



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Sincelejo, ocho (08) de agosto del año dos mil trece (2013)

JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado No. : 7000133330052012-00050-00
Demandante : Armando Rafael Bertel Rodríguez
Demandado : E.S.E. Hospital Local de San Benito Abad

Se procede a dictar sentencia en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda formuladas a través del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor ARMANDO RAFAEL BERTEL RODRÍGUEZ contra la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN BENITO ABAD.

I. ANTECEDENTES

A – PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 00253 del 1° de marzo de 2012, expedida por la representante legal de Hospital Local de San Benito Abad E.S.E., mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del cargo que como Conductor Código 480 grado 04, venía desempeñando el señor Armando Rafael Bertel Rodríguez.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se proceda a efectuar el correspondiente restablecimiento laboral ordenando a la entidad demandada a reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o de superior categoría y remuneración al que desempeñaba cuando fue retirado del servicio.

3. Que se ordene a favor del demandante o de quien represente sus derechos el pago de todos los sueldos, primas, vacaciones, subsidios, bonificaciones, auxilio de cesantía, intereses, causados durante el tiempo que estuvo separado del servicio hasta que sea efectivamente reintegrado.

4. Que se declare que no existió solución de continuidad de la relación de empleo público, en todo el tiempo que estuvo el actor separado del servicio.

5. Que se ordene a la entidad demandada al pago de los intereses previstos en el artículo 192 del CPACA.

6. Que se ordene al ente hospitalario el pago del ajuste de valor a favor de su defendido.

7. Que se ordene dar cumplimiento al fallo que le de fin al proceso dentro de los términos establecidos en el art. 192 del CPACA.

B – FUNDAMENTOS DE HECHOS

Se expresa que el demandante laboró para el Hospital Local de San Benito Abad E.S.E. desde el día 2 de enero hasta el 1° de marzo de 2012, en el cargo perteneciente a carrera administrativa como Conductor Código 480 Grado 477, y que fue nombrado mediante Resolución No. 0010 de la misma fecha y año, por cuanto el cargo se encontraba vacante y en aras al buen funcionamiento de la entidad.

Que la Junta Directiva de la entidad accionada mediante acuerdo No. 001 del 22 de diciembre de 2011, había creado dos cargos del Nivel Asistencial, entre los cuales se encontraba el cargo que ocupaba el demandante, y que la misma mediante acuerdo No. 02 de enero de 2012, estableció la planta de personal del nivel asistencial del nivel operativo, con la existencia dentro de esa estructura del cargo de conductor.

Que posteriormente, mediante Resolución No. 0253 del 1° de marzo de 2012, "*Acto por el cual se declara insubsistente un funcionario*", suscrito por la Gerente (E) del el Hospital Local de San Benito Abad E.S.E, se le declara insubsistente al demandante como conductor Código 480 del Hospital Local de San Benito Abad E.S.E.

Que la entidad demandada el día 29 de febrero de 2012, el también conductor al servicio de esa entidad, el señor José Ramón Gonzales Herrera, presentó renuncia a su cargo como conductor 480, grado 477, la que acepta el día el 1° de marzo ibídem, el mismo día y año, en el cual se le declara insubsistente al demandante de la planta de personal.

Finalmente, manifiesta que el acto que declaró insubsistente al demandante a más de no tener ningún tipo de motivación de derecho, se aplica discrecionalmente a un empleo que pertenece a la carrera administrativa y con desviación de las atribuciones y poderes conferidos por la ley, a demás de ser violatorio de la Constitución Política.

C - FUNDAMENTOS DE DERECHO.

El actor invoca como normas violadas: artículos 1, 2, 53, 95, 121, 122, 123 inciso 2°, 125, 209 de la C.P. Legales ley 909/04 (art.41), dctos. 1572/98 (art. 148,153 y 156); 2504/98 (art.11); 1042/78 (inciso 1 art. 2, 75, 79, 82 y 90); 2400/68 (art. 2 y 48); 1950/73(art.7) y demás normas concordantes.

Dentro de las causales de nulidad que vician el acto administrativo cuestionado invoca:

a) Falsa Motivación. Fundamentada en que el representante de la E.S.E Hospital Local San Benito de Abad (Sucre), para justificar el acto de retiro del actor clasificó el cargo de Conductor, código 480 perteneciente a la planta de cargos de la entidad, como aquellos que la ley 909 de 2004 en su artículo 41, literal a) establece como de libre nombramiento y remoción, correspondiente a aquellos empleos mediante los cuales el nominador puede retirar del servicio, sin que la motivación del acto que lo retira sea requisito indispensable, pues el artículo 26 del decreto 2400 de 1968 lo caracteriza como un acto discrecional, que solo exige para los funcionarios de libre nombramiento y remoción la anotación en la hoja de vida, y dicha omisión no vicia de nulidad el acto que así lo declara.

Que la Corte Constitucional ha obligado a motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia de empleados con nombramiento provisional en cargos de carrera, pues lo contrario afecta los derechos al debido proceso, mínimo vital, trabajo e igualdad y por ello se deben expresar los motivos que sustenta la terminación, por lo tanto los argumentos expresados por la entidad demandada carecen de respaldo, y por lo tanto no existen desde el punto de vista jurídico (Sent. T-1173 y 1022 de 2008).

Que el retiro del servicio del empleado a través de la resolución acusada, no respondió a los objetivos de ley, los cuales son la necesidades del servicio o en razones de modernización, si no que correspondió a caprichos individuales de la administración pues, se retira a un funcionario de carrera y deja en la planta de personal a empleados con menos antigüedad que el demandante.

De igual forma, indica que el Consejo de Estado había sentado el criterio según el cual no era posible predicar fuero de estabilidad respecto de los empleados de ocuparan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, de tal manera que el nominador podía disponer de su retiro mediante acto que no requería ser motivado, el cual se presumía expedido por razones del buen servicio. Sin embargo esa corporación al expedirse la ley 909 de 2004, produjo un cambio jurisprudencial, según la cual la motivación del acto administrativo de retiro de empleados nombrados en provisionalidad cargos de carrera, cuya desvinculación ocurra luego de la entrada en vigencia de la ley 909 de 2004, se justifica de conformidad con el

parágrafo 2° del artículo 41° de dicha ley, pues la competencia para el retiro de empleados de carrera provistos a través de nombramientos provisionales, es reglada, esto es, dicho retiro solo es procedente y de conformidad con las causales consagradas en la constitución política y la ley. (Sent. 23 de Septiembre de 2010, M.P. Dr Gerardo Arenas Monsalve).

