



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, dos (02) de octubre de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante: Orfalia Hernández Tapiero
Demandado: Hospital San José E.S.E de Ortega - Tolima
Radicación: 73001-33-33-003- 2016-00364-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Orfalia Hernández Tapiero contra el Hospital San José E.S.E de Ortega - Tolima.

I. ANTECEDENTES**1. PRETENSIONES (Fol. 24-25)**

- 1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución 014 de 07 de enero de 2016, a través de la cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante.
- 1.2. Que se ordene al Hospital San José E.S.E de Ortega - Tolima que proceda a reintegrar a la señora Orfalia Hernández Tapiero al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría, sin que exista solución de continuidad.
- 1.3. Que se ordene al Hospital San José E.S.E de Ortega - Tolima que pague a favor de la demandante, todos los salarios dejados de percibir con las respectivas prestaciones sociales, aportes parafiscales y demás emolumentos laborales causados, desde la fecha de desvinculación y hasta la fecha en que se reintegre en el cargo de igual o superior jerarquía.
- 1.4. Que se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de la señora Orfalia Hernández Tapiero, desde la fecha de su desvinculación hasta la fecha del reintegro.
- 1.5. Que se condene a la demandada a pagar indexadas las sumas adeudadas, conforme el artículo 309(sic) de la Ley 1437 de 2011.
- 1.6. Que se condene a la demanda al pago de costas y agencias en derecho.

2. HECHOS (Fol. 25-26)

- 2.1.** La señora Orfalia Hernández Tapiero fue nombrada en provisionalidad mediante Resolución No 267 de 22 de diciembre de 2015, en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 03 de la Planta Global de Empleos del Hospital San José E.S.E de Ortega - Tolima, con una asignación mensual de \$915.000.
- 2.2.** El 7 de enero de 2016, por medio de Resolución 014 de 2016 la gerencia del Hospital San José E.S.E de Ortega – Tolima dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Orfalia Hernández Tapiero,
- 2.3.** La demandante se desempeñó laboralmente en la entidad desde el año 2013 en misión y posteriormente fue vinculada en provisionalidad.
- 2.4.** La demandante es madre soltera y cabeza de familia, teniendo a cargo a su hija menor de edad Valentina Moreno Hernández, de 6 años de edad, razón por la cual se desprenden las obligaciones de apoyo, cuidado, amor y manutención, asumidas efectivamente con los ingresos percibidos de su actividad laboral, argumentando una estabilidad laboral reforzada.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS PRETENSIONES (Fol. 26-35)

3.1. Normas Violadas:

- Constitución Política de Colombia, artículo 29

3.2. Concepto de Violación

Se entiende en una interpretación integral de lo expuesto en la demanda que el acto demandado se acusa de haber vulnerado el derecho de audiencia y defensa, además de estar viciado por falta de motivación.

Se dice que el Hospital San José E.S.E de Ortega - Tolima transgredió la norma constitucional superior al retirar del servicio a la Orfalia Hernández Tapiero, quien al momento de su retiro se desempeñaba en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa adscrito a la planta global del ente gubernamental, pues la accionada no motivó la decisión en factores específicos, tales como razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por cualquier otra causal que origine en verdad la emisión del acto.

Se afirma que la señora Orfalia Hernández Tapiero fue nombrada en provisionalidad y que las razones expuestas por la parte accionada no responden a la realidad, puesto que se toma atribuciones judiciales que no son de su competencia para desvincular a la citada demandante, y que por lo tanto no existe un elemento fáctico válido en el acto administrativo, endilgando que el accionar de la entidad se basa en hechos fabricados por esta misma. Resalta que por parte de la entidad accionada se violó el principio *NEMO AUDITUR PROPIAM*

212

TURPITUDINEM ALLEGANS-, explicando que los motivos que sustentan el acto demandado fueron causados por la omisión de la entidad en sus deberes como empleador.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (53-70)

El Hospital San José E.S.E de Ortega – Tolima, a través de apoderado judicial se pronunció para oponerse a las pretensiones, advirtiendo que el acto administrativo está motivado en supuestos fácticos probados con los documentos allegados al proceso, además de negar la existencia de una relación laboral entre la demandante y la entidad accionada durante el año 2013, ya que solo prestó servicios para el manejo de archivo y apoyo documental.

