Cartagena de Indias D, T y C, quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

1. **RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.**

|  |  |
| --- | --- |
| **Medio de control** | **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** |
| **Radicado** | **13-001-33-33-005-2014-00220-01** |
| **Demandante** | **ROSARIO ZENITH BECHARA ARTEAGA** |
| **Demandado** | **ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO - BOLÍVAR** |
| **Tema** | **INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO PROVISIONAL** |
| **Magistrado Ponente** | **LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ** |

**II. PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Representante del Ministerio Público contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

**III. ANTECEDENTES**

**1. PRETENSIONES**

Se declare la nulidad de la Resolución Nro. 223 del 24 de octubre de 2013, por la cual se declaró insubsistente a la señora Rosario Zenith Bechara Arteaga; y la Resolución Nro. 255 de 26 de noviembre de 2013, mediante la cual se resolvió un recurso confirmando la anterior, expedidas por la ESE Hospital Local de Turbaco.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene el reintegro de la demandante al cargo que venía desempeñando, o a uno de igual o superior categoría; e igualmente se reconozca y pague los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos a que tenga derecho, desde la declaratoria de insubsistencia y hasta que se haga efectivo el reintegro.

**2. HECHOS**

En apoyo de sus pretensiones la accionante manifiesta lo siguiente:

La demandante fue nombrada en provisionalidad en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO (ARCHIVO DE HISTORIAS CLÍNICAS) incorporado en la dependencia de la división SUBGERENCIA CIENTIFICA, mediante Resolución Nro. 030 de 3 de febrero de 2012, tomando posesión del cargo el 3 de febrero de 2012.

La demandante desempeñó sus funciones de manera diligente, a pesar de los insuficientes recursos proporcionados por la demandada, sin percibir ningún llamado de atención por sus labores asignadas.

La demandante fue declarada insubsistente mediante Resolución Nro. 223 de 24 de octubre de 2013, decisión contra la que interpuso recurso de reposición, siendo resuelto mediante la Resolución Nro. 255 de 26 de noviembre de 2013.

Con ocasión de lo anterior, la demandante sufrió quebrantos de salud y depresión, llevándola a salir del país.

**3. SENTENCIA APELADA**

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena en sentencia del 12 de enero de 2017, concedió las pretensiones de la demanda al considerar lo siguiente:

Los actos acusados se encuentran falsamente motivados, toda vez que se fundan en incumplimiento de funciones de las que no existe prueba en el plenario; los hallazgos de la Contraloría Departamental de Bolívar en auditoría realizada a la entidad demandada, puntualizados en el archivo documental, no tienen que ver con las funciones de la demandante, pues la Contraloría hizo referencia a documentos contractuales.

Igualmente, los actos acusados indicaron que las funciones de la demandante habían desaparecido, y que las funciones de registro y archivo de historias clínicas son realizadas por el área de sistemas, en virtud de la adquisición del software ZEUS SALUD, sin embargo, no se determinó la fecha exacta de implementación del mismo, y que sucedió con las historias clínicas de antes del uso del software, concluyendo que los actos acusados se sustentaron en argumentos falsos.

Aunado a lo anterior, el A quo encontró no probados los cargos de desviación de poder y violación de los derechos al debido proceso y defensa de la demandante. (Fls. 186 – 201)

**4. RECURSO DE APELACIÓN.**

El Representante del Ministerio Público comparte las razones del A quo para declarar la nulidad de los actos acusados, pero difiere de la regla indemnizatoria empleada, por cuanto se aparta del precedente fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU – 556 de 2014, dentro de los cuales se encuentra que a título indemnizatorio solo se debe pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a 6 meses ni pueda exceder de 24 meses de salario (Fls. 211 – 216)

**5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA**

Con auto de fecha 10 de julio de 2017, se admitió el recurso de apelación presentado por el Representante del Ministerio Público (Fls. 13 - 14 Cdr. 2). Mediante auto del 18 de enero de 2019 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls. 18 Cdr. 2).