Finalmente, señala que si no era necesaria la motivación del acto de insubsistencia, luego para que se motivó, pues se desprende del mismo que la entidad demandada lo que quiso fue darle una verdadera motivación, dado que citan normas, actos administrativos, jurisprudencia del Consejo de Estado, factores que dan la apariencia de ser los argumentos que estructuran la decisión final; y si bien se motivó, estos resultan ser argumentos contradictorios, pues de un lado se quiere dar a entender que se están cumpliendo procedimientos ajustados a la ley, y por otro se desconoce la jurisprudencia desarrollada por la corte constitucional y el máximo órgano de lo contencioso administrativo, los cuales han sentado criterios renovadores sobre el fenómeno de insubsistencia como causal de retiro de los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad.

b) Infracción de la ley: principio de competencia legal y constitucional previa (C.N. arts. 121, 122 y 123 inc. 2°). Consistente en que la administración pública no podía discrecionalmente disponer del retiro de servicio (insubsistencia) de un empleado que ejercía un empleo de carrera en provisionalidad, dado que el Consejo de Estado ha manifestado que la discrecionalidad tiene precisos límites, uno de orden constitucional y otro de rango legal, como la adecuación de su ejercicio a los fines de la norma que lo autorizan y la proporcionalidad a los hechos que le sirven de causa, por lo que ningún nominador puede quebrantar el principio de competencia constitucional y legal, que le permiten las autoridades públicas cumplir solo aquellas funciones para las cuales taxativamente están autorizadas, de allí que son nulos los actos que aplican la insubsistencia al demandante.

c) Desviación del poder. Basado en que no solo se expidió el acto demandado (Res. N° 0253 01-03-2012), sin motivación jurídica alguna, sino que igualmente fue expedido con desviación de poder, pues no tuvo como fin el buen servicio; a demás el Consejo de Estado, ha reiterado que la administración en sus decisiones administrativas, no debe buscar un fin distinto al señalado en la ley, es decir, i) de interés general; ii) que entre la competencia del agente que realiza el acto, y iii) que aun siendo lícito y realizado dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos que la ley ha establecido al efecto. (Sent. 25 de noviembre de 1971).

Así mismo, señala que con la expedición del acto acusado se pretendió satisfacer apetitos y revanchas políticas en empleos de carrera administrativa, como el ocupado por el señor Armando Rafael Bertel Rodríguez.

d) Infracción del artículo 41 de la ley 909 de 2004. Cimentada en que el acto demandado debe anularse, debido a que con su expedición se violó el artículo precitado, toda vez que no cumplió con el deber de motivar jurídicamente la declaratoria de insubsistencia del demandante, el cual ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, pues según la misma norma no puede ser confundido con uno que sea o corresponda a aquellos denominados de libre nombramiento y remoción, dado su carácter técnico y reglado.

e) Violación del artículo 25 de la Constitución Política. Fundada en que el acto administrativo demandado desconoce la obligación social que les asigna la constitución a las autoridades en relación con el trabajo, por cuanto la gerente del Hospital Local San Benito Abad E.S.E. desviándose de las atribuciones propias de su cargo emitió el mismo desconocimiento las disposiciones legales.

II. TRAMITE PROCESAL

A – Una vez admitida la demanda, mediante providencia de fecha 1° de octubre de 2012 y notificada a la entidad accionada, su representante legal constituyó apoderada judicial quien contestó la demanda en los siguientes términos:

En cuanto a los hechos de la demanda expresó que el 1°, 2°, 4°, 5°, 6° y 8° son ciertos; y el 3° y 7° son falso, por cuanto el acuerdo mediante el cual la Junta Directiva del Hospital Local de San Benito Abad estableció la planta de personal es el No. 02 de diciembre de 2011 y no el No. 2 de enero de 2012, y el nombramiento del actor fue en provisionalidad, por lo que su remoción es discrecional por parte del nominador sin procedimiento ni motivación alguna, por lo tanto no es violatorio a la Constitución . Respecto a las pretensiones considera que todas deben ser desatendidas, dado que al actor al momento del despido ostentaba la calidad de empleado en provisionalidad, situación jurídica que no le otorga fuero de estabilidad, blindándose por ende legalidad al acto demandado. A demás la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido la imposibilidad del reintegro para empleados que no sean de carrera administrativa, lo cual aplica en el presente caso, pues como se anotó, el actor ostentaba el status de empleado en provisionalidad.

Por último propuso las siguientes excepciones:

- Falta de Indicación de los vicios en virtud de los cuales se solicita la nulidad de un acto.- Fundada en que en ninguna parte del texto de la demanda se observan la formulación de cargos, causales o vicios en virtud de los cuales el actor pueda demostrar la ilegalidad del acto demandado y en consecuencia de ello su declaratoria de nulidad; además el demandante no desarrolla claramente ninguna de las causales establecidas en el artículo 137 de la Ley 1437

de 2011 mediante las cuales se puede tener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, en aras de conllevar a la estimación de sus pretensiones.

- Falta de sustento jurídico de las pretensiones incoadas.- Basada en que en nuestro ordenamiento jurídico hasta el momento de la declaratoria de la insubsistencia que nos ocupa, no existe norma jurídica que ampare a los empleados en provisionalidad para no ser desvinculado de manera discrecional; a contrario sensu, si existe norma que autoriza la declaratoria de insubsistencia de este tipo de empleados, inclusive sin la motivación del acto; entre las cuales encontramos el inciso 1° del artículo 107 del decreto 19501 de 1973 que expresa que en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia. Y que de igual forma, la jurisprudencia del Consejo de Estado avala este tipo de actuaciones administrativas, toda vez, que en reiteradas jurisprudencias ha sostenido que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una posición diferente a la del vinculado de carrera, por cuanto debido a que fueron discrecionales las facultades por las cuales se designó, también en ejercicio de ellas es posible removerlo, por cuanto no tiene ninguna estabilidad laboral ni mucho menos los derechos propios de un cargo de carrera. Como sustento de lo anterior trae a colación sentencias de la corporación en mención.

- Ausencia de la calidad de empleado de carrera administrativa del actor.- Instituida en que el actor cimienta sus pretensiones en el hecho de ostentar la calidad de empleado de carrera administrativa, lo cual es completamente falso, pues es evidente que confunde la naturaleza jurídica del cargo como tal, esto es, que pueda ser de aquellos que conforme a la ley 1909 de 2004 puedan ser considerados de carrera, por tanto vale la pena aclarar que la ley en mención lo que consagra es una serie de pautas generales que pueden servir para la clasificación de los empleados de administración pública, sin que se refiera de manera expresa a determinados cargos en particular, razón por la cual estima que no le asiste al actor argumentar que su cargo es de carrera administrativa.

