REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, doce (12) de Julio de dos mil doce (2.012).

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EXPEDIENTE: **70 001 33 31 004 2003 00503 01**
ACTOR: **AIDA JIMÉNEZ MUÑOZ**
DEMANDADO: **MUNICIPIO DE GALERAS SUCRE Y E.S.E. CENTRO DE SALUD INMACULADA CONCEPCIÓN DE GALERAS**
REFERENCIA: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

SENTENCIA No. 60.

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la actora contra la sentencia del 28 de enero de 2.011, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, y en donde fue condenada la **E.S.E. CENTRO DE SALUD INMACULADA CONCEPCIÓN DE GALERAS** a pagar a la demandante la sanción moratoria por la no consignación oportuna de sus cesantías.

II. DEMANDANTE

La presente acción fue instaurada a través de apoderado judicial por **AIDA JIMÉNEZ MUÑOZ** identificada con cédula de ciudadanía 22.437.175 de Barranquilla (Atlántico).

III. DEMANDADO

La acción está dirigida contra el **MUNICIPIO DE GALERAS SUCRE** y la **E.S.E. CENTRO DE SALUD INMACULADA CONCEPCIÓN DE GALERAS**.

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda.

4.1.1. Las pretensiones.

La actora, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instauró demanda ante esta jurisdicción procurando la nulidad de *"…la resolución # 081 de diciembre 27 de 2002, 'Por el cual se declara una*

insubsistencia", emanada de la E.S.E, centro de salud Inmaculada Concepción de Galeras la cual se encuentra firmada por su Directora ALCIRA ARROYO MEZA'."

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

> *"SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración anterior…ordénese al* ***reintegro*** *de la señora AIDA JIMENEZ MUÑOZ, al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía en el centro de salud de este municipio y/o alcaldía de Galeras.*
>
> *TERCERA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a cancelar, a la E.S.E, CENTRO DE SALUD Inmaculada Concepción (…) y/o a la Alcaldía Municipal de Galeras (…), las sumas correspondientes a sueldos, primas, bonificación, subsidio de transporte, subsidio familiar, vacaciones no disfrutadas, indemnización por supresión de cargo al no incluirla en carrera administrativa, así como también la indemnización por despido injusto, auxilio de cesantías* ***y la sanción moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales*** *como lo la ley 244 de 1995, en el parágrafo único, y demás emolumentos dejados de percibir, inherentes a su cargo, con efectividad a la fecha de insubsistencia, hasta cuando sea reincorporada al servicio incluyendo el valor de los aumentos que se hubieran decretado con posterioridad a la insubsistencia. Estos valores deberán ser indexados, condenas que se ajustarán con base en el Índice de Precios al Consumidor, conforme a lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.*
>
> *CUARTA: Se condenará a la entidad demandada a pagar las costas y gastos del proceso y las agencias judiciales del suscrito.*
>
> *QUINTA: Se disponga que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios por mi representada, desde que fue desvinculada hasta la fecha en que efectivamente sea reintegrada.*
> *(…)"*

4.1.2. Los hechos.

Como fundamento fáctico de la demanda expone:

Desde el 22 de septiembre de 1.981, la demandante fue vinculada en propiedad en el cargo de Ayudante de Enfermería del Centro de Salud de Galeras, para cuando dicho ente estaba adscrito al Hospital Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal; posteriormente fue nombrada en el cargo de *Auxiliar de Enfermería* hasta el 27 de diciembre de 2002 cuando le fue comunicada la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento mediante la Resolución No. 081 de 27 de diciembre de 2.002 (acto demandado).

Por omisiones atribuibles a los sucesivos directores de la E.S.E. Centro de Salud Inmaculada Concepción de Galeras y de los alcaldes del mismo municipio, la actora nunca fue *inscrita* en carrera administrativa, no obstante que en el Acta No. 003 de diciembre 30 de 1.998, constante de la "entrega" que del personal de la E.S.E. Centro de Salud Inmaculada Concepción hizo el Departamento de Sucre al Municipio de Galeras, se dispuso que los servidores vinculados en cargos de carrera sin pertenecer a ella debía reconocérseles el derecho a ingresar en forma ordinaria, vía concurso; la actora figuraba en la lista de empleados "transferidos" ocupando uno de tales cargos.