Las partes no descorrieron el traslado para alegar de conclusión, y el Ministerio Público no emitió concepto.

**IV. CONTROL DE LEGALIDAD.**

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarre nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

**V. CONSIDERACIONES**

1. **Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

1. **Problema jurídico.**

El problema jurídico a absolver, consiste en determinar si en el sub examine:

*¿El restablecimiento del derecho ordenado por el A quo se encuentra ajustado al precedente jurisprudencial unificado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 556 de 2014?*

En caso de ser positiva la respuesta al anterior interrogante, se confirmará la sentencia de primera instancia. De ser negativa, se modificará el restablecimiento del derecho en los términos del precedente jurisprudencial unificado en la Sentencia SU 556 de 2014.

1. **Tesis de la sala.**

La Sala, modificará el ordinal segundo de la sentencia apelada, toda vez que se apartó de los criterios fijados en la Sentencia de Unificación 556 de 2014 de la Corte Constitucional para restablecer el derecho, y en su lugar, se ordenará el mismo, en los términos de la sentencia de unificación. En este sentido, se condicionará el reintegro de la actora, al hecho de que el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o la demandante no haya llegado a la edad de retiro forzoso; así mismo, se ordenará a la demandada el pago de la suma equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia de primera instancia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la demandante, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

1. **Marco normativo y jurisprudencial.**

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 556 de 2014, abordó el estudio de temas como: la procedencia de tutela contra providencias judiciales; el desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional como causal específica de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales; el deber de motivar los actos administrativos; la estabilidad laboral relativa del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera y **los efectos de la nulidad del acto de retiro sin motivación del funcionario vinculado en provisionalidad**. Unificando en cuanto este último lo siguiente:

***3.6. Efectos de la nulidad del acto de retiro del funcionario vinculado en provisionalidad sin motivación. Definición de la regla indemnizatoria***

*3.6.1. Conforme lo ha dejado en claro la jurisprudencia constitucional, cuando se produce el desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, sin que se motive el respectivo acto de retiro, se desconocen los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso a la función pública, y se afectan los derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral relativa.*

*3.6.2. En ese contexto, dentro del propósito de restablecer los citados principios y derechos constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación ha venido adoptando distintas medidas de protección, atendiendo a las especiales circunstancias de los casos que han sido materia de pronunciamiento.*

*(…)*

*3.6.3. Del anterior recuento jurisprudencial de las distintas etapas, encuentra esta Corte que se ha mantenido invariable la regla conforme a la cual, cuando se desvincula sin motivación a un servidor público que se encontraba nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, lo que procede es ordenar la nulidad del acto, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso. No obstante, en cuanto hace a las medidas de restablecimiento, se han ido desarrollando algunos matices, puesto que primero se evolucionó en la dirección de reconocer no solamente el reintegro del funcionario como una consecuencia natural de dejar sin efectos el acto de desvinculación, sino también el pago a su favor de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su efectiva reincorporación, pero luego se han introducido criterios que, por consideraciones de equidad, limitan esa regla.*

*3.6.3.1. Como se ha mostrado, el primero de esos criterios alude a que la orden de pago de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de desvinculación hasta que se efectuara el reintegro al cargo que venía desempeñando en provisionalidad, sólo surte efectos hasta el momento en el que el respectivo cargo hubiere sido provisto a través de concurso de méritos. Esta regla de decisión parte de la consideración conforme a la cual carece de soporte la orden de pagar salarios y prestaciones por un periodo en el cual el servidor público ya se encontraría desvinculado del cargo por una decisión ajustada a la Constitución y a la ley, esto es, porque el cargo que ocupaba en provisionalidad ya habría sido provisto mediante concurso.*

