición instaurado en contra de la Resolución No.417 de agosto 19 de 2020, confirmando la INSUBSISTENCIA de la enfermera profesional CENIA ESTRELLA JULIO MORELO, negando su reintegro, la solución de continuidad y demás emolumentos salariales”.

Como sustento de la medida cautelar, sostiene el demandante en el hecho cuarto y en la solicitud que los actos administrativos cuestionados adolecen de falsa motivación, desviación y abuso de poder, al contener múltiples inconsistencias, errores y desconocer los artículos 2.2.5.3.1 y 2.2.5.3.4 del Decreto DUR 780 de 2016, realizando una interpretación errada de los mismos, contrariando la sentencia SU-917 de 2010 expedida por la Corte Constitucional y el concepto No. 139191 de 2020 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública –DAFP- y finalmente, considera que la entidad demandada utilizó su facultad discrecional con una finalidad contraria al interés público.

Por otra parte, sostiene que la administración aplicó el mencionado artículo 2.2.5.3.1 como lo establecía el artículo 24 del Decreto 1950 de 1973, el cual dejó de tener vigencia el día diecinueve (19) de abril de 2017 al regir en su lugar el Decreto 648 de 2017, lo que constituye una falsedad e ilegalidad en la expedición de los actos administrativos. Adicionalmente, afirma que se desconoció que el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015 fue modificado por el artículo 1º. Del Decreto 648 de 2017, norma vigente a la fecha del nombramiento provisional y de la declaratoria de insubsistencia, configurándose la falsa motivación y abuso de poder con la expedición de los actos acusados, ya que se declaró la insubsistencia del demandante con base en una norma inexistente.



Señala que fueron desconocidas las causales objetivas de separación del cargo que venía asumiendo el demandante en provisionalidad, conforme lo establecen el artículo 125 de la Constitución Política, la Ley 909 de 2004, la sentencia SU-917 de 2010 de Sala Plena de la Corte Constitucional y el concepto 139191 del veintidós (22) de mayo de 2020 expedido por el DAFP.

Por otro lado, agrega que existe una errada interpretación y arbitraria aplicación del artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015 sobre terminación del encargo, norma que no era aplicable debido a que el mismo no se encontraba en esa condición, en prorroga o en periodo de prueba por haber ganado concurso. Finalmente, que se desconoció el concepto 139191 del veintidós (22) de mayo de 2020 debido a que este no autoriza ni conceptúa de manera favorable la declaratoria de insubsistencia de un empleado en provisionalidad en un cargo público con vacancia absoluta.

Añade que al ostentar el estatus de prepensionada como consta en su historia laboral expedida por Colpensiones, no podía ser despedida o excluida de su cargo en la ESE demandada, sino tener la posibilidad de ser vinculada a otro cargo de igual o superior jerarquía en la nueva planta de personal.

### **Traslado a la entidad demandada de la solicitud de medida cautelar.**

La ESE Hospital San José de San Bernardo Del Viento guardó silencio en esta etapa procesal.

## **CONSIDERACIONES**

### **Problema jurídico.**

En el presente caso el problema jurídico principal se centra en lo siguiente:

¿Determinar si es procedente decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados expedidos por el Gerente de la ESE Hospital San José de Bernardo Del Viento, **Resolución No. 417 del 19 de agosto de 2020** por el cual se declaró la insubsistencia de la demandante del cargo de Enfermero (Urgencia), código 243, grado salarial 6, y **Resolución No. 474 del 04 de septiembre de 2020** mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión inicial, por presuntamente adolecer de falsa motivación, desviación y abuso de poder, o si por el contrario, en esta etapa procesal no existen méritos suficientes para decretar la medida cautelar solicitada?

Para resolver el anterior planteamiento el Despacho estudiará los siguientes aspectos: a) *De las medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011*, b) *De las pruebas obrantes en el expediente*, c) *El caso concreto*.

#### **a) De las medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011.**

Las medidas cautelares son herramientas preventivas y temporales de las cuales dispone el Juez a fin de garantizar, mantener, suspender o proteger una determinada situación, un derecho, un bien o una persona, las cuales si no son decretadas en determinados casos generaría o agravaría la vulneración de un derecho sustancial en razón de la demora en su ordenamiento y materialización. Lo anterior se sustenta en que el desarrollo de los procesos judiciales y sus diferentes etapas en algunos momentos puede prolongar la afectación de un derecho, por lo que se hizo necesario, tal como lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C-925 de 1999 que los sistemas jurídicos efectuaran una serie de medidas que pretendan garantizar el equilibrio de



los derechos involucrados en el proceso y la efectividad de la acción judicial, sin las cuales el derecho sustancial y la acción serían inermes<sup>1</sup>.

Debido a esta necesidad, la Ley 1437 de 2011 reguló en el Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda de esta codificación lo relacionado con las medidas cautelares, manifestando en su artículo 229 la procedencia de estas medidas en los procesos declarativos de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en cualquier estado del proceso y a petición de parte, sin que la decisión pueda constituir prejuzgamiento.

“ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos [y en los procesos de tutela] del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio<sup>2</sup>.

Por su parte, el artículo 230 *ejusdem* sostiene que el juez podrá decretar una serie de diversas medidas cautelares de protección tendientes a prevenir, conservar, anticipar o suspender, entre las cuales se encuentra en su numeral 3° la de “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”<sup>3</sup>. En consonancia con lo anterior, el artículo 231 *ibídem* expresa que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, **la declaratoria de la medida de suspensión provisional de los efectos generados por ese acto procede en dos situaciones específicas:** i) Por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas y ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud<sup>4</sup>.