Tampoco se ajustó la planta de personal en los términos del sistema de nomenclatura y clasificación regulado en el Decreto 1569 de 1.998.

En el acto demandado la autoridad nominadora interpretó mal el artículo 3 del Decreto 2400 de 1968, porque la demandante no era empleada pública de libre nombramiento y remoción; luego la insubsistencia debía estar presidida de un estudio técnico que no se realizó no más que para evitar la indemnización que entonces cumplía pagarle a la actora

Finalmente afirmó que elevó **petición** ante la E.S.E. Centro de Salud Inmaculada Concepción con el fin de que le fuera **expedida** la primera copia de las Resoluciones por las cuales se le reconocían las prestaciones sociales a las que tiene derecho por haber laborado desde el año 1.981 hasta 2.002, de acuerdo con la Ley 244 de 1.995, que en su articulado concede un término de 15 días para expedir las resoluciones de pago, frente a lo cual recibió como respuesta que las cesantías habían sido consignadas al Fondo Administrador de Cesantías Horizonte S.A., en el cual podía hacer los retiros que considerara; sin embargo, en dicho fondo le informaron que no registraba ninguna consignación a su favor.

4.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

Como fundamentos de derecho, la actora alegó:

- Violación del derecho al trabajo (C.N., art. 25), por cuanto fue retirada del servicio la demandante sin que hubiera mediado un concurso de méritos que sirviera de motivación a la decisión.

- Violación al debido proceso (C.N., art. 29), porque no se llamó a concurso para proveer el cargo ocupado por la actora.

- Falsa motivación y desviación de poder, pues no podía ser declarada insubsistente sino en la medida en que existiera previamente un concurso de méritos.

- Violación del artículo 53 de la C.N., pues se adelantaron concursos para cargos distintos del ocupado por la actora.

- Violación de los artículos 15 y 23 del Decreto 1569 de 1998 referidos a la clasificación de los empleos de la rama. ejecutiva, la que viene dada en niveles, entre los cuales se cuenta el de AUXILIAR, en el cual se incluye el ocupado por la actora.

- Violación del artículo 125 de la C.N.

- Violación de la Ley 244 de 1995, al no expedirse la resolución que ordena cancelar las prestaciones sociales en el término que allí se establece, y menos su pago dentro de los 45 días subsiguientes.

4.2. Contestación de la demanda.

4.2.1 LA E.S.E. Inmaculada Concepción del Municipio de Galeras.

Por intermedio de apoderado, como oposición a las pretensiones, manifestó que:

- La entidad empezó operaciones como persona jurídica, descentralizada, a partir del 1° de enero de 1999, por lo que la relación laboral de la actora le resulta inoponible.

- Ciertamente no hubo llamamiento a concurso para la provisión del cargo ocupado por la actora, por cuanto esa no es una competencia que le asista a las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (S.C-372 de 1999); que el Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte S.A. sí pagó a la actora las cesantías reclamadas por la misma.

- La pretensión de reintegro resulta imposible de cumplir, habida cuenta que el cargo que ocupaba la actora en la planta de la entidad fue suprimido.

Como excepciones propuso las de: (i) *ineptitud sustantiva de la demanda*, (ii) *pago de la prestación social de cesantías e inexistencia de la obligación de pagar sanción moratoria*, (iii) *inexistencia de violación de las normas invocadas*, (iv) *falta de legitimación en la causa por activa*, (v) *falta de legitimación en la causa por pasiva*, (vi) *imposibilidad jurídica del reintegro*.

4.2.2 Municipio de Galeras.

No contestó la demanda.

4.3. Recuento procesal.

La demanda fue presentada el 7 de abril de 2.003 y se admitió mediante auto de 8 de julio siguiente[1]; por auto del 21 de febrero de 2.005 se abrió el periodo probatorio[2], y finalmente mediante providencia de 3 de julio de 2.008 año se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión[3].

