



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Sincelejo, treinta (30) de septiembre del año dos mil trece (2013)

JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Medio de Control **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado: **70001.33.33.005.2012.00065.00**
Demandante: **JOSÉ RUBEN MARTÍNEZ VERGARA**
Demandado: **E.S.E CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ I NIVEL
DE SAN MARCOS**

Se procede a decidir en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda formuladas a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por el señor JOSÉ RUBEN MARTÍNEZ VERGARA mediante apoderado judicial, contra la E.S.E CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ I NIVEL DE SAN MARCOS.

I. LA DEMANDA

A - PRETENSIONES

1- Que se declare la nulidad de la Resolución N° 0396 del 27 de abril de 2012, expedida por la Gerente (e) de la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN JOSE DE SAN MARCOS (SUCRE), por medio de la cual se declaró insubsistente al demandante.

2- Que como consecuencia de la anterior declaración se proceda a reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de igual, similar o de superior categoría y remuneración.



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

3- Que se ordene a título de indemnización, el pago de los sueldos primas, vacaciones, prima de vacaciones, cesantías, intereses de cesantías, subsidio familiar, dotación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, bonificación por recreación y todas las demás prestaciones sociales y demás emolumentos percibidos, con sus respectivos aumentos legales, anuales, causados durante el tiempo que estuvo separado del servicio hasta que sea efectivamente reintegrado.

4- Que se declare que no existió solución de continuidad en la relación de empleo durante el tiempo que estuvo separado del servicio.

5- Que se ordene dar cumplimiento al fallo que le dé fin al proceso dentro de los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA y demás normas concordantes.

6- Que se ordene el pago de los intereses previstos en el artículo 192 y 195 del CPACA y demás normas concordantes.

7- Que se ordene al demandado al pago del ajuste de valor.

8- Que se reembolsen al demandante, los aportes que debieron hacerse a la seguridad social (salud y pensiones), por todo el tiempo de servicios, o en su lugar, se envíen a un fondo de pensiones, respectivamente, donde disponga el accionante.

9. Que se condene a la entidad demandada en costas (expensas judiciales y agencias en derecho) que se causen como resultado de la iniciación y trámite del proceso.

B – FUNDAMENTOS DE HECHOS

Expresa la parte actora que el señor José Rubén Martínez Vergara fue vinculado a la entidad demandada mediante la resolución N° 0074 del 1° de febrero



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

de 2008, para desempeñar el cargo de TECNICO ADMINISTRATIVO CODIGO 367 GRADO 16 en el Área de Almacén, del cual tomó posesión el día 1° de febrero del mismo año.

Que posteriormente mediante Resolución N° 0396 del 27 de abril de 2012, fue declarado insubsistente del cargo que venía desempeñando en esa entidad y se nombró a su reemplazo, con fundamento en que dicho cargo es de libre nombramiento y remoción.

No obstante sostiene el demandante que el mismo no es de esa naturaleza como erradamente lo expresa la gerente de la entidad demandada sino de carrera administrativa, y que el referido empleo estaba provisto en provisionalidad, es por ello que el retiro del mismo se produjo con violación a derechos fundamentales constitucionales.

Expresa también que al momento de su retiro percibía una remuneración mensual de \$1.705.690,00 más prestaciones sociales y demás emolumentos salariales. Así mismo que durante todo el tiempo que él estuvo al frente del cargo, lo desempeñó con idoneidad, eficiencia y honestidad.

Igualmente aduce que su excelente hoja de vida, es indicativo de que la razón de la insubsistencia no fue el mejoramiento del servicio, sino que más bien obedece a fines diferentes, debido a que no apoyó al actual alcalde en su campaña política. Es por ello, que teniendo en cuenta la persecución a la que fue sometido, su trayectoria laboral y la ausencia de motivos, se desvirtúa la presunción de legalidad del acto acusado y por tal razón se debe proceder a su anulación.