*El segundo, por su parte, alude al eventual descuento que debe ordenarse a la suma total correspondiente al concepto de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, cuando la persona afectada con el retiro discrecional haya recibido otras sumas del tesoro público por virtud de su desempeño en otros cargos de naturaleza pública durante el interregno que estuvo desvinculada.*

*Finalmente, conforme a un tercer criterio, aplicado en un solo caso por la Sala Cuarta de Revisión, en la Sentencia T-961 de 2011, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir solo se ordena en sede constitucional, a partir del momento en el que se presentó la acción de tutela.*

*3.6.3.2. El anterior recuento muestra que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el tema de la estabilidad laboral relativa de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, se ha manifestado la existencia de una tensión constitucional entre, por un lado, el alcance de las medidas de protección de quien ha sido desvinculado con desconocimiento de su derecho a la estabilidad y, por otro, la proporcionalidad del reconocimiento que a título de indemnización está llamado a percibir, a la luz del carácter precario de su estabilidad y de la necesidad de que tal reconocimiento tenga una efectiva conexidad con la afectación de los derechos que se encuentran en juego.*

*Esta necesidad de limitar el alcance de la orden de protección se origina en la evidente desproporción que, en razón de la congestión judicial y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, se produce cuando quien tiene un título precario de estabilidad, accede a un reconocimiento patrimonial que abarca periodos de varios años y excede el ámbito de lo que pudiera considerarse como reparación o compensación por el efecto lesivo del acto de desvinculación. En esa línea, cabe señalar que los remedios hasta ahora ensayados por la Corte, si bien ofrecen una respuesta parcial, y, ciertamente, marcan un derrotero en la consideración del asunto, resultan claramente insuficientes. Así, la decisión de limitar el pago de salarios y prestaciones hasta el momento en el que el respectivo empleo haya sido provisto mediante concurso, si bien responde a una lógica impecable, no resulta suficiente desde el punto de vista de la equidad, porque no ofrece respuesta para los eventos, que son muchos, en los que la convocatoria de los concursos se dilata indefinidamente en el tiempo. En esas hipótesis, quien hubiese sido desvinculado sin motivación estando en provisionalidad en un cargo de carrera, continuaría acumulando salarios y prestaciones, por periodos no laborados, durante todo el tiempo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y, si fuere del caso, la constitucional, tardase en resolver de manera definitiva el asunto. A su vez, la determinación de descontar lo que la persona afectada hubiese devengado del tesoro público durante el periodo por el que deben reconocerse los salarios y prestaciones dejadas de percibir, no es consistente con la consideración de que, desde la perspectiva de la ausencia de causa para ese pago, la misma razón resulta predicable en aquellos eventos en los que la persona ha desempeñado un empleo remunerado en el sector privado o ha generado su propio ingreso como trabajador independiente. Finalmente, en sentido contrario, la previsión conforme a la cual el pago solamente se reconoce a partir del momento en la que se presentó la solicitud de amparo constitucional, no resultaría de recibo en aquellos eventos en los que la protección se brinda por el juez de tutela de primera instancia, caso en el cual el reconocimiento sería irrisorio.*

*De ahí que no exista claridad en relación con las medidas que, por vía de consecuencia, han de adoptarse de manera complementaria para el restablecimiento de los derechos; cuestión que, a la luz de los efectos que en los casos particulares ha tenido la decisión de amparo constitucional, impone la necesidad de una consideración específica del asunto.*

*3.6.3.3. En este orden de ideas, cabe señalar que el fundamento para la orden de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir, no puede tenerse como una consecuencia automática de la nulidad del acto de desvinculación porque, si bien, en general, el resultado de la nulidad es la de que las cosas se retrotraen hasta el momento en el que se produjo el acto invalidado, tal efecto no es posible en este caso, puesto que, aunque sería posible disponer el pago retroactivo del salario, no es posible hacer lo propio con la prestación del servicio. Si el salario está indisolublemente ligado a la prestación del servicio, en ausencia de éste, desaparece la causa para el pago de aquel.*