Sobre la naturaleza y fines de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados lo siguiente: “Como un aspecto novedoso, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad, en cabeza del juez de lo contencioso administrativo, para decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. A diferencia del Decreto-Ley 01 de 1984 derogado, la nueva normatividad establece expresamente la finalidad de tales medidas cautelares, cuales son, la necesidad de garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, superando de esta forma la concepción tradicional de mera garantía de control de la legalidad de las actuaciones de la Administración, tal y como se circunscribió en su momento la única de aquéllas: la suspensión provisional. Ello, sin duda alguna, repercute favorablemente en la búsqueda de la materialización del denominado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>5</sup>”.

<sup>1</sup> “En efecto, el plazo que normalmente ocupa el desarrollo natural de los procesos, impuesto por la necesidad de agotar en su orden las diferentes etapas que lo componen, propicia la afectación de los derechos litigiosos haciendo incierta e ineficaz su protección, en cuanto que durante el trámite del mismo estos pueden resultar afectados por los factores exógenos. Por ello, ante la imposibilidad real de contar con una injusticia inmediata, se han implementado en la mayoría de los Estatutos procesales del mundo, incluidos los colombianos, las llamadas medidas cautelares o preventivas que tienden a mantener el equilibrio procesal y a salvaguardar la efectividad de la acción judicial, garantizando con ello los derechos de igualdad y acceso a la administración de justicia (C.P. arts. 13 y 228); derechos que se hacen nugatorios cuando la función jurisdiccional no se muestra eficaz y protectora”. Corte Constitucional. Sentencia C-925 de 1999. Referencia: Expediente D-2407. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 327 y 424 (parcial) del Código de Procedimiento Civil. Actora: María Silvia Salazar Longas. Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

<sup>2</sup> LEY 1437 DE 2011. (Enero 18). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 229. Procedencia de las medidas cautelares.

<sup>3</sup> Ley 1437 de 2011. Artículo 230 numeral 3. Expresión entre corchetes declarada inexecutable mediante sentencia C-284 de 2014.

<sup>4</sup> Expresa la norma: Ley 1437 de 2011. “ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

<sup>5</sup> Consejo de Estado – Sección quinta, Exp. 11001-03-28-000-2016-0004-00, M.P: Rocío Araujo Oñate. “Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que: (...) Era apenas natural que el ordenamiento de las medidas cautelares evolucionara con el tiempo en esa dirección, pues como ha dicho la jurisprudencia constitucional la inevitable duración de los procesos judiciales en ocasiones puede implicar la afectación del derecho a una administración de justicia pronta y eficaz, ya que si bien la justicia llega, lo hace en esos casos demasiado tarde, cuando han tenido lugar daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante”. Resultaba entonces necesario ampliar el catálogo de medidas cautelares, con el fin de asegurar instrumentos efectivos de protección provisional que pudieran usarse en las controversias contenciosas no originadas en un acto administrativo, sino por ejemplo en una omisión o un hecho de la administración. También era imperativo mitigar la radical limitación de la suspensión provisional, con el fin de asegurar una protección previa a la sentencia frente a actos administrativos, que garantizara el derecho a una justicia pronta y efectiva (...).” Corte Constitucional. Sentencia C-284 del 15 de mayo de 2015, M.P: María Victoria Calle Correa.



Por último, al solicitante le asiste el deber de argumentar y probar al menos sumariamente la violación alegada en la petición de suspensión provisional del acto acusado, así como la imposibilidad que la decisión que se expida sea tomada como un acto de prejuzgamiento<sup>6</sup>.

**b) De las pruebas obrantes en el expediente.**

1. Resolución No.1023 de noviembre 29 de 2019. Nombramiento Provisional. Cenía Estrella Julio Morelo.
2. Acta de posesión. Provisionalidad. Cenía Estrella Julio Morelo.
3. Hoja de vida de Cenía Estrella Julio Morelo.
4. Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de la Planta de Personal de la Empresa Social del Estado Hospital San José De San Bernardo Del Viento. NIT No.891000499-4
5. Requisitos para el Cargo de Enfermero (Urgencia) código 243 grado salarial 6.
6. Resolución No.417 de agosto 19 de 2020. Insubsistencia. Cenía Estrella Julio Morelo.
7. Comunicación de insubsistencia. Enviada al Correo electrónico.
8. Recurso de reposición en contra de la Resolución No.417 de agosto 19 de 2020.
9. Resolución No.507 de septiembre 15 de 2020. Resuelve recurso de Reposición. Confirma insubsistencia.
10. Notificación de la Resolución 507 de 2020-09-19. Confirma insubsistencia.
11. Poder especial.
12. Decreto No.0496 del 24 de marzo de 2020. Nombramiento del doctor José Ignacio Arrieta Julio cedula de ciudadanía No.10.939.780 expedida en San Bernardo del Viento, Córdoba, como Gerente de la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento, Córdoba.
13. Acta de posesión de José Ignacio Arrieta Julio como Gerente de la ESE Hospital San Jose de San Bernardo del Viento, Córdoba.
14. Cédula de ciudadanía de José Ignacio Arrieta julio, Gerente de la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento, Córdoba.
15. Solicitud de audiencia de conciliación ante el señor Procurador 189 Judicial I Para Asuntos Administrativos ante Jueces y Tribunal Administrativo de Córdoba. Radicación N°. 1401 de 24 de noviembre de 2020.
16. Acta de audiencia de conciliación ante el señor Procurador 189 Judicial I Para Asuntos Administrativos ante Jueces y Tribunal Administrativo de Córdoba. Radicación N°.1411 de 25 de noviembre de 2020.
17. Constancia de no conciliación expedida por señor Procurador 189 Judicial I Para Asuntos Administrativos ante Jueces y Tribunal Administrativo de Montería. Radicación N°.1411 de 25 de noviembre de 2020, con la cual se da por agotado el requisito de procedibilidad para acudir a la vía contenciosa administrativa.
18. Demanda de tutela de Cenía Estrella Julio Morelo contra de la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento, tramitado ante el Juzgado Promiscuo Municipal de san bernardo del viento.
19. Auto Admite tutela del 30 de septiembre de Juzgado Promiscuo Municipal de San Bernardo del Viento. Radicado No: 236754089-001-2020-00127-00. Cenía Estrella Julio Morelo contra de la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento.
20. Contestación de tutela por la ESE Hospital San José de San Bernardo Del Viento.
21. Pronunciamiento de Cenía Estrella Julio Morelo a respuesta de la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento.