Así mismo, advirtió que le corresponde a la parte actora desvirtuar la legalidad del acto administrativo, debiendo probar la falsa motivación o una infracción a las normas en que debía fundarse, carga que no cumple en este caso y, por ende, se debe dejar en firme la legalidad de la resolución 014 de 07 de enero de 2016, toda vez que prima la presunción de legalidad.

Además, señaló que la demandante tenía el status de empleada en provisionalidad, lo que implica que no estaba amparada por el fuero de estabilidad aplicable para funcionarios de carrera administrativa.

Estos argumentos de defensa, los incluye en lo que a título de excepciones de mérito dice plantear bajo los rótulos de: *“Legalidad del acto demandado”, “Inexistencia de causales para la nulidad y restablecimiento del derecho”, “Carencia del derecho para demandar”, “Vulneración al principio doble asignación del tesoro público”, “Vinculación laboral por medio de prácticas fraudulentas en detrimento de la función administrativa y recursos públicos”*

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 25 de julio de 2016 (fl. 1), siendo admitida por auto del 25 de octubre de 2016 (fl.48). Vencidos los términos de traslado para contestar la demanda y su reforma, mediante auto del 08 de junio de 2018 se fijó fecha y hora para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (fl. 143), sin embargo mediante auto del 20 de marzo de 2018 se ordenó oficiar a la entidad para que informara quién era la persona que ocupaba el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 03, (fl. 162), recibéndose como respuesta, que no existe en la actual planta de personal; luego de ello, se fijó fecha y hora para adelantar la audiencia inicial (fl. 175) la cual se llevó a cabo el día 31 de octubre de 2018, en ella se realizó el saneamiento del proceso, se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se abordó el tema de la conciliación sin que las partes propusieran fórmula de arreglo y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y una de oficio (fl. 178-183), realizándose la audiencia de pruebas los días 30 de abril (fls. 217) y 13 de agosto de 2019 (fl. 224)

Recaudada la totalidad de las pruebas, en auto del 2 de septiembre de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión (ff. 227).

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. PARTE DEMANDANTE (Fol. 237-243)

Reiteró los argumentos inicialmente expuestos e indicó que, de acuerdo con la sentencia SU 556 de 2014, la condición de provisional de la demandante no la equipara a un cargo de libre nombramiento y remoción, haciendo énfasis en que se le vulneró su derecho al debido proceso.

Hizo énfasis en que dentro de las funciones de la entidad demandada, no se encuentra la de declarar responsable de un hecho punible a una persona, además que, si bien el cargo de la demandante fue eliminado, esto sucedió un año después de su retiro.

Concluyó advirtiendo que se probó la falsa motivación e ilegalidad del acto acusado, el cual se basó en situaciones irreales para separar a la demandante de su cargo.

6.2. PARTE DEMANDADA (Fol. 228-234)

Reiteró sus argumentos de defensa, sosteniendo en síntesis que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad de que goza el acto administrativo que se ataca, que además no existe una relación laboral entre la entidad y la accionante, razón por la cual no existe fuero alguno a favor de la demandante.

Así las cosas, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las siguientes...

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1° del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2° y 156 numeral 3° ibídem.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se centra en determinar si el acto administrativo acusado contenido en la Resolución No. 014 del 7 de enero de 2016 se encuentra viciado de nulidad por los cargos que se le endilgan y en caso afirmativo, si la demandante tiene derecho a su reintegro al cargo que venía ocupando o a uno de

igual o superior jerarquía, así como al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su retiro hasta su reincorporación.

3. MARCO JURÍDICO

3.1. MARCO NORMATIVO

El artículo 125 de la Constitución Política, dispone:

“Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.

Del artículo previamente transcrito, es dable afirmar que los empleos públicos por regla general son de carrera administrativa, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, lo trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley

Con la expedición de la **Ley 909 de 2004**¹, se reguló el sistema del empleo público, cuyo ámbito de aplicación quedó establecido en el **art. 3º**, precisando que sus disposiciones serían aplicables, entre otros, a los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados.

Respecto de la carrera administrativa, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, establece:

"Artículo 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito', mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna".

Por su parte, el artículo 25 de la citada normatividad, indica que cuando existe una separación temporal del cargo del empleado de carrera, el mismo será

¹ "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

provisto en forma provisional, "sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera".

Más adelante en el párrafo 2º del art. 41 de la Ley 909 de 2004, en lo que concierne al retiro de los funcionarios que prestan sus servicios en cargos de carrera administrativa consagró:

"Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado" (negrillas fuera del texto).