*En este evento, es forzoso concluir que, si los salarios dejados de percibir no se pueden concebir como un pago retroactivo del servicio, porque éste no se prestó y ya no es posible su prestación, sólo cabe interpretar que el pago se dispone como una modalidad de indemnización de perjuicios. Sin embargo, como pasa a explicarse, esta aproximación conduce a un resultado claramente desproporcionado y, por consiguiente, contrario a principios constitucionales y legales de indemnización, que establecen que “dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”[[1]](#footnote-1)*

*3.6.3.4. En principio, cabe considerar que la declaratoria de nulidad del acto y la orden de reintegro buscan proteger la estabilidad laboral del servidor público vinculado en provisionalidad, esto es, su expectativa de permanecer en el empleo, al menos, hasta cuando el mismo fuese provisto mediante concurso. Consecuentemente, lo que se debe indemnizar es el daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró esa expectativa de estabilidad. El problema que surge de la aproximación que hasta el momento se ha manejado en la jurisprudencia, se origina en el hecho de que la indemnización se vincula, primero, al tiempo que la persona emplee en acudir a la justicia ordinaria y a la constitucional y, luego, al tiempo que ésta demore en resolver el asunto.*

*3.6.3.5. Por el contrario, una aproximación orientada en la finalidad de evitar la desproporción que surge de la aplicación indiscriminada de la orden de reintegro y pago de salarios y de prestaciones, concordante con el texto de la Carta Política, debe analizar la indemnización que se da a título de restablecimiento desde la perspectiva de los principios de equidad y de reparación integral.*

*En ese contexto, es menester tener en cuenta que la extensión del daño indemnizable viene limitada por dos factores. El primero tiene que ver con el carácter precario de la estabilidad que tiene el servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, ya que, si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, dicho funcionario tiene una estabilidad relativa, es claro que no puede abrigar una expectativa de permanencia indefinida en el cargo. De este modo, aun cuando en la práctica, en contravía con expresa disposición legal, los nombramientos en provisionalidad se extienden en el tiempo y pueden tener una duración de varios años, al menos para efectos indemnizatorios es posible concluir que el nombramiento en provisionalidad no puede generar una expectativa de estabilidad que vaya más allá de la que, de acuerdo con el ordenamiento legal, pueda tener una persona que ha sido vinculada en dicha modalidad. El segundo factor que limita la extensión de lo que puede considerarse como un daño indemnizable, tiene que ver con una consideración de carácter general, sobre la responsabilidad que le cabe a cada persona en la generación de los recursos necesarios para atender sus requerimientos vitales, sin que sea de recibo la actitud de quien, ante la pérdida del empleo, omite injustificadamente la realización de las actividades imprescindibles para la auto-provisión de recursos.*

*(…)*

*3.6.3.7. Las normas que se han transcrito, tenían la vocación de brindar una garantía al principio del concurso de méritos como medio de acceso a la carrera administrativa, limitando claramente las expectativas de los nombramientos en provisionalidad, para que fueran, tal como su nombre lo indica, temporales, para luego proveer el cargo con las condiciones previstas en la ley.*

*3.6.3.8. Bajo esas condiciones, quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y temporal de permanencia en el cargo, por cuanto las autoridades administrativas responsables deberán proveerlo por medio del sistema de carrera, nombrando en propiedad a quien haya superado todas las etapas del concurso que, en todo caso, habrá de convocarse para el efecto. De lo anterior resulta claro que, quien es nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos, y la provisión conforme al mismo habrá de hacerse en el breve término que prevé la ley. Así, esa persona puede esperar mantenerse en el cargo hasta tanto el mismo sea provisto, en el término legal, por quien haya ganado el concurso y que si su desvinculación se produce con anterioridad, ello ocurra conforme a una razón objetiva, debidamente expresada en el acto administrativo de desvinculación.*