<sup>6</sup> "De acuerdo con las normas y pronunciamientos judiciales citados, surge que es deber del solicitante de esta medida cautelar, argumentar y probar al menos sumariamente su petición, para que el juez o sala competente realicen el análisis de los fundamentos y pruebas allegadas que le permitan tomar la decisión respecto de la misma, al momento de la admisión de la demanda. Es importante dejar claro que el análisis y decisión que sobre la medida cautelar se emita, no es definitivo, no constituye prejuzgamiento y no restringe al operador judicial para que al momento de fallar, asuma una posición total o parcialmente diferente, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, lleven al juez de resolver en sentido contrario al que se adoptó de forma provisional en su primigenia decisión". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejera ponente: Rocío Araujo Onate. Bogotá, D.C., nueve (09) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00082-00.



22. Sentencia de tutela de primera instancia de fecha octubre 08 de 2020.
23. Escrito de Incidente de desacato en contra de la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento.
24. Auto admite incidente de desacato en contra de la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento.
25. Resolución No.649 octubre 28 de 2020, por medio de la cual se reintegró al cargo a la enfermera profesional Cenía Estrella julio Morelo.
26. Sentencia. Incidente de desacato en contra de la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento.
27. Sentencia. Incidente de desacato en contra de la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento.
28. Remisión de tutela a la Corte Constitucional. Cenía Estrella Julio Morelo. Esta tutela no fue impugnada.
29. Resolución No.771 de 2020-12-04 por medio de la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento, donde se suprime el cargo que desempeñaba la actora.
30. Citación a la señora Cenía Estrella Julio Morelo para la notificación de la Resolución No.771 de 2020-12-04 por medio de la cual el ESE demandado suprime el cargo que desempeñaba la actora.
31. Diligencia de notificación de la Resolución No.771 de 2020-12-04 que suprimió el Cargo que desempeñaba mi mandante.
32. Registro civil de nacimiento del joven Eduardo Enrique Julio Morelo, HIJO adoptado legalmente por la Enfermera Profesional Cenía Estrella Julio Morelo.
33. Certificado de estudios del joven Eduardo Enrique julio Morelo, expedido conjuntamente por el Rector y secretaria de la institución Educativa Diego Raul Angulo de San Bernardo del Viento de fecha 26 de enero de 2021 donde consta que el joven Eduardo Enrique Julio Morelo curda grado 10.
34. Declaración Jurada ante Notario Público del señor LUCIANO PEINADO HERRERA, identificado con la cedula de ciudadanía No.50.968.447, ciudadana domiciliada y residente en San Bernardo Del Viento.
35. Declaración Jurada ante Notario Público de la señora ARNELY RESTAN SANDON, identificada con la cedula de ciudadanía No.10.936.489, ciudadano domiciliado y residente en San Bernardo Del Viento.
36. Historia laboral unificada de COLPENSIONES. Cenía Julio Morelo.
37. Historia laboral de Cenía Estrella Julio Morelo certificada por la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento, tiempo laborado en que no cotizó para ningún Fondo de Pensión, posiblemente para la extinta Caja de Previsión Social del Departamento de Córdoba.

**c) Derecho a la Estabilidad Laboral Reforzada de madre cabeza de familia como sujeto de especial protección constitucional.**

La Corte Constitucional se refiere a la mujer cabeza de familia como sujeto de especial protección constitucional de la siguiente forma: *“La mujer que tienen bajo su cargo en forma permanente la responsabilidad de hijos menores propios o ajenos y de otras personas incapacitadas para trabajar y, que dependan de ella, tanto afectiva como económicamente, gozan de especial protección constitucional”*.<sup>7</sup>

Siguiendo con el mismo lineamiento, esta Corte en Sentencia T-061 de 2006<sup>8</sup> se refirió a la estabilidad laboral reforzada de la que gozan las madres cabeza de familia, sin embargo enfatizó

<sup>7</sup> Sentencia T-345 de 2015.