V. LA PROVIDENCIA APELADA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, por medio de sentencia de enero 18 de 2.011[4], sin declarar expresamente la nulidad del acto demandado, resolvió:

> *"**PRIMERO.-** Declarar probada la excepción de **INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA**, y, en consecuencia abstenerse de ordenar el Reintegro de la demandante AIDA JUDITH JIMÉNEZ MUÑOZ, tal como se determinara en la motivación de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO.-** Declarar no probadas las excepciones de **PAGO DE LA PRESTACIÓN SOCIAL CESANTÍAS E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER Y PAGAR** SANCIÓN MORATORIA, INEXISTENCIA DE LAS VIOLACIONES NORMATIVAS CITADAS, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA E IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE REINTEGRO, de conformidad con lo planteado en la motivación de esta decisión.*
>
> ***TERCERO.- CONDENAR** a la E.S.E. Centro de Salud Inmaculada concepción de Galeras, a cancelar a AYDA JUDICTH JIMÑENEZ MUNÓZ la suma de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL PESOS ($5'483.981.30) CON TRINTA CENTAVOS M/CTE (sic), por concepto de **SANCIÓN MORATORIA** por la no consignación oportuna de*

[1] Folios 10, 31y 32 C. Ppal.
[2] Folio 75 C. Ppal.
[3] Folio 170 C. Ppal.
[4] Folio 1 a 12 C. 2da Inst.

las CESANTÍAS del año 2.002 en el respectivo fondo, tal y como se evidenciara en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- *El valor adeudado hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia por concepto de la aludida SANCIÓN MORATORIA, será* ***INDEXADA*** *en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:* ***R=Rh X Índice final / Índice inicial.***
(…)
QUINTO.- *La E.S.E. Centro de Salud Inmaculada Concepción de Galeras, al tenor del artículo 176 del C.C.A., tendrá un término de 30 dias contados a partir de la comunicación de este fallo y una vez se surtan las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia. (…)"*
(…)

SÉPTIMO.- EXCLUIR *de la parte accionada al MUNICIPIO DE GALERAS, por lo determinado al respecto en la motivación de esta decisión.*
(…)"

Como sustento de su decisión el *A quo* señaló, lo siguiente:

▪ Se excluye de la ordenación al Municipio de Galeras, habida cuenta que la E.S.E. Inmaculada Concepción es una entidad que cuenta con personería jurídica lo que la hace sujeto de derechos y obligaciones, ello de conformidad con la Ley 100 de 1993 (art. 197) y el Acuerdo Municipal No. 019 de 1997, este último en el que fue erigida como E.S.E.

▪ Los temas de fondo en el caso concreto tienen que ver con el examen de legalidad del acto demandado, de una parte, y la determinación de lo "pertinente" en torno a la causación o no de la sanción moratoria reclamada.

▪ De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado la declaratoria de insubsistencia de los empleados no vinculados a la carrera administrativa es procedente, incluso sin motivación del acto que contiene tal decisión, siendo inoponible en ese ejercicio la jurisprudencia constitucional al tratarse de un escenario distinto.

▪ Independientemente que la actora estuviera vinculada desde antes de la vigencia de la Ley 61 de 1987 y 27 de 1992 (sobre carrera administrativa), y de que el artículo 5° de la primera consagrara el ingreso automático al personal que venía laborando, esa sola circunstancia no hace ilegal la declaratoria de insubsistencia de su cargo, pues su no inscripción no puede serle atribuida a la entidad, pero sobretodo porque esa norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional (C-030 de 1997), de suerte que sólo se accede al sistema de carrera, con goce de las garantías que le son inmanentes, si se supera el concurso de méritos respectivo; de lo contrario, será la discrecionalidad la que domine tanto el nombramiento como la remoción de los servidores en esa circunstancia, amén de que en el caso de la actora se demostró que su retiro obedeció a la necesidad de ajustar la planta de cargos por austeridad fiscal.

▪ Debido a que la única manera de que el cargo que ocupaba la demandante y que ciertamente permanece en el planta de la ESE Centro de Salud Inmaculada Concepción de Galeras sea ocupado en propiedad, depende de la realización de un concurso de méritos, ha debido la actora exigir la realización de dicho mecanismo a través de una acción distinta de la de nulidad y restablecimiento del derecho; por lo tanto no procede el reintegro y sí la

declaratoria de la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda frente a dicha pretensión.

▪ Respecto del auxilio de cesantías y la mora en su pago, de acuerdo con la Ley 244 de 1.995 la entidad contaba con 45 días hábiles para hacer efectivo el pago de las mismas, a partir del día siguiente a aquél en que fue retirada del servicio (27 de diciembre de 2002), los cuales culminaron el 4 de marzo de 2003; luego si el pago del auxilio correspondiente al año 2002, se efectuó sólo hasta el **2 de octubre de 2003**, fueron 211 días de mora los causados, de modo que considerando el valor de un día de trabajo por valor de $25.990,43, la sanción queda montada a **$5'483.981.30**, cuantía que debe indexarse.