*3.6.3.9. En los términos anteriores, no resulta apropiado asumir, para efectos de la indemnización, que la cuantificación de la misma deba hacerse a partir de la ficción de que el servidor público hubiera permanecido vinculado al cargo durante todo el lapso del proceso, prestando el servicio y recibiendo un salario. Ello no solo es contrario a la realidad, sino que implica un reconocimiento que excede, incluso, el término máximo que permite la ley para este tipo de nombramientos. Este primer punto, lleva a la conclusión de que restablecer el derecho a partir del pago de todos los salarios dejados de percibir entre la desvinculación y el reintegro, desconoce el principio de la reparación integral que exige la indemnización del daño, pero nada más que el daño; puesto que excede las expectativas legítimas para la protección del bien jurídico que fue lesionado por el acto.*

*3.6.3.10. En cuanto al segundo criterio que limita la cuantificación del daño derivado de la desvinculación sin motivación de un servidor público que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera, la solución que fija como indemnización los salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta el reintegro efectivo, resulta claramente incompatible con el conjunto de principios y derechos que orientan el Estado Social y Constitucional de Derecho.*

*Para la Corte es claro que una indemnización así concebida resulta excesiva en los términos de los artículos 1º y 25 de la Constitución Política. Ello por cuanto, con base en los mismos, no es posible presumir que la persona permaneció cesante durante todo el tiempo que demoró la justicia en resolver el conflicto jurídico. Por el contrario, se debe asumir que, como parte activa de un Estado Social de Derecho, esa persona contribuyó al desarrollo de la sociedad, en la medida en que ese concepto parte de la consideración de que el individuo es, en principio, capaz de auto sostenerse, y como tal, tiene la carga de asumir su propio destino, siendo excesivo y contrario a la equidad, indemnizarle como si desde el día de su desvinculación hubiere cesado de cumplir la carga de su auto-sostenimiento, y ésta se hubiere trasladado al Estado, quien fungía como empleador.*

*En efecto, la pretensión de que se proyecte de manera indefinida el pago del salario que en algún momento percibió el actor, pero que desde un inicio no tenía vocación de permanencia, en realidad no constituye una manera de satisfacer el derecho al trabajo cuya vulneración se alega. Este derecho no consiste ni se reduce a la facultad de exigir el pago periódico de una suma dineraria para atender las necesidades vitales; por el contrario, este pago viene a ser la contraprestación por la realización de actividades socialmente útiles y que redundan en el crecimiento personal de quien las realiza. Por tal motivo, entender que el Estado satisface el derecho al trabajo por suministrar a los ciudadanos una suma mensual, desconoce la naturaleza misma de esta prerrogativa fundamental. La obligación del Estado tiene un dimensión mucho más amplia, pues no solo debe asegurar un mínimo vital, sino que debe crear las condiciones para que en el marco de la autonomía personal, los individuos desplieguen sus intereses y expectativas vitales, contribuyan eficazmente al bienestar colectivo, y como consecuencia de ello, sean retribuidos por su aporte social.*

*De este modo, la solución que fija como indemnización el pago de salarios desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo, no solo desnaturaliza el derecho al trabajo, sino que además contraviene los principios estructurales sobre los cuales se edifica el Estado Constitucional y Social de Derecho, y en particular, la dignidad humana, el principio general de la autodeterminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Entender y establecer una presunción general sobre la incapacidad de las personas para atender sus propias necesidades, y sobre esta base edificar el alcance de las obligaciones del Estado, termina por anular al individuo mismo y por imponer obstáculos y barreras para el ejercicio de la autonomía individual. La solución propuesta invierte la lógica de las cosas, puesto que, justamente, nuestro modelo constitucional parte de la presunción general sobre la capacidad de las personas para definir el rumbo de su vida y para atender por sí mismas sus necesidades vitales. En ese contexto, no es de recibo una cuantificación de la indemnización por la injusta terminación del vínculo laboral, que tenga como punto de partida la consideración implícita conforme a la cual, a partir del acto de desvinculación, y hasta tanto se produzca el reintegro, cesó la obligación de la persona de asumir la responsabilidad de generar sus propios ingresos.*