Finalmente expresa que el ente demandado no dejó constancia en la hoja de vida del actor sobre los hechos que le sirvieron de causa para poder declarar su insubsistencia, de conformidad con lo ordenado en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968.



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

C – FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como violadas las siguientes disposiciones: Constitucionales: Preámbulo, artículos 1, 2, 25, 53, 90, 123, 125 y 209. Legales: Decreto Ley 2400 de 1968, Ley 443 de 1998, Decreto 1572 de 1998, Ley 909 de 2004, Decreto 1227 de 2005, Ley 78 de 1986, artículos 1, 3, 44, 97 entre otros de la Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes.

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

a) Expedición irregular e ilegal del acto acusado por falta de motivación.- Para lo cual señala que el acto administrativo acusado (Resolución N° 0396 del 27 de Abril de 2012) fue expedida por la Gerente Encargada de la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN JOSE DE SAN MARCOS (SUCRE), en forma irregular e ilegal, pues en su parte considerativa no hay una referencia a los hechos y circunstancias fácticas que motivaron el acto administrativo de insubsistencia.

b) Falsa motivación.- Expresa que dicho acto está falsamente motivado por el hecho de señalar que el cargo desempeñado por el actor se equipara al de libre nombramiento y remoción, pues esa apreciación de la gerente es totalmente falsa ya que la ley 909 artículo 5° no establece que el cargo de TECNICO ADMINISTRATIVO CODIGO 367 GRADO 16 EN EL ÁREA DE ALMACÉN sea de los denominados de libre nombramiento y remoción, sino que es de carrera administrativa, pues está taxativamente señalado en la ley, por lo tanto su insubsistencia debe ser motivada.

Indica también que si se hace un análisis de las funciones del cargo que fija el “Manual de Funciones”, en ninguna de ellas se señala una especial confianza



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

de la que se predica de cualquier funcionario público, razón por la cual se puede establecer que existe una falsa motivación del acto administrativo acusado (Resolución 0396 de 2012).

De otra parte, aduce que existe violación del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, por cuanto la entidad demandada no dejó anotación o constancia alguna en la hoja de vida del señor JOSE RUBEN MARTINEZ VERGARA que contenga las causas o motivos que pudieron haber justificado su declaratoria de insubsistencia. En razón de ello, debe ser declarado nulo el acto acusado, pues en el proceso de su expedición no se tuvieron en cuenta las disposiciones citadas del Decreto 2400 de 1968 y existen manifiestas irregularidades que indefectiblemente inciden en el mejoramiento del servicio.

c) Desviación de poder.- Consistente en que el acto acusado es nulo por haberse proferido persiguiendo objetivos distintos a los fijados por la ley, o sea lograr el mejoramiento del servicio público. Sostiene que la gerente de la E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos, declaró insubsistente al demandante, sin cumplir con los requisitos de motivación del acto que es reglado, precisamente porque no tenía la justificación o las razones para hacerlo que no sería menos que el mejoramiento del servicio público.

Afirma además que dicha funcionaria, en aras de poder cumplir con las exigencias de su jefe político, vincula su cuota “burocrática”, y desatiende el buen servicio que debe prestar la administración para atender caprichos subjetivos y de índole personal, nombrando así a una persona no apta para desempeñar con eficiencia las funciones que desarrollaba el demandante mientras estuvo desempeñando su cargo.

Así mismo expresa que la gerente de la entidad demandada actuó caprichosa y subjetivamente, porque el demandante prestaba eficientemente sus servicios en esa entidad y nunca dio motivos para que se declarara su insubsistencia,



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

tales como el poco desempeño de sus funciones, la imposibilidad de convivencia con sus compañeros de trabajos, entre otras. Adicionalmente sostiene que siempre se desempeñó como un funcionario eficiente y responsable de sus deberes, y que cuenta con más experiencia que su reemplazo.