VI. EL RECURSO DE APELACIÓN

Mediante escrito del 22 de febrero de 2.011[5], el apoderado del demandante apeló el fallo de primera instancia, así:

▪ Se opuso a la decisión del *A quo* de dar por probada la excepción de *ineptitud sustantiva de la demanda* frente a la pretensión de REINTEGRO. Al respecto afirmó, siguiendo el texto de la sentencia de instancia, que el cargo de Auxiliar de Enfermería no desapareció de la planta de cargos de la E.S.E. Inmaculada Concepción de Galeras, por lo que no había razón para que se diera por probada la citada excepción bajo la premisa de la *imposibilidad jurídica del reintegro*.

Insistió, allí mismo, en la violación de los **artículos 25 y 53 Constitucionales**, en el entendido de que el acto administrativo demandado, al declarar insubsistente el nombramiento de la actora, terminó por desconocer la garantía de *igualdad de oportunidades*.

▪ Volvió también sobre la acusación de ***desviación de poder*** y ***falsa motivación***, las que sustentó en el hecho de que la entidad prescindió de la demandante siendo que ella ingresó al cargo cumpliendo los requisitos, alcanzando más de 20 años de experiencia en el mismo, y a pesar que no registraba ninguna sanción o llamado de atención en su hoja de vida. En ese sentido, afirmó que **hubo violación de sus derechos laborales pues se permitió el ingreso de contratistas a la entidad para desempeñar las funciones propias de su cargo que terminaron por desequilibrar financieramente a la entidad**, otra vez con detrimento de la garantía de igualdad de oportunidades respecto de la actora: *"…pues salió uno, pero entraron muchos más a cumplir las funciones que meritoriamente y por experiencia, reitero, venía ejerciendo a cabalidad… frente a funcionarios que apenas entraban al servicio…"*.

VII. ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

La apelación fue admitida por auto de 15 de abril de 2.011; ejecutoriada dicha providencia se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión.[6]

[5] Folio 14 del C. 2da Inst.
[6] Folios 21 a 24 C. 2da Inst.

7.1 Alegatos de conclusión.

Ni las partes, ni el Delegado del Ministerio Público delegado ante esta Corporación alegaron de conclusión.

VIII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

8.1. La competencia.

Por el factor funcional este Tribunal es competente para decidir el asunto en **SEGUNDA INSTANCIA**, de conformidad con lo establecido por el artículo 133-1 del Código Contencioso Administrativo.

8.2. Aclaración previa.

La Sala quiere hacer notar algunos yerros habidos en el proceso, desde la demanda misma, esto es, en el *petitum* y la *causa petendi*, los cuales no fueron advertidos por el *A quo*.

▪ La primera situación tiene que ver con la indebida acumulación de pretensiones que involucró la inclusión en el *petitum* de la pretensión de reconocimiento de la **sanción moratoria por el pago tardío de las prestaciones** *–entiéndase cesantías, como quiera que se invoca la Ley 244 de 1995-*, la que por demás terminó siendo concedida por el *A quo*, equivocadamente.

En efecto, si la pretensión principal es que se anule el acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento de la actora, ningún reparo hay en que, consecuentemente a la nulidad se pida el pago de las prestaciones sociales causadas desde de la fecha de retiro hasta cuando ocurra el reintegro; pretensión que también guarda conexidad. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la *sanción moratoria*, pues la discusión sobre su causación y reconocimiento se erige en supuestos fácticos y jurídicos ajenos a la declaratoria de insubsistencia, los cuales tienen que ver con el incumplimiento y la mora en la consignación o pago de las cesantías, y en todo caso mediando en ello una actuación administrativa, provocada por el interesado de modo independiente.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado[7], la reclamación judicial de la sanción moratoria debe conducirse, i) por conducto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, *-actualmente, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho-,* cuando la administración por acto (expreso o ficto) niega su reconocimiento en sede administrativa; y ii) por vía de la acción ejecutiva, en el evento de que exista ya un acto administrativo de reconocimiento de cesantías impagadas o tardíamente pagadas, acto que habrá de integrar, con los documentos pertinentes, el título ejecutivo complejo[8].