<sup>8</sup> Sentencia T-061 De 2006 M.P., Álvaro Tafur Galvis.



en que so pena de contar debido a la su condición de vulnerabilidad con una “*estabilidad en el empleo*” no puede confundirse con inmunidad en el empleo. En esta medida, resaltó:

“Así entonces, frente a la situación laboral, las madres cabeza de familia gozan de una estabilidad laboral reforzada, la que se traduce en el derecho a permanecer en los empleos que ocupan, por haber ésta asumido la importante función social de velar por el bienestar material y afectivo de quienes la rodean. Por el papel en la sociedad que las mujeres cabeza de familia ejercen, otorgarles beneficios particulares es una aplicación directa de aquel principio de igualdad que esta corporación ha reiterado en tantas oportunidades de dar un trato igual a iguales y diferente entre diferentes.

En conclusión la protección constitucional a las madres cabeza de familia se extiende a la garantía de su estabilidad laboral, así pues, y en ese sentido ha sido amplia la legislación tendiente a la protección de la mujer trabajadora que se encuentra en condición de madre cabeza de familia.

Entonces, cuando una de las partes de la relación laboral está conformada por un sujeto especialmente protegido según la Constitución-mujer cabeza de familia-, niños, el principio a la estabilidad en el empleo, adquiere particular prevalencia, como consecuencia de la protección especial de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas, siempre y cuando no exista una causal justificativa del despido, pues la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo o que proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra”.

**d) Presupuestos jurisprudenciales que da pie a la protección de derechos a la seguridad social, al mínimo vital al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada – prepensionado.**

Como línea jurisprudencial sobre los presupuestos para determinar la calidad de pre pensionado, la sentencia T- 186 de 2013 estableció que; “*El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los pre-pensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público*”<sup>9</sup>.

Así mismo, la sentencia SU-003 de 2018<sup>10</sup> estableció que el requisito para acreditar esta condición y ser beneficiario de esta protección constitucional es que, “*las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que estén próximos (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas – o tiempo de servicio requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión*”. De igual manera, en sentencia reciente T-055 de 2020 la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

“..4.5. Por esta razón, conforme a la regla prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, esta Corporación concluyó, en sus tempranos pronunciamientos, que para determinar si un trabajador tenía la calidad de prepensionado, había que verificar si en los tres años siguientes a la fecha de su desvinculación, lograría adquirir la edad y el mínimo requerido de semanas para acceder al derecho si estaba afiliado al RPM, u, obtendría el capital necesario para hacerse al beneficio pensional si se encontraba en el RAIS[82]. En caso de que ello se configurara y, por supuesto, luego de valorar las condiciones en que se produce esa desvinculación, el juez constitucional debía ordenar el respectivo reintegro que, en cualquier caso, no podía extenderse más allá de la fecha de inclusión en nómina de la pensión de vejez debidamente reconocida[83].

4.6. Sin embargo, el alcance de esta regla fue delimitado –para quienes se encuentran afiliados al RPM– por la Sala Plena de esta Corporación en la Sentencia SU-003 de 2018. En esa providencia, este Tribunal se propuso resolver dos problemas jurídicos. En uno de ellos, buscaba definir si: “(...) cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable”.

Al abordar de manera directa la cuestión planteada, la Sala Plena consideró que, en tales eventos, la persona no podrá ser beneficiaria del fuero mencionado dado que (i) el requisito de la edad podrá cumplirlo de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente y, en consecuencia, (ii) el empleador, con el despido, no está frustrando el acceso a la prestación de vejez (párrafo 59). Esta interpretación se fundó en que “la “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (...)” (párrafo 62).

Habida cuenta de esta última consideración, estas serían las situaciones que podrían presentarse con quien asegure ser un prepensionado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida:

<sup>9</sup> Sentencia T- 186 de 2013, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>10</sup> Sentencia SU-003 DE 2018, M.P Carlos Bernal Pulido.



Condición de la personal	Condición de prepensionado
a) Está a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas.	Si
b) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas.	No
c) Está a tres años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad.	Si
d) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de cumplir las semanas.	No

Así se observa que, de conformidad con la postura unificada de la Corte, solo en los supuestos a y c podrá asumirse que la persona cuenta con la condición de prepensionada, pues allí el empleador estaría frustrándole, abiertamente, su derecho a acceder a la pensión de vejez al impedir, con el despido, que continúe efectuando las cotizaciones mínimas requeridas para tal fin.

4.7. Ahora bien, como ya se manifestó, la Corte ha contemplado la posibilidad de que quien cotice al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pueda ser considerado un prepensionado. Pero dado que los requisitos para acceder a la prestación de vejez en ese sistema son sustancialmente distintos, la valoración que haga el juez constitucional respecto a la aplicación de la estabilidad laboral reforzada para ese tipo de afiliados debe tener en cuenta ese presupuesto [85]. De manera que podrá gozar de la calidad referida quien se encuentre a tres años o menos de alcanzar el monto mínimo previsto para acreditar el derecho o, acudiendo a la analogía con lo dispuesto para los afiliados al Régimen de Prima Media, quien esté a tres años o menos de completar las semanas que le permitan ser beneficiario de la garantía de la pensión mínima [86]. Así, si encontrándose en alguna de las circunstancias anteriores un empleado es despedido, mutatis mutandis podría afirmarse que el empleador frustró su expectativa pensional y por tanto procede el amparo, fundamentalmente, de su derecho a la seguridad social...”.