B- AUDIENCIA INICIAL Y DE PRUEBAS.- Mediante providencia de fecha 06 de marzo de 2013 se fijó el día 14 de mayo como fecha para la celebración de audiencia inicial, y en ésta se señaló el día 25 de junio para la celebración de audiencia de pruebas, debido a que se recaudaron en su totalidad las pruebas decretas y en aplicación del inc.3° del art. 181 del CPACA se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento por considerarla innecesaria y se ordenó a las partes y al Ministerio Público presentar sus alegatos de conclusión por escrito.

En esta oportunidad el apoderado de la parte actora hace un recuento de las pruebas aportadas al proceso y reitera los argumentos expuestos en el escrito de demanda,

solicitando con ello acceder a las pretensiones de la misma. Y a su vez reafirma lo manifestado con las citas de una jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

De otra parte la apoderada de la entidad accionada, presento alegatos ratificando lo manifestado en el escrito de contestación de la demanda.

El Ministerio Público no presentó alegatos de conclusión.

II. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

A- PROBLEMA JURIDICO.- Consiste en determinar si el demandante quien desempeñaba un cargo en provisionalidad en la planta de personal del Hospital Local de San Benito Abad E.S.E., tiene derecho a ser reintegrado a uno igual o de superior categoría previa verificación de las causales de nulidad que se endilgan contra el acto acusado, que lo declaró insubsistente. De igual manera se estudiará si las razones señaladas en el acto administrativo que dio por terminada la vinculación del actor con la entidad accionada, son suficientes para concluir que se trata de decisiones administrativas debidamente motivadas que no contrarían el derecho al debido proceso.

Para resolver el anterior planteamiento el despacho estudiará los siguientes aspectos: 1. Normatividad aplicable con relación a la decisión de declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, 2. Del retiro discrecional de los empleados nombrados en provisionalidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, 3. Motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, 4. material probatorio, y 5. el caso concreto.

1. Normatividad aplicable con relación a la decisión de declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.-

La Ley 909 de 2004, en su Art. 1º, establece de conformidad con lo previsto en la Constitución Política y la ley, que empleos hacen parte de la función pública, ad litteram:

- a) Empleos públicos de carrera
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción
- c) Empleos de período fijo
- d) Empleos temporales (art. 1 Ley 909/2004).

En lo que respecta a los empleos públicos de carrera el artículo 27 de la ley en mención dispone:

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.

-En cuanto a la clasificación de estos empleos, el artículo 5° ídem dispone que los empleos regulados por la presente ley son de carrera administrativa, exceptuando:

- 1.- Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de los trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.
- 2.- Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:
 - a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, según lo previsto en la misma norma.
 - b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (literal b) num. 2 art. 5 ídem).
 - c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.
 - d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.
 - e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.
 - f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

En lo tocante a los nombramientos en provisionalidad, el artículo 25 de la citada ley dispone, que cuando el empleado de carrera se encuentre en situación administrativa que implique separación temporal de su cargo, el mismo será provisto en forma provisional, “sólo

por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”.

El nombramiento en provisionalidad se presenta en los siguientes eventos:

1. Para suplir vacancias temporales de cargos ocupados por empleados de carrera, por el tiempo que dure la situación, si no fuere posible encargar empleados escalafonados (art. 25)

2. Mientras se produce la calificación del período de prueba (art. 31.5).

Conforme lo anterior, se tiene que la provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, pues el nombramiento en provisionalidad se da cuando el empleo se encuentra vacante definitivamente hasta que se pueda hacer la designación por el sistema de concurso de méritos, tratándose de cargos de carrera; ya que para acceder a éstos por disposición constitucional y legal se requiere, además de satisfacer los requisitos exigidos para cada cargo en particular, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección, y una vez concluido éste se obtiene el fuero como empleado de carrera, que es el que le da estabilidad para permanecer en el cargo.

De igual manera, el Decreto 1227 de 2005 que reglamentó la Ley 909 de 2004, en lo relacionado con los empleos temporales y provisionales estableció que los nombramientos en provisionalidad no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, conforme lo regulado en el artículo 10 del Decreto en mención, el cual prevé: “*Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado*”.

2) Del retiro discrecional de los empleados nombrados en provisionalidad y la jurisprudencia del consejo de estado.

En primer término es de señalar que de conformidad con los Decretos Reglamentarios 1950 de 1973, art 107 y 1572 de 1998, art. 7°. los empleados designados de manera provisional podían ser retirados discrecionalmente.

En efecto, el Decreto 1950 de 1973, en su artículo 107 establece: "En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario **o provisional, sin**

motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados...".

A su vez, el Decreto 1572 de 1998 en su artículo 7° dispone: que el término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.

No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados.

De otro lado, La Ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario 1227 de 2005, le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales, al señalar que éstos no pueden superar los seis (6) meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.

En punto a la provisionalidad, el Consejo de Estado ha reiterado, que ésta no genera fuero de estabilidad alguno, de tal manera que le es dable al nominador dar por terminada la relación laboral, incluso antes del vencimiento del período de la misma.¹

Así mismo, ha sido criterio reiterado de esa corporación el precisar que, la situación del nombrado provisionalmente, aunque no es idéntica, tiene importantes semejanzas con la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger, en beneficio del servicio, a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función, y el retiro a su vez debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.²

Bajo la línea del precedente judicial, nuestro alto tribunal al estudiar la situación de los provisionales frente a los derechos de estabilidad laboral en Sentencia de fecha 29 de abril

¹ Sentencia de fecha primero (1º) de marzo de dos mil doce (2012), Sección Segunda", C.P.: DR. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Rad. 15001-23-31-000-2001-01612-01(0768-11).

² Sentencia de diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011).. Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente No. de Referencia: **05001-23-31-000-2004-03585-01(1543-10)**.

de 2010, Sección Segunda” Subsección B”. M.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez.³ Radicación número: 05001-23-31-000-2001-03490-01(1998-09), manifestó lo siguiente.

“Cabe reiterar que la provisión de los cargos de Carrera mediante el nombramiento en provisionalidad, tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto -concurso de méritos- sin que ello implique que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente, porque así no lo consagra la Ley.

La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, modalidad que no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe. Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista concurso y lista de elegibles aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público.