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005, por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004, en el párrafo transitorio de su artículo 8, respecto de los empleos temporales y provisionales dispuso que "Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004", el cual no podía exceder el término de 6 meses, tiempo dentro del cual, se debía convocar a concurso de méritos, aclarando que el nombramiento en provisionalidad solo procede excepcionalmente cuando no sea posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente.

Además de lo anterior, en su art. 10 el citado Decreto 1227 de 2015 dispuso:

"Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados." (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Finalmente, mediante el Decreto 3820 de 2005 se modificó el párrafo transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2004, autorizando que la prórroga tanto del encargo como del nombramiento provisional, se daría hasta la superación de las circunstancias que las originaron, previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

De lo anterior, y en términos conclusivos, se puede afirmar que con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, como regla general, en las entidades públicas los cargos son de carrera administrativa, los cuales son provistos luego de la aprobación satisfactoria de concurso de méritos, resultando viable en esta clase de empleo, suplirlos por empleados en provisionalidad, ya porque exista una vacancia temporal o ya por que exista una vacancia definitiva y que la administración pública, para el retiro de estos servidores, debe motivar los actos administrativos en los términos y condiciones que se describen en la normatividad en comento.

3.2. MARCO JURISPRUDENCIAL

3.2.1. Posición Corte Constitucional respecto de la obligación de motivar los actos administrativos de insubsistencia en empleados nombrados en provisionalidad

254

El máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en reiteradas ocasiones ha referido la obligación de las entidades públicas de motivar los actos administrativos de insubsistencia de los empleados vinculados en provisionalidad, aclarando que si bien no gozan del fuero de estabilidad de los empleados que se encuentran en carrera administrativa, tampoco son equiparables con el empleo de libre nombramiento y remoción, pues las provisionalidades surgen para evitar la parálisis de la función pública mientras se provee el cargo con el lleno de los requisitos legales.

Lo anterior, encuentra su sustento en la sentencia T-147 de 2013, en la que la Corte Constitucional expresó:

"La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos "cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal". Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se- realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad. La naturaleza de los cargos provisionales difiere -de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción. Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera. Los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el periodo de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilar sea los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación". (Negrillas del Despacho)

A su vez **sentencia SU-917 de 2010**, expuso que el acto no solo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción a demandar la nulidad del acto. Al respecto señaló la Corte:

"(...) Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su

elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”.

Luego, esa alta corporación en sentencia SU-054 de 12 de febrero de 2015, con ponencia del Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, consideró que a tono con la jurisprudencia constitucional, la estabilidad relativa se manifiesta en que el acto de retiro de los funcionarios que en provisionalidad ocupan cargos de carrera, debe contener una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, para garantizar la protección efectiva de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público.

Así mismo reiteró que las referencias genéricas acerca del nombramiento provisional, la invocación de la facultad discrecional o la cita de información, doctrina y jurisprudencia que no se relacionen directa e inmediatamente con el caso particular, no constituyen razones válidas para la desvinculación de un funcionario provisional.

3.2.2. Posición Consejo de Estado respecto de la obligación de motivar los actos administrativos de insubsistencia en empleados nombrados en provisionalidad

En primer lugar, debe aclararse que frente al tema de los empleados provisionales la posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado no siempre ha sido uniforme, pues mientras la Subsección “A” sostenía que el acto por medio del cual se retiraba del servicio a un funcionario nombrado en provisionalidad debía motivarse, así sea sumariamente, la Subsección “B” afirmaba que tal decisión no requería motivación.

Ante ese panorama, en la sentencia del 13 de marzo de 2003, dictada en el proceso N°. 1834-01, con ponencia del Doctor Tarsicio Cáceres Toro, la Sección Segunda **unificó** su criterio, en el sentido de señalar que a los funcionarios provisionales los **rodea un doble fuero de “inestabilidad”**, por las siguientes razones: (i) De una parte, porque al no pertenecer a la carrera administrativa pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión, y (ii) de otra, por cuanto pueden ser desplazados por quien supere las etapas del concurso de méritos, en los términos que señale la ley.

En pronunciamientos posteriores² la Sección Segunda expuso que el nombramiento en provisionalidad no genera fuero de estabilidad alguno, pudiendo el nominador, con fundamento en la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 del mismo año, dar por terminada la relación laboral mediante acto que no requiere ser motivado, incluso antes del vencimiento del periodo de la misma, sin que tal decisión conlleve menoscabo al derecho al debido proceso, pues se aplican las mismas reglas que en materia de función pública se predicen en relación con los empleados de libre nombramiento y remoción.

² Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias proferidas en las siguientes fechas: (i) 12 de marzo de 2009, expediente No. 1012-05, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero; (ii) 1° de marzo de 2012, expediente No. 0542-11, C.P. Gerardo Arenas Monsalve; y (iii) 19 de abril de 2012, expediente No. 2462-11, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

255

Sin embargo, la misma Sección Segunda ha prolijado de tiempo atrás el criterio tendiente a señalar que a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004 y de su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, es necesaria la motivación del acto administrativo que declare la insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad³, pues la competencia para el retiro de los mismos es reglada, esto es, dicho retiro es procedente solo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley.

4. HECHOS PROBADOS

De acuerdo con los medios de prueba válidos y oportunamente aportados al proceso, el despacho encuentra acreditados los siguientes hechos relevantes para la decisión del caso objeto de estudio:

- Que fue expedida la Resolución No 267 de 2015, "*por medio de la cual se efectúa un nombramiento en provisionalidad*" a favor de Orfalia Hernández Tapiero en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado de Asignación 03, hasta que se provea en cargo en propiedad. (Fol. 5-6)
- Que la demandante tomó posesión el día 22 de diciembre de 2015 y se mantuvo en el cargo hasta el 7 de enero de 2016, teniendo como última asignación básica la suma \$915.000. (Fol. 7)
- Que a través de Resolución No. 014 del 07 de enero de 2016 se declaró terminado el nombramiento en provisionalidad efectuado a la señora Orfalia Hernández Tapiero. (fl. 2-4)
- Que el día 7 de enero de 2016, la Oficina de Control Interno del Hospital San José de Ortega E.S.E. rindió informe de auditoría especial realizado a los nombramientos de personal, realizados al parecer el día 31 de diciembre de 2015. (fls. 84-96)
- Que mediante memorial radicado el 12 de enero de 2016 ante la Fiscalía General de la Nación, el señor José Vicente Montaña Bocanegra en calidad de Jefe de la Oficina de Control Interno del Hospital E.S.E de Ortega presentó denuncia en contra de la señora Yamile Maritza Pérez Suárez en calidad de ex Gerente de la ESE y de otras personas, entre ellas la señora Orfalia Hernández Tapiero, por el presunto delito de falsedad, radicado bajo el número 730016000432201600376, el cual para el 10 de diciembre de 2018 se encontraba en etapa de indagación (fl. 73-78, 200)

³ Pueden consultarse entre otras sentencias, la de nulidad y restablecimiento del derecho de veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08) Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, y de tutelas, de cinco (5) de agosto de dos mil once (2011), radicación número 11001-03-15-000-2011-00654-00, Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, de veintitrés (23) de octubre de dos mil doce (2012), radicación número 11001-03-15-000-2012-00671-01(AC), Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero y de dieciséis (16) de enero de dos mil quince (2015), radicación número 11001-03-15-000-2014-02727-00, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

- Que el día 29 de febrero de 2016, el señor José Vicente Montaña Bocanegra en calidad de Jefe de la Oficina de Control Interno del Hospital E.S.E de Ortega formuló queja ante la Procuraduría General de la Nación en contra de la señora Yamile Maritza Pérez Suárez, ex Gerente de la ESE y de otras personas, entre ellas la señora Orfalia Hernández Tapiero (fl. 79-84)
- Que en la relación bancaria correspondiente al mes de diciembre de 2015 del Hospital San José de Ortega no aparece registro alguno de pago a favor de Orfalia Hernández Tapiero (fl.94)
- Que la señora Orfalia Hernández Tapiero estaba vinculada con el Hospital San José E.S.E de Ortega mediante contrato de prestación de servicios No. 242 de 2015 cuyo objeto era *“contratar la prestación de servicios personales para el manejo de la ventanilla única y apoyo en gestión documental en la oficina de la Gerencia del Hospital San José E.S.E Nivel I” con un plazo de cuatro meses, comprendidos entre el 01 de septiembre al 31 de diciembre de 2015* por un valor total de \$8.800.000 (fl. 97-107).
- Que la señora Orfalia Hernández Tapiero presentó ante el supervisor la cuenta de cobro, el informe de actividades, copia del pago al sistema de seguridad social integral (fl. 100-104), que con base en ello la supervisora del contrato señora Yamile Pérez Suarez, Gerente del Hospital, expidió la certificación del cumplimiento de actividades (fls. 105-107), expidiéndose los documentos contables y de tesorería respectivos (Fls. 97-99) los cuales luego presentaron una anotación manuscrita de “anulado”.
- Que mediante Acuerdo del 003 del 19 de noviembre de 2015, se aprueba la modificación de la planta de personal del Hospital San José E.S.E del Municipio de Ortega Tolima, creándose el cargo de Auxiliar Administrativo (Archivo) Código 407 Grado 03 (fls.132-136), sin embargo dicho cargo desapareció de la planta de personal conforme se observa en el Acuerdo No. 022 del 30 de diciembre de 2016 (fl. 169-170), y luego, tampoco fue incluido en los Acuerdos 016 del 13 de octubre de 2017 y 019 del 12 de diciembre de 2017 (fls. 171-174)

5. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

5.1. Del derecho de audiencia y defensa

Respecto al desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, debe indicarse por el Despacho que, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia lo consagra como un derecho fundamental que debe imperar en todas las actuaciones judiciales y administrativas. El Honorable Consejo de Estado ha definido el debido proceso en los siguientes términos:

“El debido proceso es el conjunto de garantías mínimas que se deben reconocer a las personas dentro de las actuaciones judiciales y administrativas, en procura de obtener una sentencia o decisión justa sobre sus derechos (vida, integridad, libertad o patrimonio) involucrados en las mismas. Se encuentra establecido en la

Constitución Política de 1991 como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85). La dimensión y contenido del derecho al debido proceso supera el juzgamiento penal y se explica y justifica que sea una garantía fundamental consagrada en las constituciones concebidas bajo el modelo del Estado de Derecho para todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas.”⁴ (Subrayado fuera de texto)

Afirma el apoderado de la parte actora, que la desvinculación de la señora Hernández Tapiero fue efectuada de forma irregular, como quiera no fue escuchada por la nueva gerente ni se le dio la oportunidad de controvertir y desvirtuar los argumentos sumario que generaron la misma.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-326-2014, al pronunciarse sobre la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, señaló:

“Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.”

De lo probado en el proceso y tal como se lee en el Resolución 014 del 07 de enero de 2016 - acto acusado-, la misma ofrece una argumentación suficiente que puede entenderse como motivación razonada, es decir se cumplió con la garantía mínima que habla la Corte Constitucional y no debía realizarse otro tipo de procedimiento adicional por parte la administración como quiera que se trató de una terminación del nombramiento en provisionalidad y no de revocatoria directa del acto administrativo que si requería de un trámite especial, como era la solicitud de consentimiento del afectado, razón por la cual el cargo no prospera.

5.2. De la falsa motivación

Respecto de la motivación concreta de la decisión, alega la parte actora que el acto administrativo atacado está viciado de nulidad por falsa motivación, indicando que los fundamentos señalados en el mismo, no responden a la realidad, puesto que la ESE se toma atribuciones judiciales que no son de su competencia y que el accionar de la entidad se basa en hechos fabricados por ella misma.

Al respecto, se debe destacar la tesis sostenida por el Consejo de Estado - Sección Cuarta, que en sentencia del 26 de julio de 2017, dentro del expediente 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326), advirtió:

“Sobre la falsa motivación, la Sección Cuarta ha precisado que esta "causal autónoma e independiente se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010).

Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente".

Por su parte, en cuanto a la falta o ausencia de motivación, la Sección Cuarta ha señalado lo siguiente:

"La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos.

Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no sólo n la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que: inspiraron la producción de los mismos.

En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forme del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo.

En efecto, la expresión de los motivos por los cuales se profiere un acto administrativo de carácter particular y concreto es indispensable, pues es a partir de los mismos que el administrado puede controvertir aquellos aspectos de hecho y de derecho que considera no pueden ser el soporte de la decisión, pero cuando se prescinde de la motivación se impide que el particular afectado con la decisión pueda ejercitar cabalmente su derecho de defensa y contradicción""(Resaltado fuera de texto)

Como está demostrado en el plenario, mediante la Resolución No 014 de 2016, la Gerente (E) del Hospital San José E.S.E de Ortega-Tolima, en su momento Gloria Mercedes Monroy Carrillo, decidió terminar el nombramiento en provisionalidad efectuado por medio de la Resolución No 267 del 2015, a Orfalia Hernández Tapiero, sustentando su decisión de desvinculación en diversas razones, tales como i) que la Profesional Universitaria Jefe de Dependencia del Hospital San

57

José de Ortega suscribió certificación de cumplimiento con las exigencias para ostentar el cargo. ii) como de "forma extraña" que la fecha de suscripción fue el día 31 de diciembre de 2015 y no el día 22 de diciembre de 2015, fecha en que se profirió la resolución del nombramiento, iii) que en el área de Talento Humano la señora Orfalia Hernández Tapiero nunca se hizo presente para la vinculación a los fondos de salud, pensión, parafiscales y ARL, además que no fue ingresada a la nómina de diciembre de 2015 como empleada institucional.