La Constitución recoge en el artículo 43 el marco normativo en donde se hace relación a los principios y derechos mínimos con los que cuenta la mujer. Entre estos se puede encontrar el derecho a no ser discriminada bajo ninguna circunstancia, como manifestación del principio de la dignidad humana; el derecho a recibir la protección especial cuando se encuentre en estado de embarazo y el derecho que ha venido desarrollando la jurisprudencia de la protección reforzada cuando se trata de una mujer cabeza de familia quien en la actualidad es la responsable de su núcleo familiar. Se convierte en una norma especial donde se materializan los fines del artículo 13 Constitucional, que consagra a la igualdad como derecho y como principio. En este sentido, el Estado cuenta con la obligación de desplegar las acciones afirmativas concretas encaminadas a hacerla efectiva.

### EL CASO CONCRETO.

**Problema jurídico:** ¿Determinar si es procedente decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados expedidos por el Gerente de la ESE Hospital San José de Bernardo Del Viento, Resolución No. 417 del 19 de agosto de 2020 por el cual se declaró la insubsistencia de la demandante del cargo de Enfermero (Urgencia), código 243, grado salarial 6, y Resolución No. 507 de septiembre 15 de 2020 mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión inicial, por presuntamente adolecer de falsa motivación, desviación y abuso de poder, o si por el contrario, en esta etapa procesal no existen méritos suficientes para decretar la medida cautelar solicitada?

**Tesis del Despacho:** En esta etapa procesal no es procedente acceder a la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados.

**Sustento: Hechos probados.** Revisado el material probatorio obrante en el plenario, se observa que la demandante tiene actualmente 60 años de edad y conforme las declaraciones extraproceso, es madre cabeza de hogar a cargo de su hijo de 20 años de edad. Así mismo, fue nombrada en provisionalidad por la ESE Hospital San José de San Bernardo Del Viento, en el cargo de Enfermera (Urgencia), código 243, grado salarial 6, mediante Resolución N° 1023 del 29 de noviembre de 2019, tomando posesión el dos (02) de diciembre siguiente.



Posteriormente, a través de la Resolución N° 417 del 19 de agosto de 2020, el nombramiento de la demandante fue declarado insubsistente con base en las siguientes motivaciones:

“(…) Que la señora Cenía Estrella Julio Morelo, identificada con la cedula de ciudadanía N° 26.136.267 de San Bernardo del Viento, fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Enfermero (urgencias) código 243, grado 06, mediante Decreto 1023 de 2019, cargo que por Ley es de carrera administrativa, accediendo al cargo sin haber participado en concurso de mérito alguno.

Que el artículo 2.2.5.3.4. Del Decreto 1083 de 2015, dispone: “Terminación de encargo y nombramiento provisional. 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.

Que la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia SU 917 de 2010, al pronunciarse sobre el retiro de los empleados provisionales, señaló: (…).

Que el concepto 139191 de 2020, del Departamento Administrativo de la Función Pública señala que es procedente la declaratoria de insubsistencia de un empleado en Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por el COVID-19.

Que el suscrito Gerente de la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento al declarar la insubsistencia del nombramiento provisional busca el mejoramiento del servicio público en la administración de la ESE San José de San Bernardo del Viento, nombrando a una persona con mejor hoja de vida y experiencia en el cargo a ocupar, esto en concordancia al servicio que se debe prestar a los usuarios de la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento.

Que de igual manera debido al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por el COVID-19, se hace necesario contratar a un funcionario con mayores conocimientos de experiencia, con el fin de mejorar el servicio que se está prestando en la ESE y hacer frente a dicha situación y mejorar la calidad del servicio.

Que el cargo en mención no aparece ofertado ante la Comisión Nacional del Servicio Civil previa verificación.

Ahora bien, la decisión del Gerente observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad, porque en aras de mejorar la calidad de atención a la comunidad y el servicio público, por lo que se procederá a declarar insubsistente al funcionario en mención.

Por lo anteriormente expuesto,

#### RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declárese insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la señora Cenía Estrella Julio Morelo, identificada con la cedula de ciudadanía N°. 26.136.267 de San Bernardo del Viento, en el cargo de Enfermero (urgencias), código 243, grado 06.

ARTÍCULO SEGUNDO: Contra el presente acto administrativo procede recurso de reposición, ante el señor gerente de la ESE Hospital San José de San Bernardo del Viento, de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1437 de 2011.

ARTÍCULO TERCERO: El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

#### COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en San Bernardo Del Viento – Córdoba a los diecinueve (19) días del mes de agosto del año 2020”.

Contra esa decisión se interpuso recurso de reposición de manera oportuna, el cual fue resuelto por la entidad demandada por intermedio de la Resolución No. 507 del 15 de septiembre de 2020 confirmando el acto inicial.

Sin embargo, la demandante interpuso acción de tutela con el objeto de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, estabilidad laboral relativa reforzada, al trabajo y a no ser declarada insubsistente, por adolecer los actos de falsa motivación y abuso de poder, acción que fue resuelta por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Bernardo Del Viento a través del fallo de tutela de fecha 15 de octubre de 2020, concediéndola como mecanismo transitorio hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo resuelva la acción, ordenando la suspensión de la Resolución No. 417 del 19 de agosto de 2020, el reintegro de la señora Cenía Estrella Julio Morelo en el cargo y el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales.