La Administración puede, en aras de mejorar el servicio, aún cuando no haya vencido el término de provisionalidad o el término de la prórroga del nombramiento del empleado, removerlo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveerse el cargo definitivamente en propiedad, se puede hacer, nuevamente, en provisionalidad.

*En este orden de ideas, la remoción de esta clase de funcionarios sin los requisitos que la ley establece para el personal de Carrera, no viola las disposiciones legales que regulan dicha materia”.*⁴

En ese sentido, se tiene que la administración puede en cualquier tiempo declarar a los empleados nombrados en provisionalidad insubsistente, mediante la facultad discrecional que le otorga la ley, siempre que se tenga como fin el buen servicio y satisfacer los intereses comunes de la comunidad, es decir, se persigan los fines del Estado, advirtiéndose que el acto administrativo que contiene tal decisión debe ser motivado. En igual sentido ha reiterado que los nombramientos en provisionalidad no gozan de estabilidad alguna⁵.

Sin embargo, la Corte constitucional en sentencia SU – 917 de 2010⁶ M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, con respecto a la estabilidad laboral de los empleados en provisionalidad, manifestó lo siguiente:

“Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha entendido que los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa

³ Tesis sostenidas en el Consejo de Estado, en sentencia de fecha Sentencia del 17 de mayo de 2007, Bertha Lucia Ramírez De Páez.. Rad. número: 63001-23-31-000-2001-00892-01(7068-05), sentencia 26 de marzo de 2009, Rad. Número 68001-23-31-000-2001-01834-01(1707-07),

⁴ Sent. Sección Segunda” Subsección B”. M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Radicación número: 68001-23-31-000-2001-01834-01(1707-07), de fecha 26 de marzo de 2009.

⁵ Sent. de tutela Sección Segunda” Subsección B”. DR. GERARDO ARENAS MONSALVE 11001-03-15-000-2008-01238-00 de fecha 21 de enero de 2009.

⁶ Tesis reiterada en sentencias SU- 691 de 2011, y en T- 159 de 2012, M.P.: Nelson Pinilla Pinilla: “En resumen, los servidores en provisionalidad cuentan con una estabilidad laboral relativa, que les garantiza que solo puedan ser desvinculados para que provea el cargo que ocupan una persona que ha ganado el concurso público de méritos o, como se explicó, por quien encontrándose en un cargo de carrera en propiedad cumple con el lleno de los requisitos para obtener un traslado; por lo tanto si la terminación del vínculo laboral tiene como causa lo anterior, no se desconocen derechos de esos servidores.”

cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción (Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002, T-519 de 2003, T-610 de 2003, T-222 de 2005, T-660 de 2005, T-116 de 2005, T-1310 de 2005, T-1316 de 2005, T-1240 de 2004). Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.

- Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada (T-081 de 2006, C-031 de 1995). Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo (T-1310 de 2005, T-222 de 2005, T-800 de 1998, T-884 de 2002, T-1206 de 2004 y T-392 de 2005)."

3. Motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

La Corte Constitucional ha manifestado que la administración tiene el deber de motivar los actos a través de los cuales se materializa el poder del Estado en cada una de sus instituciones; es decir, tiene la obligación de hacer explícitas los fundamentos o razones de hecho y de derecho de sus decisiones. Pues, ello es consecuencia directa del diseño adoptado en la Carta Constitucional de 1991, y hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático y el de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo permiten a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa, a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

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

con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas⁷; precisando que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

Sobre esa misma temática, el H. Consejo de Estado en torno al deber de motivar o no, el acto administrativo mediante el cual se declara la insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad, por medio de la sentencia del 13 de marzo de 2003, C.P., Tarsicio Cáceres Toro unificó la posición de la Sección Segunda, en el sentido que los empleados provisionales pueden ser retirados del servicio de forma discrecional, sin mediar acto administrativo motivado, para lo cual indicó:

“Ahora, esta Sección Segunda, teniendo en cuenta la normatividad señalada y atendiendo a la necesidad de unificar la posición de las Sub-Secciones sobre el tema, considera:

Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una “posición diferente” al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

(...)

En estas condiciones, se considera que para los empleos judiciales no es posible reconocer una estabilidad al empleado nombrado en provisionalidad.

Además, el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera judicial, lo es en forma “discrecional” por el nominador por cuanto no requiere de procedimiento, ni motivación dicho acto; de igual manera, su desvinculación puede seguir igual procedimiento. Así, tienen similitud el nombramiento y la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción con el nombrado provisionalmente..”

No obstante, que esta tesis ha sido una constante, en providencia de fecha 23 de septiembre de 2010, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación No. 0883-08, se plantea la tesis según la cual a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, la competencia

⁷ Cronológicamente se destacan 3 sentencias en el año 1998, 1 en el 2002, 3 en el 2003, 4 en el 2004, 24 en el 2005, 15 en el 2006, 13 en el 2007, 13 en el 2008 y 13 en el 2009.

Cfr., Sentencias SU-250/98, T-683/98, T-800/98, T-884/02, T-610/03, T-752/03, T-1011/03, T-597/04, T-951/04, T-1206/04, T-1240/04, T-031/05, T-054/05, T-123/05, T-132/05, T-161/05, T-222/05, T-267/05, T-374/05, T-392/05, T-454/05, T-648/05, T-660/05, T-696/05, T-752/05, T-804/05, T-1059/05, T-1117/05, T-1159/05, T-1162/05, T-1248/05, T-1258/05, T-1310/05, T-1316/05, T-1323/05, T-024/06, T-070/06, T-081/06, T-156/06, T-170/06, T-222/06, T-254/06, T-257/06, T-432/06, T-519/06, T-634/06, T-653/06, T-873/06, T-974/06, T-1023/06, T-064/07, T-132/07, T-245/07, T-384/07, T-410/07, T-451/07, T-464/07, T-729/07, T-793/07, T-838/07, T-857/07, T-887/07, T-1092/07, T-007/08, T-010/08, T-157/08, T-270/08, T-308/08, T-341/08, T-356/08, T-437/08, T-580/08, T-891/08, T-1022/08, T-1112/08, T-1256/08, T-011/09, T-023/09, T-048/09, T-087/09, T-104/09, T-108/09, T-109/09, T-186/09, T-188/09, T-205/09, T-251/09, T-269/09, T-736/09.

para el retiro o insubsistencia de los empleados provisionales es reglada, exigiendo por tanto siempre un acto motivado, al respecto se transcriben apartes de la sentencia en cita:

*“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2° del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**⁸, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2°, art. 41 Ley 909 de 2004).*

*Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3° y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo **motivado**, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.*

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos⁹ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado...”