Al respecto, tal como está probado en el proceso, la auditoría interna de la Empresa Social del Estado, estableció unos hallazgos así:

"CONCLUSIONES:

Como colorario de esta Auditoria se tiene:

- 1- Los anteriores análisis, no dejan duda y son pruebas refutables de la posible acción fraudulenta en la expedición de los autos administrativos de nombramiento, actas de posesión y certificación de cumplimiento de requisitos*
- 2- La conducta desplegada por los actores en participes activos en esta auditoria YAMILE MARITZA PÉREZ SUARES (sic), MARLENY OYUELA RODRÍGUEZ, DISNEY YATE ALBA, FELISA CERQUERA RODRÍGUEZ, YENNY ANDREA HERRÁN MONTIEL, NURY MILENA OSPINA OLIVERA, ROSA YASMIN CADENA YATE, JOHN HENRY SALAZAR, BERENICE YATE MONTEALEGRE, ZANDRA MÓNICA TAVERA TOVAR, ORFALIA HERNÁNDEZ TAPIA, no deja duda que estamos en presencia de una posible falsedad, material o ideológica al pretender reconocimientos con documentos carentes de veracidad o faltos de verdad.*
- 3- Ante los hallazgos de tipo jurídico y ético en este estudio, es pertinente realizar la correspondiente denuncia a los entes de control: Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría Provincial de Chaparral y a la Junta Directiva del hospital San José de Ortega, para su conocimiento y fines pertinentes.*
(...)"

Sobre el caso particular de la demandante, en el informe de auditoría se señaló:

"ORFALIA HERNÁNDEZ TAPIA(sic), Resolución de nombramiento en provisionalidad No 267 de 22 de Diciembre de 2015, acta de posesión No 11 de la misma fecha, en el párrafo séptimo considerando que la Resolución 267 de 2015, se menciona que la Oficina de Talento Humano, con fecha 22 de diciembre deja constancia del cumplimiento de requisitos, la cual no se aporta, No se evidencia el aporte de los certificados penales, fiscales y disciplinarios de obligatorio cumplimiento para los nombramientos y toma de posesión de una cargo. Estos documentos reposan en el Contrato No. 244 de 2013, fecha de elaboración i de septiembre de 2015, suscrito entre HOSPITAL SAN JOSÉ DE ORTEGA y ORFALIA HERNÁNDEZ TAPIERO, error en el nombre del contratista y así lo firma, en los dos últimos 3 folios del contrato 224, sin foliar, se observa un Acta de liquidación del CONTRATO 242 de 2015, en ningún momento lo terminan de mutuo acuerdo,

es decir liquidan un contrato diferente al enunciado, no hay informes de actividades, ni informe de supervisora de los meses de NOVIEMBRE Y DICIEMBRE, esto conlleva a evidenciar el desorden y la improvisación en la terminación de un vínculo contractual, para iniciar uno laboral.

A los documentos analizados, se le hace las siguientes observaciones:

En el ACUERDO 004 DE 2015, aprobado el día 3 de diciembre de 2015, en el acápite de ARTICULO 3 DISPOSICIONES GENERALES, solo menciona el proyecto de aumento de 4.5% como gasto asociado a nómina, No se evidencia aumenta en la nómina por nombramiento de nuevas personas.

Ninguna de las personas nombradas con fecha 22 de diciembre de 2015, fue incluida en nómina del personal de planta del HOSPITAL SAN JOSÉ DE ORTEGA para el mes de diciembre de 2015.

No existe nomina adicional para dicho pago, ni mucho menos existe una relación de cuentas por pagar, ni están incluidas en vigencias futuras.

Estas personal en ningún momento han reclamado el pago de sus días trabajados del 22 al 31 de Diciembre de 2015.

(...)