“PRIMERO-. CONCEDER a la señora CENIA ESTRELLA JULIO MORELO, la protección constitucional, por la amenaza de violación de los derechos fundamentales al Mínimo Vital, Vida Digna, Seguridad Social de ella y de su hijo y el Derecho al Trabajo Debido Proceso y estabilidad laboral reforzada, como mecanismo transitorio hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo resuelva la acción que la mencionada señora deberá interponer en un término no mayor de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha de notificación de la presente sentencia.

SEGUNDO. SUSPENDER los efectos de la Resolución No.417 del 19 de agosto de 2020, por medio de la cual fue declarada insubsistente la señora CENIA ESTRELLA JULIO MORELO del cargo de “ENFERMERO (URGENCIA) código 243 grado salarial 6, hasta tanto se defina el proceso de acción de nulidad y restablecimiento que se debe surtir sobre la misma.

TERCERO. ORDENAR al señor gerente de la E.S.E. Hospital San José de San Bernardo Del Viento – Córdoba Municipio de San Bernardo del Viento, Córdoba que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, efectúe, sin solución de continuidad, el reintegro al cargo que desempeñaba la señora CENIA ESTRELLA JULIO MORELO, y, de ser necesario, la reubicación laboral de la misma, en un cargo igual o superior al que venía desempeñando en la fecha en que se produjo el retiro del servicio, sin afectar los derechos de otras personas con interés legítimo en el proceso.

CUARTO. ORDENAR a la E.S.E. Hospital San José de San Bernardo Del Viento – Córdoba, que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda pagar a la señora CENIA ESTRELLA JULIO



MORELO, los salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social correspondientes a salud, pensiones y riesgos profesionales y demás beneficios dejados de percibir por la accionante desde la fecha de la desvinculación hasta cuando se produzca efectivamente el reintegro ordenado en esta providencia.  
QUINTO. NOTIFIQUESE esta sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.  
Sexto. De no ser impugnado este fallo, el día siguiente a su ejecutoria envíese la actuación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión”.

A raíz de lo anterior, se interpuso incidente de desacato que no prosperó, toda vez, que dicha entidad cumplió con la decisión proferida por el a quo, reintegrando a la actora a su cargo mediante Resolución No. 649 del 28 de octubre de 2020. No obstante, la entidad realizó un proceso de supresión de cargos, en el cual eliminó el cargo de la demandante mediante Resolución No. 771 del 04 de diciembre de 2029, *“Por la cual se da por terminado un nombramiento provisional por supresión del cargo”*.

De otra parte, se allegó al plenario el certificado de historia laboral de la señora Cenía Estrella Julio Morelo expedido por Colpensiones, actualizado a 22 de septiembre de 2020, en el cual se detalla que ha cotizado un total de 791,29 semanas. Así mismo, revisado el expediente, se advierte que reposan dos certificados laborales a folios 43 del archivo *pdf* demanda y 139 del archivo *pdf* anexos, indicándose en el primero sobre la demandante que “Se cotizó en Caja Departamental en el tiempo comprendido de Septiembre 28 de 1988 hasta mayo de 1996. Actualmente Fondo Territorial de Pensiones Gobernación”, mientras que en el segundo se establece que “Se cotizó en Caja Departamental en el tiempo comprendido de Septiembre 28 de 1998 hasta mayo de 1996. Actualmente Fondo Territorial de Pensiones Gobernación”.

Al respecto, considera el Despacho que en el presente asunto el enunciado contenido en la segunda certificación contiene un yerro en la fecha indicada, por cuanto certifica un periodo comprendido inicialmente en el año 1998 y finaliza en 1996, el cual no es predicable del primer certificado, ya que se expresa claramente que la demandante cotizó al actual Fondo Territorial entre el 28 de septiembre de 1988 y mayo de 1996, lo que constituye un periodo de 7 años y 7 meses, equivalente a 395 semanas, las cuales sumadas a las 791,29 semanas cotizadas a Colpensiones, arroja un resultado aproximado a las 1.186,29 semanas, del cual se advierte constituye un estimado previo pendiente de controvertir y confirmar durante la etapa probatoria el cual será valorado al momento de dictar sentencia.

En ese sentido, atendiendo lo expuesto en precedencia y las semanas de cotización exigidas actualmente por la Ley, lo acreditado en esta etapa inicial del proceso se ajusta a los supuestos contenidos en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional en la modalidad del tercer supuesto contenido en el literal c) de la tabla de situaciones en las que se encuentra el personal afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, si bien la condición de la demandante (la cual aún no ha sido controvertida y tampoco se cuenta con mayores elementos probatorios) en este tipo de circunstancias conlleva la adopción de medidas destinadas a que no se le cercene la posibilidad de alcanzar el cumplimiento de los requisitos para causar el derecho, aun en eventos surgidos al interior de procesos judiciales donde se debate la legalidad de la reestructuración y supresión de cargos de una entidad pública, el Despacho advierte que en el presente asunto se allegó la Resolución No. 771 del 04 de diciembre de 2029, por la cual se dio por terminado el nombramiento provisional de la demandante, fundamentado en un proceso de supresión de cargos que eliminó aquel que la mencionada venía asumiendo, actos administrativos que no fueron objeto de acusación y que le impiden al Juez hacer pronunciamiento alguno sobre el tema, además de no tener certeza sobre el estado actual de la planta de cargos de la entidad como quiera que el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales allegado lo constituye el Acuerdo No. 010 del 25 de noviembre de 2019, fecha anterior al proceso de reestructuración al cual se vio sometida la ESE demandada.