De otra parte, respecto a los efectos de este tipo de nombramiento hay que resaltar, que este no da derecho a la estabilidad en el empleo, ni queda amparado por las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera, ni el nominador pierde la facultad para nombrar mediante esa figura a alguien más en ese cargo, mientras se provea a través de concurso de merito.

No obstante se reitera que en vigencia de la Ley 909 de 2004, cuando se trate de cargos de carrera desempeñados por personas nombradas en provisionalidad, el H. Consejo de Estado ha establecido que éstos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes

⁸ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

⁹ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

de cumplirse el término de duración, **mediante acto administrativo motivado** (Artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y 10 del decreto 1227 del mismo año).

Así entonces, aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento¹⁰, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad¹¹.

4. LO PROBADO EN EL PROCESO: Al proceso se arrimaron las siguientes pruebas:

- Copia autenticada del Acuerdo No. 001 del 22 de diciembre de 2011, por medio de la cual la Junta Directiva del Hospital Local de San Benito Abad E.S.E. en ejercicio de sus facultades crea dos cargo de nivel asistencial para la vigencia fiscal del 2012, dentro de la planta de personal del ente hospitalario, entre los cuales se encuentra el cargo de Conductor, código 480, grado 01, (fls.16-17).

- Copia autenticada del Acuerdo No. 02 de diciembre de 2011, a través de cual se adopta y se establece la planta de personal del entidad demandada para la vigencia fiscal del año 2012, suscrita por el presidente y el secretario de la Junta Directiva del Hospital Local de San Benito Abad E.S.E (fls. 18-20).

- Resolución No. 0253 de 1° de marzo de 2012, "*Por medio de la cual se declara una insubsistencia*", suscrito por la Gerente (E) del Hospital Local de San Benito Abad E.S.E, en dicha resolución se declara insubsistente al señor ARMANDO RAFAEL BERTEL RODRÍGUEZ, del cargo de Conductor, código 480,(fls. 21-23).

- Resolución No. 0010 de 2° de enero de 2012, "*Mediante el cual de hace un nombramiento*" expedida por la Gerente (E) del Hospital Local de San Benito Abad E.S.E, en la misma se nombra al señor ARMANDO RAFAEL BERTEL RODRÍGUEZ, como Conductor, código 480, grado 477, dado a que el cargo se encuentra vacante, el actor cumplía con los requisitos para ocupar el mismo, y en aras del buen funcionamiento de la entidad, (fls. 25-26)

- Acta de posesión No. 113 de fecha 2° de enero de 2012, por medio del cual el señor ARMANDO RAFAEL BERTEL RODRÍGUEZ toma posesión del cargo arriba en mención. (fl. 27).

¹⁰ Esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia de fecha 12 de octubre de 2011, Rad. No. 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11)

- Certificado de fecha 3 de septiembre de 2012, suscrita por el Tesorero Pagador del Hospital Local de San Benito Abad E.S.E, en el que hace constar que el demandante, devengó en mes de febrero de 2012, el salario básico de \$ 930.300, en el cargo de conductor de ambulancia. (fl.36).

- Certificado expedido 3 de septiembre de 2012, expedido por el Coordinador de Recursos Humanos del ente demandado, en el que consigna que el actor prestó sus servicios como Conductor de Ambulancia, código 480 en el Hospital Local de San Benito Abad E.S.E, con vigencia de 2 meses contados a partir del 2 de enero al 1° de marzo de ibídem. (fl. 37).

- Copia de la renuncia presentada por el señor José Ramón Gonzales Herrera al cargo de conductor, código 480, grado 477 que desempeñaba en ente hospitalario, de fecha 29 de febrero de 2012. (fl. 30).

- Copia de la Resolución No. 0255 de 1° de marzo de 2012, "*Mediante la cual se acepta una renuncia*". (fls. 31).

- Copia del Contrato de Prestación de Servicio de fecha 1° de marzo de 2012, suscrito entre la Gerente del Hospital Local de San Benito Abad E.S.E y el señor José Ramón Gonzales Herrera, quien prestaría sus servicios como conductor de ambulancia de dicha entidad, a partir del 1° al 30 de marzo ibídem. (fls. 34-35).

- Copia de la Nómina Operativa del Personal de Planta del mes de enero de 2012, del Hospital Local de San Benito Abad E.S.E., donde se observa al actor (fls. 32 - 33).

5. EL CASO CONCRETO.-En el sub lite se pretende que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 00253 del 1° de marzo de 2012, expedida por la Gerente (E) del Hospital Local de San Benito Abad E.S.E., mediante la cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del demandante, quien ocupaba el cargo de Conductor código 480, grado 04 que venía desempeñando en el ente acusado. Así, el debate propuesto se concreta en determinar si al demandante quien desempeñaba un cargo en provisionalidad en la planta de personal del Hospital Local de San Benito Abad E.S.E, le asiste el derecho a ser reintegrado a uno igual o de superior categoría, una vez se logre verificar las causales de nulidad endilgadas contra el acto administrativo cuestionado en mención.

Del acervo probatorio recaudado se pudo comprobar que el actor prestó sus servicios al Hospital Local de San Benito Abad E.S.E, en el cargo de Conductor código 480, grado 01, nombrado mediante la Resolución No. 0010 de 2 de enero de 2012, tomando posesión en esa fecha, según consta a folio 27 del expediente; y que a través de la Resolución No. 0253 de 1ª de marzo ibídem, suscrita por la Gerente (E) del Hospital Local de San Benito Abad E.S.E, se declaró insubsistente del cargo que venía ejerciendo, comunicándole ésta el mismo día, como se observa a folios 21 al 24 del expediente.

Así mismo, se acredita que mediante acuerdo No. 001 del 22 de diciembre de 2011, la Junta Directiva del Hospital Local de San Benito Abad E.S.E. en ejercicio de sus facultades creó dos cargos de nivel asistencial para la vigencia fiscal del 2012, dentro de la planta de personal del ente hospitalario, entre los cuales se encuentra el cargo de conductor, código 480, grado 01; y que a través del acuerdo No. 02 de diciembre de 2011, se establece la planta de personal del entidad demandada para la vigencia fiscal del año 2012, estando incluido el cargo que desempeñaba el demandante, tal y como se visualiza a folios del 16 al 20.