Informe que fue ratificado por el señor Montaña Bocanegra al rendir su testimonio dentro de este proceso, el cual se consignó entre el minuto 4:40 a minuto 26:33 de la audiencia de pruebas cuyo registro obra a folio 222, cuando indicó:

"Ese informe de auditoría parte de la base que el día 2 de enero se presentaron personas a trabajar al hospital, entonces fue un caos porque no se tenía noticias que esas personas hubiesen sido nombradas, eran varias, no recuerdo que cantidad; entonces yo personalmente le pregunté a la señora que funge como directora de talento humano, una secretaria que hace la nómina, que si esas personas estaban en nómina, y ella dijo que no, que no había recibido noticias de que estaban en nómina o que había que meterlas a nómina. La jefe Olga de enfermería igual, llegaron personas enfermeras a trabajar, pero nunca les habían dicho que esas personas habían sido nombradas, entonces el señor administrador del hospital de esa época, un señor Moncaleano, no recuerdo el nombre, actualmente es el jefe de control interno de la alcaldía de Ortega, me pasó un oficio solicitando que hiciera una auditoria sobre eso. Efectivamente yo recogí unas pruebas, comencé mi auditoria, la señora Norma Ramírez me dio una certificación de que ella no había recibido noticias que para el 22 de diciembre del año inmediatamente anterior, habían nombrado personas, por eso nunca las habían incluido en nómina, porque estas personas decían que habían sido nombradas el 22 de diciembre, entonces SERCAL, que en ese tiempo era una empresa que para ese tiempo prestaba los servicios de empleados, también certificó que ella había liquidado sus empleados con fecha de 31 de diciembre pero que el 31 había recibido noticias que ellos estaban renunciando a partir del

22, entonces el mismo 31 modificó sus actas con fecha de 22. Había hecho actas con fecha de 31 y esas me las aportó, después me aportó con fecha de 22, donde ellos estaban renunciando a su cargo, pero los que habían laborado habían trabajado común y corriente hasta el 31 de diciembre. Rendí el informe sobre todas esas personas y también compulsé copias a la procuraduría y a la fiscalía sobre esos hechos, que para mí concepto eran totalmente irregulares y susceptibles de ser catalogados o al parecer podían configurar delitos penales y disciplinarios.

(...)

“Bueno en el informe digo detallada persona por persona, respecto de Orfalia, si mal no recuerdo, pues ella tenía un contrato de prestación de servicios, trabajó con el contrato hasta el 31 de diciembre. A la fiscalía yo aporté unos documentos donde reposa que ella el comprobante de pago lo hicieron inicialmente hasta el 31 de diciembre en horas de la mañana; en horas de la tarde aparece el mismo comprobante modificado por la señora administradora de esa época, señora Oyuela, no recuerdo el nombre, donde ya le paga solo hasta el 22 de diciembre. Eso me lo certifica la empresa SIOS que es la que arrienda el software para el hospital. Esa empresa certifica que ese mismo comprobante fue hecho por la señora a las 7 y modificado por la noche por la misma señora, entonces esa certificación se anexó a la fiscalía, no sé si aquí estarán anexo esos documentos; sobre Orfalia eso, ella también llegó a trabajar, pero venía también con un contrato. A folio 97-98, esos yo los encontré en el contrato de ella, ya con la palabra anulado, eso es creo que original. No veo, era lo que estaba buscando, los mismos comprobantes de egreso de pago, pero ya con fecha de 22 de diciembre, estos están con fecha de 31 de diciembre, pero los del 22 de diciembre estaba buscando eso, pero eso yo los anexe a la fiscalía. Yo le pedí una certificación y me expidieron esa certificación. Palabras más, palabras menos, el comprobante numero tal fue elaborado el 31 de diciembre a las 9 de la mañana, 7 de la mañana, por la señora fulana de tal, y fue modificado por la misma persona fulana de tal a las 7 y media, ocho de la noche, fue modificado, no decía nada más. La verdad no recuerdo bien y entraría a confundirme, porque a Orfalia presenté dos denuncia contra Orfalia, una por este nombramiento y otra por el contrato de ella, donde ella fungía con unas... el contrato decía un objeto y ella rendía informe por otras actividades, entonces fueron dos cosas diferentes y yo hice las dos auditorías así; hasta ahora recuerdo que yo estos documentos los tuve en la mano pero los separé para un caso y el otro, pero ambos se fueron para la fiscalía. Como le digo, este contrato 242 a veces aparecían las certificaciones con el nombre de 400 algo y otras funciones, y ella mencionaba otras funciones; era equivocación de ella, me imagino, pero eso se hizo dos auditorías sobre el caso Orfalia. (...)