*Finalmente, cabe señalar que la responsabilidad individual por la auto-provisión de recursos, tiene como contrapartida la obligación del Estado de adoptar las medidas, positivas y negativas, para asegurar su goce efectivo por todas las personas, pero que esta obligación difiere sustancialmente del deber de atender y proveer directamente las prestaciones derivadas de todos y cada uno de los derechos constitucionales. Por tal motivo, entender que, en los supuestos sobre los que versa esta providencia, las entidades estatales tienen la obligación de pagar indefinidamente los salarios dejados de percibir desde la desvinculación del servidor público, de un cargo cuya estabilidad era tan sólo relativa, sobrepasa por mucho los deberes a cargo del Estado y la responsabilidad que le es imputable a título de daño por una conducta antijurídica.*

*(…)*

*3.6.10.5. Así, es claro que, para el caso de los provisionales que ocupan cargos de carrera y que son desvinculados sin motivación alguna, el pago de los salarios dejados de percibir, desde que se produce su desvinculación hasta el momento en que sus derechos son reconocidos judicialmente, resulta ser una indemnización excesiva a la luz de la Constitución Política y la Ley, que puede dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa. Ello por dos razones fundamentales. Inicialmente, por cuanto el servidor público afectado con la medida de retiro se encontraba en una modalidad de vinculación temporal, que desde el punto de vista estrictamente jurídico no tiene vocación de permanencia, lo que claramente inhibe que a la persona se le genere una expectativa de permanencia indefinida, representada en la posible indemnización que tenga derecho a recibir por esa causa. De allí, que sea contrario a la ley presumir que su permanencia en el cargo habría de superar el plazo máximo para ello consagrado, y que, por tanto, se deba indemnizar más allá de las expectativas legítimamente generadas. Además, porque, constitucionalmente, en la persona radica la responsabilidad de su propio sostenimiento, por lo que al haber sido declarada insubsistente, debe asumir la carga consigo misma, y no pretender trasladarla a su empleador, adelantando las acciones necesarias para recuperar su autonomía y generar sus propios ingresos. Entonces, no es posible presumir que el daño causado se proyecte sobre la totalidad del tiempo transcurrido desde la desvinculación hasta la decisión judicial de reintegro, ni que al servidor público afectado se le deban pagar los salarios dejados de percibir por un servicio que es imposible que preste en esa entidad hacia el pasado, y que, en contraste, si pudo haber prestado en otra institución de la sociedad.*

*3.6.3.11. Por lo anterior, se concluye que el daño que verdaderamente se le causa al administrado es la pérdida del empleo, en la forma de lucro cesante en tanto se refiere a “un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”[[2]](#footnote-2). Al evaluarlo de acuerdo con los parámetros legales, se encuentra que para que exista una verdadera reparación integral, es decir una indemnización del daño y nada más que el daño, se debe evaluar su expectativa de permanencia en el cargo, unida a la estabilidad laboral propia del cargo de carrera nombrado en provisionalidad y la carga que le correspondía de asumir su propio auto-sostenimiento y el de sus dependientes.*

*(…)*

*3.6.13.4. Ahora bien, siendo consecuente con el propósito de que la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, se dispondrá que, en todo caso, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.*

*3.6.13.5. A este respecto, el valor mínimo indemnizatorio en este caso se fija, en razón a que las personas desvinculadas han agotado previamente el respectivo proceso judicial, y, como consecuencia de la congestión y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, la posibilidad de acceder a un reconocimiento patrimonial por el despido injusto se extienda a periodos de varios años, es decir, a periodos que superen los seis (6) meses. En el caso contrario, el pago mínimo de indemnización no tiene lugar, y ésta deberá corresponder al daño efectivamente sufrido, el cual será equivalente al tiempo cesante.*