Ahora, comoquiera que la parte actora invoca varias causales de nulidad contra el acto acusado, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad al demandante, el despacho procederá a estudiar las mismas, y serán éstas las que limitarán el juicio anulatorio.

1.-Falsa Motivación. Fundamentada en que el representante de la E.S.E Hospital Local San Benito de Abad (Sucre), para justificar el acto de retiro del actor clasificó el cargo de Conductor, código 480 perteneciente a la planta de cargos de la entidad, como aquellos que la ley 909 de 2004 en su artículo 41, literal a) establece como de libre nombramiento y remoción, correspondiente a aquellos empleos mediante los cuales el nominador puede retirar del servicio, sin que la motivación del acto que lo retira sea requisito indispensable, pues el artículo 26 del decreto 2400 de 1968 lo caracteriza como un acto discrecional, que solo exige para los funcionarios de libre nombramiento y remoción la anotación en la hoja de vida, y dicha omisión no vicia de nulidad el acto que así lo declara. Así mismo, que el retiro del servicio del empleado a través de la resolución acusada, no respondió a los objetivos de ley, los cuales son la necesidad del servicio o en razones de modernización, si no que correspondió a caprichos individuales de la administración.

Sea lo primero indicar por parte del despacho que, el artículo 138 del C.P.A.C.A señala que: *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.”* Dentro de las causales de anulación consagradas en el artículo 137 ibídem se señala cuando el acto haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

En ese orden, respecto a la falsa motivación el Tribunal de cierre de esta jurisdicción ha reiterado¹² que la misma se relaciona directamente con el principio de legalidad

¹² Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P.; Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, sentencia 15 de marzo de 2012, Radicación número: 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660).

de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación 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. Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la administración supuso que existía al tomar la decisión.

En efecto, al observar el contenido del acto acusado Resolución No. 0253 de 1° de marzo 2012, se encuentra que el fundamento para ello se limita exclusivamente al hecho de no pertenecer a carrera administrativa, a la invocación de la facultad discrecional y a la cita de jurisprudencia, como se desprende de su tenor, Ad litteram:

“RESOLUCIÓN NO. 0253

(MARZO 1° DEL 2012)

**POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARA UNA INSUBSISTENCIA
LA GERENTE DEL HOSPITAL LOCAL SAN BENITO DE ABAD EN
USO DE SUS ATRIBUCIONES LEGALES Y**

CONSIDERANDO:

(...)

Que mediante Resolución No. 0010 del 02 de Enero de 2012 se nombro en PROVISIONALIDAD al señor ARMANDO RAFAEL BERTEL RODRÍGUEZ en el cargo de Conductor Código 480.

Que no obstante el empleo desarrollado por el señor ARMANDO RAFAEL BERTEL RODRÍGUEZ, llegase a estar clasificado como de carrera, este no ostenta el carácter de empleado de carrera administrativa, puesto que a ella se llega a través de la aprobación total e íntegra del concurso de mérito respectivo y porque además, la calidad de empleado perteneciente al sistema de carrera administrativa no se predica del cargo ocupado sino de los méritos propios demostrados en el concurso que se realice para tales efectos.

Que el Decreto reglamentaria 1950/73 en su artículo 107 incisol° preceptúa: “En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

Que bajo supuesto o hipótesis anterior, el señor ARMANDO RAFAEL BERTEL RODRÍGUEZ ostentaría el carácter de empleado en provisional, lo cual no le otorga estabilidad laboral alguna, pues así lo ha considerado el Honorable Consejo de Estado como máxima autoridad judicial de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en reiterados fallos como en el 1944 de 25 de noviembre de 2004, 3016 de febrero 12 de 2004, 4475 de agosto 14 de 2004, al igual que la sentencia de marzo de 2033 con ponencia del doctor

TARSICIO CÁCERES TORO, en donde puntualizó: “Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta” posición diferente” al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción : En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no accedió al cargo mediante el respectivo recurso de merito, tampoco, puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

El servidor público nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues por una parte al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador, y por otro puede ser desplazado por quien habiendo cursado tenga derecho a ocupar el cargo.

Que en el fallo del 15 de Marzo de 2007 El Consejo de Estado reitero su jurisprudencia señalando de manera clara: “La simple circunstancia de ocupar un empleo de carrera no le otorga al funcionario derechos de carrera respecto del cargo que ocupa. En estos eventos la persona así designada se encuentra nombrada en provisionalidad y como en repetidas ocasiones lo ha sostenido esta sala, debido a que fueron discrecionales las facultades por las cuales se les designo, también en ejercicio de ella es posible removerlo, respondiendo con ello al principio según el cual las cosas en derecho se deshacen tal como se hacen.

La condición de haber sido nombrada hasta que se pudiera hacer la designación mediante el respectivo concurso de merito no le otorgo ningún tipo de estabilidad ni muchos menos los derechos propios de un cargo de carrera.

De esta forma queda claro que quien ocupe un cargo en provisionalidad no queda bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera. Admitir lo contrario equivaldría a conferirle garantías que la ley le reconoce.

Que por las consideraciones antes expuesta,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declárese insubsistente al señor ARMANDO RAFAEL BERTEL RODRÍGUEZ identificado con la cedula de ciudadanía Numero 1.102.230.190 de San Benito Abad Sucre del cargo de Conductor código 480.
(...)”

Ahora, con respecto a las razones expuestas por la Gerente (E) del ente demandado, las cuales conforman las consideraciones del acto del cual se pretende la nulidad, la Corte Constitucional en sentencia SU – 917 de 2010, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, sostuvo:

“b.- Contenido de la motivación

Un aspecto de particular importancia en esta materia es el referente a cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, tema del que también se ha ocupado la jurisprudencia constitucional. .

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”¹³. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”¹⁴.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”¹⁵.

(...)

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa¹⁶ 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”¹⁷.

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una –inexistente- facultad discrecional, o la simple “cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular”¹⁸, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario¹⁹.”²⁰

En ese orden, una vez confrontado el contenido del acto acusado con lo indicado por nuestro máximo órgano constitucional - tesis igualmente acogida por el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 12 de abril de 2012, C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero-, es claro que la motivación de insubsistencia que se invocó en el acto referido no tiene argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

¹⁶ CP., Artículo 209.- “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

¹⁷ Tomás Ramón Fernández, “De la arbitrariedad de la administración”. Madrid, Civitas, p.1994, p.162

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009.

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras.