En fin, no era procedente integrar a la pretensión de restablecimiento el pedido de reconocimiento de la sanción moratoria, lo que debió advertir el *A quo*, máxime cuando la entidad demandada anotó tal situación en la *excepción de ineptitud sustantiva de la demanda*

[7] A partir de la sentencia de Sala Plena de 27 de marzo de 2007, expediente No. 2777-2004, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.
[8] Lo dicho, sin perjuicio de los procesos cursados antes de la sentencia de 27 de marzo de 2007, con la misma aspiración de reconocimiento de la sanción moratoria, bajo la acción de reparación directa iniciados con anterioridad a la sentencia de 27 de marzo de 2007, los cuales tendrían que definirse, por mandato de aquella Corporación, bajo esa cuerda.

(folio 41, C. ppal.); pero, como se vio, contrario a ello, y sin previa declaración de nulidad frente acto alguno, se condenó a la E.S.E. Inmaculada Concepción de Galeras al pago de dicha sanción.

Ahora, debe advertir la Sala que, como no fue la entidad demandada la que apeló el fallo, la condena por sanción moratoria habrá de quedar indemne, a fin de preservar la garantía de la *no reformateo in pejus*.

▪ Otra circunstancia anómala, que ya fue anunciada enseguida atrás, es la relacionada con la omisión del *A quo* frente a la nulidad del acto demandado, la que no fue declarada ni desestimada en la parte resolutiva de la sentencia, no obstante que en la parte considerativa dijo desestimar cada uno de los cargos alegados.

8.3. Problemas jurídicos.

8.3.1. Como cualquier pronunciamiento frente a las pretensiones de restablecimiento pende de que se defina la legalidad o ilegalidad del acto impugnado, para la Sala el primer problema jurídico será determinar, con sustento en la alzada, sí:

¿La Resolución No. 081 de 27 de diciembre de 2002, que declaró insubsistente a la señora Aida Judith Jiménez Muñoz se expidió con falsa motivación y desviación de las atribuciones del funcionario emisor?

8.3.2. Sólo en el evento que la Sala concluya en la ilegalidad del acto demandado, abordará el estudio de la objeción hecha por el recurrente frente la *ineptitud sustantiva de la demanda* declarada respecto de la pretensión de REINTEGRO; lo que implicaría analizar, sí:

¿Declarada la nulidad del acto demandado, la inexistencia del cargo que ocupaba la actora constituye un supuesto que imposibilita la orden de reintegro?

8.4. Pruebas.

Obran en el plenario las siguientes pruebas:

▪ Oficio fechado 27 de diciembre de 2.002, mediante el cual se comunicó a la demandante que mediante Resolución No. 081 de de la misma fecha se declaró insubsistente su nombramiento, con efectividad a partir del día 31 siguiente.[9]

▪ Resolución No. 081 de diciembre 27 de 2.002, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante (acto demandado).[10]

▪ Copia Auténtica de Acta de Entrega de Personal de la Empresa Social del Estado Centro de Salud Inmaculada Concepción del Municipio de Galeras, de fecha diciembre 30 de 1998, suscrita por el Gobernador de Sucre, el Director de DASSSALUD, los Directores de las Unidades Financiera y Administrativa y de Talento Humano de DASSSALUD, el alcalde

[9] Folio 12 C. Ppal.
[10] Folio 13 C. Ppal.

del municipio de Galeras y el Secretario de Salud del mismo municipio; acta en la que registra el nombre de la actora en relación con el cargo de Auxiliar de Enfermería.[11]

▪ Copia de la Resolución No. 700 de 22 de septiembre de 1998, mediante la cual se nombró a la actora en el cargo de Ayudante de Enfermería del Centro de Salud de Galeras.[12]

▪ Certificación de 12 de febrero de 2.004, suscrita por el Jefe de Personal de la E.S.E. Centro de Salud Inmaculada Concepción de Galeras, Sucre, mediante la cual hace constar que las señoras Edith Mariela Aguas García, Armenia Pérez Navarro, Stella Ortega Vergara, Milagros Hernández Ruz, Ruby Molina Méndez y Silvia Severiche Martínez, prestan sus servicios como Auxiliares de Enfermería, pero **no devengan** –a esa fecha- **ninguna remuneración de parte de la E.S.E.**, ya que tales cargos pertenecen a la planta del Municipio de Galeras; así como que **no se ha celebrado concurso para proveer ninguno de los cargo de la entidad clasificados como "de carrera"**.[13]