Por lo tanto, para el Despacho la ausencia de elementos probatorios en esta etapa procesal sobre el estado actual de la entidad y su planta de cargos, además del desconocimiento de las actuaciones surgidas al interior de ese proceso administrativo y si este se encuentra sometido a control judicial y las decisiones emitidas al efecto, impiden considerar en esta incipiente etapa procesal el reintegro laboral de la demandante, lo cual no implica desconocimiento del derecho de la misma, por cuanto una vez surtido el trámite procesal respectivo, el acopio probatorio solicitado por las partes y el ordenado oficiosamente, de ser pertinente, así como el estudio y valoración para la emisión de la sentencia, implicaría en caso de salir adelante las pretensiones de la demanda, el reintegro laboral si se cumplen las condiciones suficientes para ello, conllevando el pago de salarios, prestaciones y aportes a seguridad social de manera retroactiva, las cuales le permitirían sumar semanas de cotización a las que actualmente posee para proyectarse en la eventual consolidación del derecho a ser beneficiaria del régimen pensional.

De otro lado, en cuanto a los demás argumentos planteados en el concepto violación y en los hechos de la demanda, se tiene que por regla general, el director de una entidad de carácter territorial, como lo es el Gerente de la ESE Hospital San José de San Bernardo Del Viento, cuenta con la facultad legal de nombrar al personal que labora en esa entidad, así como dar terminado el nombramiento en encargo y el nombramiento en provisionalidad mediante acto administrativo debidamente motivado, razón por la cual se entiende que la declaratoria de terminación del vínculo laboral cuando se cumplen estas condiciones se encuentran dentro de las competencias asignadas al respectivo nominador, actuaciones que se encuentran revestidas de presunción de legalidad.

Ahora bien, conforme el artículo 2.2.5.1.2 del Decreto 1083 de 2015, es facultad de los gerentes de las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden territorial, nombrar al personal de su entidad u organismo.

**“ARTÍCULO 2.2.5.1.2 FACULTAD PARA NOMBRAR EN LA RAMA EJECUTIVA DEL ORDEN TERRITORIAL.** Corresponde a los gobernadores y alcaldes nombrar a:

1. Empleados bajo su dependencia
2. Presidentes, directores o gerentes de las entidades del sector central y descentralizado
3. Aquellos cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros servidores o corporaciones, según la Constitución o la ley.
4. Jefes de control interno o quienes haga sus veces.

Corresponde a los directores, presidentes o gerentes de las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden territorial, nombrar al personal de su entidad u organismo, salvo aquellos nombramientos cuya provisión esté atribuida a otra autoridad por la Constitución o la ley”.

En relación con la provisión de **empleos con vacancia definitiva** de libre nombramiento y remoción, así como de carrera administrativa, el artículo 2.2.5.3.1 *ibídem* señala que las primeras serán provistas mediante encargo o nombramiento ordinario, mientras que las segundas deberán ser ocupadas bajo la modalidad de periodo de prueba o ascenso por sistema de mérito y mientras este se surte, podrán ser provistas transitoriamente a través de encargo o nombramiento provisional.

**“ARTÍCULO 2.2.5.3.1 PROVISIÓN DE LAS VACANCIAS DEFINITIVAS.** Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan”.



En cuanto a la provisión de **empleos con vacancia temporales** de libre nombramiento y remoción, estos se surten a través de encargo sobre empleados que tengan esa condición, o que sean de carrera administrativa. Por su parte, los empleos vacantes temporales de que se encuentra bajo esta última modalidad podrán ser provistos mediante nombramiento provisional en aquellos eventos en los que no sea posible suplirlos a través de encargos con empleados de carrera.

**“ARTÍCULO 2.2.5.3.3 PROVISIÓN DE LAS VACANCIAS TEMPORALES.** Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

**PARÁGRAFO.** Los encargos o nombramientos que se realicen en vacancias temporales, se efectuarán por el tiempo que dure la misma”.

Por último, el artículo 2.2.5.3.4 *ibid* establece la facultad de los nominadores de dar por terminado el nombramiento en encargo, su prórroga o de carácter provisional, mediante resolución debidamente motivada.

**“ARTÍCULO 2.2.5.3.4 TERMINACIÓN DE ENCARGO Y NOMBRAMIENTO PROVISIONAL.** 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”.

Es de advertir, que sobre las motivaciones contenidas en los actos acusados como justificación de la terminación del vínculo y que la parte demandante considera adolecen de **falsa motivación, desviación y abuso de poder**, considera esta Unidad Judicial que en esta etapa procesal no es posible pronunciarse de fondo sobre los argumentos planteados por el actor, por cuanto dichas afirmaciones requieren de un amplio y minucioso estudio probatorio, normativo y jurisprudencial al interior del debate procesal que no es procedente en esta etapa, análisis que se encuentra reservado para la emisión del fallo que resuelva de fondo lo planteado.

Lo anterior por cuanto los cargos de nulidad alegados se basan en causales de nulidad que requieren un estudio profundo de los aspectos facticos, normativos y jurisprudenciales y su plena demostración por parte de quien los alega.