²⁰ Tesis esta acogida por el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 12 de abril de 2012, C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, Sección Segunda – Subsección “A”, Radicación No. 11001-03-15-000-2012-00378-00

respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto, pues la administración en el mismo solo se limitó a alegar el hecho de que el accionante no pertenece a carrera administrativa, a la invocación de la facultad discrecional y a la cita de jurisprudencia del Consejo de Estado, que ni siquiera corresponden a la posición actual de esa Corporación sobre el tema de la declaratoria de insubsistencia de nombramientos provisionales. Con fundamento en ello, los motivos expuestos en el acto acusado como fundamento del retiro del servicio del demandante no son admisibles, ni válidos como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario, toda vez que desconocen el precedente jurisprudencial fijado por la H. Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias y que ha sido acogido por el H. Consejo de Estado, como ya se expuso.

De igual forma, entra a precisar el despacho: i).- Que posterioridad a la vigencia del inciso 1° del artículo 107 del Decreto 1950/73, citado como fundamento en el acto acusado, el legislador expidió la Ley 909 de 2004, la cual en el parágrafo 2° del artículo 41, lo mismo que el art. 10 del decreto 1227 del mismo año, referentes al retiro del servicio de los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, señalan que debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado; ii) Que con respecto a la facultad discrecional del nominador, con la entrada en vigencia de la ley en comento, la competencia para el retiro de dichos empleados es reglada, esto es, que dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la ley y en los precedentes jurisprudenciales de los tribunales de cierre como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los cuales como fuente formal del derecho tienen carácter vinculante y son de obligatorio cumplimiento tanto en sede judicial como administrativa; por ello el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado, porque de no hacerlo la administración sería arbitraria y sus decisiones afectarían a los usuarios; iii) Referente a la jurisprudencia del Consejo de Estado citada, se tiene, que esa corporación cambió su posición jurisprudencial con respecto a la motivación del acto que declara insubsistente un empleado que ocupe cargos de carrera en provisionalidad, tal como se consignó en la parte normativa de esta providencia; y por último iv).- En lo que atañe a la doble inestabilidad laboral del empleado en provisionalidad laboral manifestada, en sentir solamente de la H. Corte Constitucional²¹ dichos servidores cuentan con una estabilidad laboral relativa.

Ahora, si bien los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que sí tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, como debió acontecer en el caso concreto, pues constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al Estado de Derecho y del control a la arbitrariedad de la

²¹ Sentencia T- 159 de 2012.

administración y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera. En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T-251 de 2009 sostuvo:

“La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado”.

De lo anterior se concluye que el acto administrativo que declara a los empleados nombrados en provisionalidad insubsistente debe ser motivado, sin que ello lo convierta en empleado de carrera o le confiere un fuero de estabilidad al mismo.

De igual manera en sentencia T- 204 de 2012, Mp. Jorge Iván Palacio Palacio, se establece que: *“La necesidad de motivación del acto administrativo no se reduce a un simple requisito formal de introducir cualquier argumentación en el texto de la providencia. Por el contrario, esa Corporación ha acudido al concepto de **“razón suficiente”** para señalar que la motivación del acto deberá exponer los argumentos puntuales que describan de manera clara, detallada y precisa las razones a las que acude el ente público para retirar del servicio al funcionario. Un proceder distinto violaría el sustento constitucional que da origen a la necesidad de motivar las actuaciones de la administración y convertiría este requerimiento en un simple requisito inane y formal”.*

Atendiendo lo expuesto, se concluye que el acto demandando carece de reflexión sobre las razones objetivas motivantes de la declaratoria de insubsistencia del demandante, puesto que no hubo ninguna expresión sobre las circunstancias fácticas y/o jurídicas del por qué el actor fue separado del cargo, y los hechos que tuvo en cuenta la administración para adoptar la decisión fueron apreciados en una dimensión, circunstancias y normativa equivocada, por lo tanto la realidad no concuerda con el escenario fáctico que ésta supuso que existía al tomar la decisión, razón por la cual incurrió en falsa motivación.

Atendiendo los argumentos expuestos, el despacho encuentra probada la causal de nulidad por falsa motivación.

2.- Desviación del poder. Basado en que no solo se expidió el acto demandado (Res. N° 0253 01-03-2012), sin motivación jurídica alguna, sino que igualmente fue emitido con desviación de poder, pues no tuvo como fin el buen servicio; y que con el mismo se

pretendió satisfacer apetitos y revanchas políticas en empleos de carrera administrativa, como el ocupado por el señor Armando Rafael Bertel Rodríguez.

De lo expuesto en la causal de nulidad antes citada y analizada a la luz de la jurisprudencia de nuestro tribunal de cierre, si bien demostrada la falsa motivación se puede llegar a inferir que hubo desviación de poder; sin embargo es de señalar que ésta puede que no se produzca como consecuencia directa de la existencia de aquella, porque la desviación descende sobre el aspecto subjetivo del funcionario que produjo el acto demandado cuya prueba se centra en evidenciar que actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar²². Es así, como de las pruebas recaudadas no se observa prueba documental o testimonial que lleve al grado de certeza con respecto al elemento subjetivo que debe existir en el funcionario que produjo el acto de insubsistencia. Lo anterior con fundamento en las siguientes razones que el despacho procede a indicar:

Respecto del testimonio rendido por la señora Kelly Luz Rodríguez Benítez, el despacho no observa con certeza y de forma fehaciente que la Gerente (E) de la E.S.E Hospital Local San Benito de Abad (Sucre) haya obrado por motivos políticos, pues de lo preguntado por parte del despacho con relación a las razones del porqué desvincularon al actor, la testigo responde *“la Gerente llamó a los celadores y conductores para decirles que renunciaran y pasarlos de un contrato de nomina a uno de prestación de servicio, y el señor armando como no quiso renunciar lo declararon insubsistente”* y cuando se le pidió que precisara el porqué conocía dicha información, la misma contestó *“ Es que cuando despiden a alguien allá, nosotros nos enteramos, y eso lo dice entre las aseadoras, los conductores, los celadores y la auxiliares, y a mí me lo dijo una auxiliar”*. (Grabado en video a folio 93).