▪ Copia auténtica del Acuerdo No. 019 de septiembre 26 de 1997, a través del cual se reestructuró el Centro de Salud Inmaculada Concepción del Municipio de Galeras (Sucre) como una Empresa Social del Estado.[14]

▪ Actas de diligencia de declaración de terceros (testimonios) rendida por: ARGEMIRO AVENDAÑO CARABALLO, NILFA CATALINA ARMESTO GARRIDO, BERENA PÉREZ PAYARES.[15]

▪ Certificación fechada 29 de marzo de 2.007, suscrita por la Gerente de la E.S.E. Centro de Salud Inmaculada Concepción del Municipio de Galeras (Nit. 823.001.901.1), en la que consta que la actora prestó sus servicios a dicha entidad en el cargo de Auxiliar de Enfermería, desde el 1° de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2002, vinculada en nómina.[16]

▪ Copia Auténtica del Acuerdo No. 007 de 2 de diciembre de 2002, a través del cual se fijó una nueva planta de personal para la E.S.E. Centro de Salud Inmaculada Concepción para la vigencia fiscal 2003.[17]

8.5 Solución del primer problema jurídico.

Como ya se indicó, la actora insiste en la ilegalidad de la Resolución No. 81 de 27 de diciembre de 2002, acusando que su expedición ocurrió con *falsa motivación* y *desviación de poder*.

8.5.1 Frente a la ***falsa motivación*** como causal de nulidad, se tiene que la misma hace relación al elemento "causa" o "motivo" del acto administrativo, a las razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento o determinan la decisión o declaración contenida en

[11] Folios 14 y 15 (Rvso) C. Ppal.
[12] Folio 16 C. Ppal.
[13] Folio 53 C. Ppal.
[14] Folios 85 a 96 C. Ppal.
[15] Folio 118 a 126 C. Ppal.
[16] Folio 142 C. Ppal.
[17] Folio 145 C. Ppal.

el acto. Así pues, el vicio se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad.[18] En otros términos, esta causal plantea para el juzgador un problema probatorio, de confrontación entre dos extremos, como son lo dicho en el acto y la realidad fáctica y/o jurídica atinente al mismo, con miras a comprobar la veracidad.

Pues bien, como en el caso concreto el acto administrativo demandado no registra motivación expresa, aquél ejercicio resulta vano, pues si no hay sustentación fáctica o jurídica, menos puede emprenderse el ejercicio de contrastación que implica esta causal, de cara a la realidad que pretendiera oponerse al acto demandado. Si bien se sabe que ciertamente la falta de motivación también comporta un vicio del acto (*expedición irregular*), ello no fue planteado así en la sustentación de la alzada. De esta suerte, el conjunto de argumentos planteados en el recurso, relacionados con el mayor mérito que dice la actora le asistía, la supuesta obligación que tenía la autoridad nominadora de emprender la realización de un concurso de méritos, entre otros, serán justipreciados desde la óptica de la otra causal, en tanto guarden relación con ésta.

8.5.2 La ***desviación de poder***, como causal de nulidad, ocurre cuando el acto administrativo persigue fines distintos a los que le ha fijado el ordenamiento y que se presumen respecto de dicho acto; entonces, este vicio 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 designio opuesto a las normas que debe someterse[19]. Y cobra mayor relevancia en tratándose, como en el caso concreto, de actos inmotivados, pues el fin de todo acto administrativo, esto es, el de interés general o el mejoramiento del servicio, viene a erigirse en el factor último para valorar su legalidad.

Desde la demanda la actora planteó que su retiro obedeció a la omisión sistemática habida desde siempre al interior de la E.S.E. Centro de Salud Inmaculada Concepción de Galeras, consistente en la no promoción de concurso de méritos que brindara la oportunidad de acceder a la carrera, y gobernada por "…***la firme intención de mantener el cargo a disposición de los jefes políticos de turno***…".