*3.6.13.6. Por su parte, y en plena concordancia con lo anterior, el término máximo de indemnización se fija dentro del propósito de evitar un pago excesivo y desproporcionado en relación con el verdadero daño sufrido a causa de la desvinculación, y su tope de 24 meses se determina teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año.*

*3.6.3.13.7. Para establecer el promedio de la duración del desempleo, se tomaron como referencia dos estudios que permiten estimar el funcionamiento de dicha variable en el mundo y en el país. El primero de ellos fue realizado y publicado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 21 de enero de 2014, titulado Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?, en el cual se reflejan diversos indicadores mundiales y regionales sobre el mercado laboral. En particular, sobre el indicador de la duración del desempleo en algunas economías[[3]](#footnote-3), advierte que, cuando se trata del desempleo de larga duración[[4]](#footnote-4), el promedio para conseguir trabajo es por lo menos de 12 meses, mientras que frente al desempleo de corto o mediano plazo, el tiempo promedio para ubicarse laboralmente es de aproximadamente 4,5 meses.*

*El segundo estudio evaluado es la investigación adelantada por la Dirección de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación, titulada “Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006”[[5]](#footnote-5), la cual, a partir de una análisis no paramétrico, define también estándares sobre la duración del desempleo en el país. Con base en la Encuesta Continua de Hogares del segundo trimestre del año 2006, en dicha investigación se destaca que en Colombia predomina el desempleo de larga duración[[6]](#footnote-6), sobre la base de considerar que el 54% de la población se demora un periodo superior a los 12 meses para conseguir empleo. De igual manera, con un enfoque de género, se explica que el 50% de los hombres consigue empleo a los 8 meses o menos de encontrarse desocupados, mientras que las mujeres necesitan por lo menos 18 meses para lograr dicho objetivo. En este mismo sentido, encuentra el estudio que el comportamiento de esos resultados puede variar significativamente cuando los desempleados utilizan canales formales o informales para la búsqueda de trabajo, de manera que el 75% de los que utilizan herramientas formales han salido del desempleo a los 12 meses, mientras que los que acuden a la informalidad ocupa un mayor tiempo para emplearse.[[7]](#footnote-7)*

***3.6.3.13.8. Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.”*** *(Negrillas fuera del texto)*

Conforme a los parámetros fijados por la Corte Constitucional citados en precedencia, procederá la Sala de Decisión a resolver el problema jurídico planteado; teniendo en cuenta, el objeto de la apelación, manifiesta inconformidad únicamente en lo relativo al restablecimiento del derecho.

1. **EL CASO CONCRETO.**

**Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

En el presente asunto, el juez de primera instancia concedió las pretensiones de la demanda al considerar que los actos acusados se encuentran falsamente motivados, al fundarse en el incumplimiento de funciones por parte de la demandante, circunstancia de la que no existe prueba en el plenario; así mismo, en presuntos hallazgos de la Contraloría Departamental de Bolívar en auditoría realizada a la entidad demandada, puntualizados en el archivo documental, los cuales no tienen que ver con las funciones de la demandante, pues la Contraloría hizo referencia a documentos contractuales, y su labor era el archivo de historias clínicas.

Igualmente, los actos acusados indicaron que las funciones de la demandante habían desaparecido, y que las funciones de registro y archivo de historias clínicas son realizadas por el área de sistemas, en virtud de la adquisición del software ZEUS SALUD, sin embargo, no se determinó la fecha exacta de implementación del mismo, y que sucedió con las historias clínicas de antes del uso del software, concluyendo que los actos acusados se sustentaron en argumentos falsos.

Como restablecimiento del derecho, ordenó el A quo el reintegro de la demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría en el EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE TURBACO – BOLÍVAR, sin que exista solución de continuidad; así como el pago de salarios y prestaciones dejados de devengar por la actora desde el momento dela declaratoria de insubsistencia hasta su reintegro o no aceptación del cargo, suma a la que deberá restársele el monto total de los pagos o erogaciones que haya recibido con cargo al tesoro público.