Atendiendo lo expresado por la testigo, esta unidad judicial, considera que la misma no tuvo conocimiento sobre la ciencia de su dicho en forma personal, sino que se trata de un testigo de oídas, respecto a la valoración que debe darse a este último tipo de testigos el Consejo de Estado en sentencia de 7 de octubre de 2009, con ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez, manifestó:

“la valoración del testimonio de oídas deberá realizarla el juez de manera conjunta con los demás elementos probatorios que hubieren sido oportuna y regularmente acopiados en el proceso, con el agregado de que en estos casos debe tenerse especial cuidado para efectos de someter la versión del declarante a un tamiz particularmente riguroso con el fin de evitar que los hechos a los cuales se les otorgue credibilidad resulten finalmente distorsionados por el proceso de comunicación a que se encuentra sometida una declaración de tal naturaleza, puesto que es evidente que el relato de los hechos que realizará el testigo de oídas no dirá relación con aquellos que él hubiere percibido de manera directa sino que se referirá a hechos respecto de los cuales tuvo conocimiento de manera indirecta,

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 10 de febrero de 2011. C.P. Dr. Eduardo Gomez Aranguren.

por la referencia o transmisión que sobre los mismos le hubiere efectuado otra persona.

(...)

Precisamente para evitar que los hechos lleguen alterados al conocimiento del juez, como resultado de la transmisión que ha de ocurrir acerca de la versión de su acaecimiento cuando el conocimiento sobre los mismos se obtiene a través de testimonios indirectos o de referencia, el juzgador ha de ser particularmente cuidadoso en verificar, entre otros aspectos de importancia, i).- las calidades y condiciones del testigo de oídas; ii).- las circunstancias en las cuales el propio testigo de oídas hubiere tenido conocimiento, indirecto o por referencia, de los hechos a los cuales se refiere su versión; iii).- la identificación plena y precisa de la(s) persona(s) que, en calidad de fuente, hubiere(n) transmitido al testigo de oídas la ocurrencia de los hechos sobre los cuales versa su declaración, para evitar así que un verdadero testimonio pueda confundirse con un rumor, en cuanto proviniera de fuentes anónimas o indeterminadas; iv).- la determinación acerca de la clase de testimonio de oídas de que se trata, puesto que estará llamado a brindar mayor confiabilidad el testimonio de oídas de primer grado que aquel que corresponda al grado sucesivo por ser el resultado de haber escuchado a otro relatar unos hechos de los cuales dicho tercero tuvo conocimiento por el relato que, a su turno, recibió de otra persona y así sucesivamente”.

Así pues, de conformidad con la jurisprudencia en cita y de lo manifestado por la testigo, esta dependencia judicial tiene que la misma no ofrece convicción de la persecución política que supuestamente fue objeto el actor, por cuanto solo se tratan de simples conjeturas o apreciaciones subjetivas de quienes según ella escuchó y le dijeron, a demás lo que argumenta la testigo como motivo por el cual se declaró insubsistente al actor, el mismo no lo alega en los hechos de la demanda ni en el concepto de violación, a más de que ésta no argumenta como fundamento de la desvinculación de éste cuestiones políticas.

Ahora si bien es cierto que el demandante fue nombrado por un corto tiempo, contado desde el 02 de enero hasta el 1° de marzo de 2012 y que dentro de los motivos contenidos en el acto que declara la insubsistencia el nominador no argumentó que el mismo tenía como fin el mejoramiento del servicio, esto no es suficiente para demostrar que el mismo obro con fines personales y contrarios a la constitución y a la Ley. Por lo tanto, la presente causal de nulidad no se encuentra probada.

Así las cosas, se declarará la nulidad por falsa motivación del acto atacado. En consecuencia se releva al despacho del examen del resto de cargos de nulidad alegados en contra de la legalidad del acto demandado. Razón por la cual no entran a prosperar las excepciones de Falta de indicación de los vicios en virtud de los cuales se solicita la nulidad de un acto y de Falta de sustento jurídico de las pretensiones incoadas, propuestas por la parte demandada. Ahora con respecto a la excepción de ausencia de la calidad de empleado de carrera administrativa del actor, el despacho considera que esta no es una excepción como tal, toda vez que el actor en ningún momento alego dicha calidad, ni mucho menos le fue reconocida en la presente providencia, sino que se trata es de un nombramiento en provisionalidad, el cual se realiza es sobre cargos que en la planta de personal son de carrera

administrativa, más no por ello el empleado nombrado de esa forma adquiere los derechos de ésta, tal como ya se expuso anteriormente.

En ese orden de ideas y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la E.S.E Hospital Local San Benito de Abad (Sucre), a reintegrar al demandante a un cargo igual, similar o de superior jerarquía, y a reconocerle la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro del servicio, esto es, 1° de marzo de 2012 y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro, en las mismas condiciones en que se encontraba, esto es en “provisionalidad” y siempre que dicho cargo no se encuentre provisto mediante concurso. Sumas que se reconocerán indexadas, aplicándose los ajustes al valor, según lo contemplado en el artículo 192 del CPACA.

Para todos los efectos legales, se entenderá que no ha habido solución de continuidad en la relación de servicio entre el demandante y la entidad demandada, desde la fecha de su retiro del servicio 1° de enero de 2012 y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro.

El valor que resulte adeudar el ente demandado hasta la fecha en que se produzca el reintegro del demandante, será ajustado en los términos del artículo 192 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada a la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final del IPC certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el IPC vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

COSTAS

Atendiendo lo preceptuado en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en armonía con el precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado sobre la materia, donde para el reconocimiento de las mismas hay que observar la conducta asumida por las partes en el proceso, el despacho al verificar que ésta no fue dilatoria ni temeraria, procederá a negar la condena en costas solicitada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 00253 del 1° de marzo de 2012, por medio de la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del señor ARMANDO RAFAEL BERTEL RODRÍGUEZ, identificado con la C.C. No. 1.102.230.190 de San Benito Abad, como Conductor, código 480 del Hospital Local de San Benito Abad E.S.E.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENASE** al Hospital Local de San Benito Abad E.S.E a reintegrar al señor ARMANDO RAFAEL BERTEL RODRÍGUEZ, identificado con la C.C. No. 1.102.230.190 de San Benito Abad, a un cargo igual, similar o de superior jerarquía al que fue desvinculado, y pagar a su favor la totalidad de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir por él, como consecuencia de su retiro, desde el día 1° de marzo de 2012 hasta que sea efectivamente reintegrado en las mismas condiciones en que se encontraba, esto es en “provisionalidad”, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Para todos los efectos se entenderá que no ha existido solución de continuidad en la relación de servicio del demandante y la demandada, entre las fechas anotadas.

CUARTO: Dichas sumas devengarán intereses moratorios, de conformidad con el inciso final del artículo 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO: No se condena en COSTAS a la parte demandada.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, si la misma no es apelada, archívese el expediente previo el envío de las comunicaciones a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Jueza