Al respecto, se dirá que ciertamente para cuando ocurrió el retiro de la actora, y aún con posterioridad a ese hecho, ninguno de los cargos con posibilidad de ser clasificados como de carrera fueron sometidos a concurso, pues así lo certificó la gerencia de la E.S.E. [20], no obstante, tal circunstancia *per se* no implica un designio torticero en la determinación de insubsistencia, máxime si, como con acierto lo adujo la entidad al contestar la demanda, el emprendimiento de ese tipo de actuaciones escapa de la competencia de las entidades territoriales, lo cual corresponde, de modo concreto a la CNSC (L. 443 de 1998, sentencia C-372 de 1999)[21].

---

[18] BERROCAL GUERRERO, Luís Enrique. MANUAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO, *Quinta edición*, Págs. 499 y 500.
[19] Radicación número: 27001-23-31-000-2003-00471-02(1385-09)
[20] Folio 53 C. ppal.
[21] La Ley 443 de 1998 previó la organización de Comisiones Seccionales del Servicio Civil para el adelantamiento de concurso de méritos en el nivel territorial, pero la Corte Constitucional en la sentencia reseñada declaró inexequibles las disposiciones que así lo permitían, con, entre otras razones, aquella de que *si la Comisión Nacional del Servicio Civil establecida por la Constitución es un organismo único encargado de administrar y vigilar por regla general el sistema de carrera, ningún sentido tiene la existencia de comisiones independientes a nivel territorial, no previstas por aquélla, cuya función descoordinada e inconexa desvertebraría por completo la estructura que la Constitución ha querido configurar en los términos descritos, frustrando los propósitos esenciales de sus artículos 125 y 130."*

Por su parte, los testimonios no ofrecen certeza en cuanto a que realmente fuesen "fines políticos" los que gobernaran la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora.

El señor Argimiro Avendaño Caraballo, dijo no constarle que la insubsistencia de la actora hubiere ocurrido "*con la firme intención de mantener el cargo a disposición de los políticos de turno…"*; agregando adelante en su declaración que la insubsistencia sobrevino, supuestamente, *"…por una reestructuración administrativa, luego se supo que había sido un ajuste presupuestal"*.

La señora Berena Pérez Payares, quien se desempeñó como Concejal del municipio de Galeras, dijo no constarle cuáles fueron los fines hacia los cuales se apuntaló la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora, aunque refirió la existencia de "coincidencias" en el sentido de que por esas fechas –en que se expidió el acto- *"se empezaba a armar una campaña política y muchos empleados tanto de la E.S.E. como de la Alcaldía y el Concejo Municipal fueron declarados insubsistentes aún estando en carrera administrativa y se dio pues la coincidencia que ninguna de esos empleados tenía la misma filiación política de que tenía el gerente de la E.S.E. el alcalde y el presidente del Concejo Municipal"*.

Para la Sala, tal declaración no ofrece certeza sobre los móviles de la decisión, pues no explica la deponente la ciencia de su dicho, quedando en una mera apreciación subjetiva, en tanto no hay prueba sobre las circunstancias de hecho a partir de las cuales forja su juicio, v. gr. cuáles empleados, su filiación política, inscripción en carrera, que permitiera, al menos por vía indiciaria, concluir en la realidad de la motivación del acto de insubsistencia.

La señora Nilfa Catalina Armesto Garrido, quien por demás dijo haberse desempeñado como Auxiliar de Enfermería, compañera de la actora, afirmó que la causa del retiro de la misma sucedió por razones "políticas" y de "ajuste fiscal"; en sus palabras: *"Por ataque político y que lo que nosotros veníamos daba para nombrar 8 personas ganado 200 cada una… la gerente nos dijo que éramos buenas trabajadoras y que estaba saliendo de sus dos mejores trabajadoras al momento de despedirnos…se nos decía en cualquier momento se nos montaban la perseguidora para encontrar motivos para nuestro despido, pero no dimos motivo alguno."*

Frente a este testimonio, que por demás debe tomarse con el rigor que impone la circunstancia de tratarse de una persona incursa en una situación análoga a la que aquí se juzga (Auxiliar de Enfermería, también declarada insubsistente), conviene la Sala en que tampoco tiene la virtud de evidenciar esos otros fines distintos del buen servicio, pues no pasa de la sola afirmación en el sentido que se trató de un ataque político.