Igualmente se recaudó la declaración de la señora María Norma Esperanza Ramírez Quitora, quien para la fecha de los hechos era la persona encargada de manejar la nómina del Hospital y “encargada de afiliar a seguridad social, revisar la carpeta que tenga los documentos y soportes para el nombramiento y tener todo en el archivo de historia laboral de la entidad, pero solo del personal de planta” como lo manifestó en el relato hecho al Despacho y que se encuentra registrado entre el

minuto 10:45 a 24:40 de la audiencia grabada en archivo de datos visible a folio 215.

Igualmente expuso la deponente:

“Soy la auxiliar administrativa del área de talento humano, o sea de la administración, mi jefe inmediato es el administrador. Él es el que me pasa la respectiva hoja de vida y me dice “esta persona empieza tal día”, según el acta de posesión y la resolución de nombramiento, con eso los afilio a lo que es seguridad social; salud, pensión, ARL, parafiscales y archivo la hoja de vida dentro del módulo que tengo para el personal de planta. La nómina se realiza con el personal que efectivamente se le han hecho el trámite a seguridad social y teniendo los documentos del acta de posesión, la resolución de nombramiento, la señora Orfalia, en el mes de diciembre, por ejemplo, yo no..., pues nunca la he tenido en nómina.

De lo anterior, avizora el Despacho que en el sub-examine no fue demostrado por parte de la parte actora que los fundamentos facticos señalados por la entidad al momento de proferir el acto acusado faltaran a la verdad o que como lo ha señalado el Consejo de Estado “...que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa”, pues con las pruebas recaudadas en el proceso, se demuestra que existió un ejercicio de auditoria interna, que arrojó unos hallazgos de tipo penal y disciplinario los cuales están siendo investigados por las autoridades competentes y que no han sido desvirtuados en ninguna de las instancias judiciales y que el hecho que a la fecha de solicitud de la prueba de la fiscalía el proceso penal se encontrara en etapa de indagación preliminar, ello no quiere decir que los hechos allí consignados fueran carentes de veracidad, sino que el ente investigador se encontraba realizando las pesquisas necesarias para establecer los hechos puestos en conocimiento por la propia entidad ahora demandada.

Aunado a lo anterior, las pruebas que fueron aportadas por la parte actora únicamente tienden a demostrar el vínculo de la accionante con la entidad por el nombramiento efectuado y su posterior vinculación, pero no existe, se itera, prueba alguna que permita a esta funcionaria concluir que las razones de hecho y de derecho esbozadas por la entidad en el acto de desvinculación, hoy acusado carezcan de veracidad, razón por la cual el cargo no prospera.

6. CONCLUSIÓN JURÍDICA

Bajo las anteriores premisas, estima el Despacho que no existe vocación de prosperidad en las pretensiones de nulidad elevadas por la parte demandante, pues no se desvirtuó la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo acusado, al no probarse que haya sido expedido con violación al derecho de audiencia y defensa y con falsa motivación, al demostrarse que el acto fue debidamente motivado y no debía cumplirse con algún tipo de procedimiento especial para su expedición y que no fueron encontradas como falsas las razones esgrimidas por la entidad para la terminación del nombramiento de la señora Hernández Tapiero; situación, ella que lleva a denegar las pretensiones de la

259

demanda en contra del Hospital San José E.S.E. de Ortega, pues los cargos en que se edificaba su presunta nulidad, no fueron probados.

7. COSTAS

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

Al resultar denegatorias las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionada, ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018⁵, verificando en consecuencia que la entidad demandada desplegó actividades en pro de su defensa con la contestación de la demanda, asistencia de su apoderada a las audiencias inicial y de pruebas y la presentación de alegatos de conclusión escritos, razón por la cual se fijará la suma de \$1.000.000 por concepto de agencias en derecho a favor de la entidad demandada, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

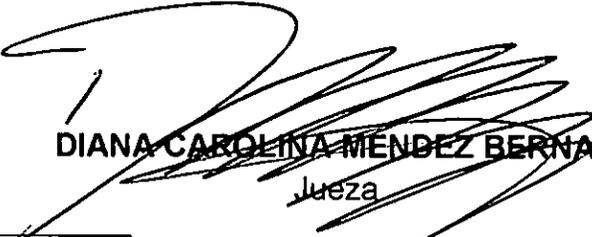
RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte accionante. Tásense, tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) a favor de la entidad demandada. Por Secretaría líquidense.

TERCERO: De no ser apelada esta providencia, una vez en firme el auto que apruebe las costas, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL

Jueza

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).