El Representante del Ministerio Público comparte las razones del A quo para declarar la nulidad de los actos acusados, pero interpone recurso de apelación al disentir de la regla indemnizatoria empleada por el A quo, por cuanto se aparta del precedente fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU – 556 de 2014, dentro de los cuales se encuentra que a título indemnizatorio solo se deben pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a 6 meses ni pueda exceder de 24 meses de salario.

En este orden, analizado el restablecimiento del derecho adoptado por el A quo, y teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación, advierte esta Corporación que efectivamente, el mismo se aparta de los criterios fijados en la Sentencia de Unificación 556 de 2014 de la Corte Constitucional, los cuales se reiteran a continuación:

- El reintegro del servidor público a su empleo, deberá ordenarse siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso;

- A título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Así las cosas, la Sala de Decisión modificará el ordinal segundo del fallo apelado, en el sentido de ordenar reintegrar a la demandante, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o la servidora no haya llegado a la edad de retiro forzoso; a título indemnizatorio, se ordenará a la demandada el pago de la suma equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia de primera instancia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la demandante, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

**6. Condena en Costas.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se dispone condenar en costas a la parte *“a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”*, y de conformidad con el numeral 8º del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

En el presente proceso se abstendrá la Sala de condenar en costas a las partes, toda vez que el recurso de apelación no fue interpuesto por estas, sino por el Representante del Ministerio Público, sujeto procesal especial vinculado en los procesos que se adelantan ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en aras de defender el orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**VI. FALLA**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal **SEGUNDO** de la sentencia de fecha doce (12) de enero de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará así:

*“SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO – BOLÍVAR, lo siguiente:*

*- Reintegrar a la señora ROSARIO ZENITH BECHARA ARTEAGA, al cargo que venía ocupando antes de la desvinculación siempre y cuando no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o la servidora no haya llegado a la edad de retiro forzoso;*

*- A título indemnizatorio, pagar a la demandante la suma equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la demandante, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.”*

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.

**TERCERO:** No condenar en costas.

**CUARTO:** Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

**ORIGINAL CON FIRMA**

**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

**ORIGINAL CON FIRMA ORIGINAL CON FIRMA**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL**

1. Artículo 16 de la Ley 446 de 1998. [↑](#footnote-ref-1)
2. Tamayo Jaramillo, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo 2. Bogotá, Ed. Temis 1986, pg, 117. [↑](#footnote-ref-2)
3. De manera concreta el cuadro No. 10 (página 25) compara cómo ha variado el promedio –en meses- de la duración del desempleo desde el año 2003 hasta el 2012 en los siguientes países: Canadá, Brasil, Estados Unidos, Reino Unido, Turquía, Japón, España, Sur África y Grecia. [↑](#footnote-ref-3)
4. De acuerdo con el estudio *Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?*, se entiende por desempleo de larga duración, aquél que supera los 12 meses, mientras que el desempleo de corta y mediada duración es aquél que se extiende entre 3 y 6 meses, y en todo caso es menor de 12 meses. [↑](#footnote-ref-4)
5. Este documento fue elaborado por profesores Carlos Augusto Viáfara L, y José Ignacio Uribe G. del Departamento de Economía de la Universidad del Valle, miembros del Grupo de Investigación en Economía Laboral y Sociología del Trabajo. Documento 340, 7 de marzo de 2008. [↑](#footnote-ref-5)
6. Véase página 16 del estudio *Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006.* Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, Dirección de Estudios Económicos. Documento 340, 7 de marzo de 2008. [↑](#footnote-ref-6)
7. Véase página 17 del estudio *Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006.* Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, Dirección de Estudios Económicos. Documento 340, 7 de marzo de 2008. [↑](#footnote-ref-7)