Al respecto, en relación con la **falsa motivación**, el Despacho se permite manifestar que la validez de un acto administrativo depende de que los motivos por los cuales se expide *“sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado. Es decir, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo de que se trate, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra”*<sup>11</sup>. En consecuencia, se trata de un requisito material, en cuanto depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo o causa del mismo, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso. Atendiendo lo anterior, el vicio de falsa motivación se presenta **“cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad o de coherencia entre el hecho y el supuesto de derecho; es decir, o no es cierto lo que se afirma en las razones de hecho, o no hay correspondencia entre tales razones y los supuestos de derecho que se aducen para proferir el acto”**<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00328-00. Actor: JAIME ORLANDO SALAZAR CHÁVEZ Y FEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS DE RECONOCIMIENTO DE CONDUCTORES – FEOLCRC. Demandado: NACIÓN – SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE

<sup>12</sup> *Ibidem*.



Por su parte, la **desviación de poder** se configura cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el Legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia<sup>13</sup>. Al respecto, el Consejo de Estado<sup>14</sup> ha señalado lo siguiente:

“(…) la desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse<sup>15</sup>.

De igual forma, ha advertido esta Sala que **la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar<sup>16</sup>”.**

En cuanto al **abuso de poder**, *“se ha considerado una forma de desviación de poder, causal ésta de nulidad de los actos administrativos, la cual se configura cuando **“la atribución de que está investido un funcionario para expedir un acto administrativo no se ejerce hacia el fin exigido por la ley, sino en busca de logros diferentes. En otras palabras, el acto administrativo, aunque comporta externamente las formalidades exigidas por la ley, está orientado a fines distintos para los que fue investido el funcionario emisor. Y en casos como este corresponde al impugnante demostrar que la autoridad hizo uso de su facultad con propósitos distintos de aquellos previstos en la disposición que la confiere”**”<sup>17</sup>.*

En ese orden de ideas, se concluye que a efectos de determinar la certeza de lo manifestado por la parte interesada sobre los vicios alegados, se deben estudiar de manera detallada los hechos que dieron origen a la expedición de las decisiones emitidas y actualmente cuestionadas, los que surtieron durante la actuación administrativa previa realizada por la entidad demandada y su contraste con los demás medios probatorios recopilados durante la etapa probatoria y el trámite procesal, así como la presunta violación de las normas de orden superior, la jurisprudencia sobre el caso concreto y su contraste a fondo con el acto acusado, además de la veracidad y coherencia de la sustentación fáctica que motivó la expedición de los actos acusados, la existencia de una finalidad contraria a los intereses públicos, el ejercicio de la atribución legal para la búsqueda de objetivos o fines diferentes a los que realmente deben perseguirse conforme los cargos planteados, lo que en este caso requiere de un análisis minucioso del material probatorio, previo estudio de los antecedentes administrativos de los actos enjuiciados y una vez se surtan las etapas procesales que permitan conocer a fondo los aspectos facticos y jurídicos de la expedición de los mismos, análisis que se encuentra estatuido para la sentencia por cuanto trata directamente con el fondo del asunto.

En ese sentido, del anterior esbozo no es procedente determinar *prima facie* que los actos expedidos contengan elementos contrarios al orden legal como los alegados por la parte actora, ya que la naturaleza de los vicios atribuidos implica realizar un estudio y análisis de fondo que no

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejero ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 25000-23-41-000-2020-00573-01. Actor: JUAN DAVID MESA RAMÍREZ. Demandado: CLAUDIA BLUM DE BARBERI – MINISTRA DE RELACIONES EXTERIORES Y OTRO. Referencia: NULIDAD ELECTORAL. SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA. Tomado de: Corte Constitucional, Sentencia C-456 de 1998.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, M.P. Dr. William Hernández Gómez, Sentencia de 15 de noviembre de 2018, Rad. No. 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16). Demandante: Ángela María Patiño García.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009), Actor: Silvio Elías Murillo Moreno.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. Bogotá, D. C., primero (1) de julio de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01171-01(34587). Actor: CONSORCIO ESSERE LIMITADA - DEPLAN LIMITADA. Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ. Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. TOMADO DE: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta – C.P. Dario Quiñones Pinilla. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Radicación interna número: 3644.



es posible llevar a cabo en esta etapa procesal, sin que esa determinación pueda ser interpretada como prejuzgamiento y pueda variar de manera posterior conforme lo acreditado.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería,

### RESUELVE:

**PRIMERO:** Negar la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados **Resolución No. 417 del 19 de agosto de 2020** por el cual se declaró la insubsistencia de la demandante del cargo de Enfermero (Urgencia), código 243, grado salarial 6, y **Resolución No. 507 del 05 de septiembre de 2020** mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión inicial, ambos expedidos por el Gerente de la ESE Hospital San José del San Bernardo del Viento, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** En firme esta providencia, continúese con el trámite del proceso.

**TERCERO:** Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, recursos, contestaciones y demás, con ocasión de la presente decisión judicial, se reciben en la siguiente cuenta de correo electrónico: [adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:adm05mon@cendoj.ramajudicial.gov.co)

### NOTIFIQUESE Y CUMPLASE LUZ ELENA PETRO ESPITIA Juez



Firmado Por:

**LUZ ELENA PETRO ESPITIA**

**JUEZ CIRCUITO**

**JUZGADO 005 ADMINISTRATIVO DE MONTERIA**

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

Código de verificación: **8ea727f31b78ebbb52b582dc13e30cfaab4bc5b9dd28441f93f1493888e03ff9**

Documento generado en 10/06/2021 05:26:58 PM



SC5780-4-10

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



SC5780-4-10