Ahora como también la actora argumenta su tesis sobre la existencia de desviación de poder en el hecho de que se le separó del cargo no obstante su desempeño derecho y experiencia acreditados, para en cambio optar la entidad por vincular a personas sin experiencia, vía contratos de prestación de servicios, dirá la Sala que en ello no hay ninguna irregularidad, pues como lo ha dicho el tribunal de cierre *"…la reestructuración de una entidad estatal, bien puede implicar la suscripción de contratos de prestación de servicios y ello no desvirtúa la necesidad de la supresión de empleos. La forma como se desarrolla la*

actividad de los servidores públicos, difiere sustancialmente de la que se presenta cuando se trata de contratistas prestatarios de servicios; en esas condiciones, dentro de la política de la entidad o de los estudios que dan lugar a la supresión de empleos, bien pueden considerarse innecesarios servicios permanentes para determinadas áreas de la entidad y concluir que tales actividades pueden asumirse a través de servicios transitorios, ocasionales o, incluso, contratados a través de terceros permitidos por la ley. Así este cargo no prospera."[22]

Y es que ciertamente, en la E.S.E. Centro de Salud Inmaculada Concepción de Galeras se adelantó un proceso de reestructuración que terminó con la modificación de la planta de personal con supresión de algunos cargos, ello no guarda ninguna relación con la situación fáctica que en el presente asunto expone la actora, muy a pesar que en esa nueva planta, determinada en el Acuerdo No. 007 de 2002, figura un (1) cargo de Auxiliar de Enfermería (folio 145 C. ppal), puesto que la situación concreta se atiene a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento. Sobre el particular es necesario recordar que en el Acta No. 010-02 proferida por la Junta Directiva de la ESE Centro de Salud Inmaculada Concepción, se indicó que una de las acciones de dicha entidad consistía en ajustar la planta de personal, además de una vinculación mínima de empleados, todo ello con fines de realizar ajustes presupuestales en la ESE. Para reafirmar lo anterior, obsérvese que de acuerdo con el certificado obrante a folio 53 del expediente, las funcionarias Auxiliares de enfermería de la ESE Centro de Salud Inmaculada Concepción, para la fecha hacían parte de la planta de personal del Municipio de Galeras, pese a que su servicio era prestado en dicho centro médico. Lo anterior permite entrever que efectivamente no fueron motivos políticos o intereses personales los que guiaron la remoción de la actora, sino, situaciones de índole presupuestal.

Al descartarse la configuración de las casuales de nulidad de *falsa motivación y desviación de poder*, esta Sala procederá a confirmar la orientación del *A quo* que validó la legalidad de aquél, aunque modificará el resolutivo de la sentencia objeto de la alzada, en el sentido de modificar el ordinal PRIMERO, con la denegatoria expresa frente a la pretensión de nulidad del acto demandado, en aplicación del artículo 357 del C.P.C., que indica que se puede enmendar la providencia siempre que en razón de la reforma fuera indispensable respecto de puntos íntimamente relacionados.

IX. CONCLUSIÓN

La solución al primer problema jurídico es negativa, en tanto no se demostró que la Resolución No. 081 de 2002 haya sido expedida con falsa motivación ni con desviación de las atribuciones por parte del funcionario emisor de la misma, de suerte que no hay lugar a declarar su nulidad, tal como lo estimó el *A quo* aunque sin decidirlo expresamente en el resolutivo.

Frente al segundo problema jurídico no es necesario pronunciarse, pues como previamente se indicó, el mismo dependía que se declarara la nulidad del acto demandado, lo que al no ocurrir releva a la Sala de su estudio, máxime si al negarse la nulidad del acto, aquél corre igual suerte, por sustracción de materia.

[22] C.E. S. de lo C. A. Secc. 2 – Subcc. "B". CP: Tarcisio Cáceres Toro. Sentencia de oct. 7 de 2004 (4382-03).

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo Sucre, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFÍQUESE el ordinal PRIMERO de la sentencia objeto del recurso, el cual quedará así:

"PRIMERO.- NIÉGASE la nulidad de la Resolución No 081 del 27 de diciembre de 2.002, expedida por la gerente de la E.S.E. Centro de Salud Inmaculada Concepción de Galeras, a través de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora AYDA JUDITH JIMÉNEZ MUÑOZ en el cargo de Auxiliar de Enfermería, por lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: En lo demás, **CONFÍRMASE** la providencia, por lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 130.

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

LUIS CARLOS ALZATE RIOS **TULIA ISABEL JARAVA CARDENAS**