Por todo lo anterior concluye que el acto administrativo de retiro (Resolución N° 0396 de 2012) no persiguió en ningún momento lograr el mejoramiento del servicio público (función pública), la cual se encontraba garantizada con las funciones desempeñadas por el actor, quien ocupaba un cargo en provisionalidad, pues sobre el mismo no existía lista de elegibles, ni se había convocado a “Concurso de Méritos”, sin embargo la gerente del ente demandado procedió a retirarlo a través de insubsistencia, para nombrar a otro en provisionalidad, excediéndose en sus funciones y causando un grave perjuicio a la misma administración.

II. TRAMITE PROCESAL

A – ADMISIÓN: Previa inadmisión de la demanda para su corrección, la misma fue admitida mediante auto de fecha 17 de octubre de 2012, notificado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a la Agente del Ministerio Público el día 8 de noviembre de 2012, y a la entidad demandada el 7 de febrero de 2013 a través de mensaje dirigido al correspondiente buzón electrónico de notificaciones judiciales, tal como consta a folios 175 y 185 del expediente.

B – LA CONTESTACIÓN: La entidad demandada, E.S.E Centro de Salud San José I Nivel de San Marcos no contestó la demanda.

C – AUDIENCIA INICIAL: La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fue convocada mediante auto de fecha 29 de mayo de 2013, celebrada el día 20 de junio de 2013, a las 09:30 AM, en la cual se agotaron debidamente cada una de las subetapas, tal como consta en la correspondiente



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folio 208 del expediente, y en la respectiva acta de registro visible a folios 202 al 207.

D – AUDIENCIA DE PRUEBAS: Estando en audiencia inicial se decretaron las pruebas a practicar, por lo que se dispuso fijar el 15 de agosto de 2013, a las 10:00 AM como fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011. En consecuencia, la misma fue celebrada en la fecha estipulada, con el recaudo de las pruebas documentales y testimoniales decretadas, tal como consta en la correspondiente grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folio 225 del expediente, y en la respectiva acta de registro visible a folios 220 al 224.

E – ALEGACIONES: Estando constituido en audiencia de pruebas el despacho ordenó prescindir de la celebración de la audiencia de alegaciones y Juzgamiento por considerarla innecesaria en el asunto, por tanto dispuso que las partes y el Agente del Ministerio Público presentaran por escrito sus alegatos de conclusión, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 181 del C.P.A.C.A. Así, dentro del término concedido la parte demandante y demandada alegaron en los siguientes términos:

- La parte demandante.- El apoderado del demandante insiste en que el acto administrativo acusado fue expedido por la Gerente de la E.S.E. Centro de Salud de San Marcos Sucre en forma irregular, e ilegal, pues en su parte considerativa no hay una referencia a los hechos y circunstancias fácticas que motivaron el acto administrativo de insubsistencia. Igualmente que no se estableció en dicho acto administrativo que el retiro del mismo obedecía a que este no cumplía a cabalidad con sus funciones ni se estableció que su retiro se haya realizado para mejorar el servicio público.

Alega que existe falsa motivación del acto acusado por cuanto en él se sostiene que el cargo de TECNICO ADMINISTRATIVO CODIGO 367 GRADO



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

16 desempeñado por el actor es de libre nombramiento y remoción, apreciación que es totalmente falsa debido a que la ley 909 artículo 5° no establece que ese cargo sea de los denominados de “libre nombramiento y remoción”, sino que es un cargo de carrera administrativa. Adicionalmente sostiene que el mismo se encontraba vacante, ya que no se ha convocado a concurso ni tampoco existe lista de elegibles para proveerlo, razón por la cual el demandante debió seguir desempeñándose en el mismo y no ser retirado de este sino existía una justa causa para ello.

Señala además que la Gerente de la E.S.E. Centro de Salud del Municipio de San Marcos Sucre, actuó no en beneficio del interés general sino para satisfacer sus propios compromisos políticos, dejando al descubierto que la decisión obedeció a una causa que no tuvo como fundamento el mejoramiento del servicio sino que se encaminó a satisfacer intereses subjetivos de ésta, generando como consecuencia una desviación de poder, lo cual se corrobora según el decir de los testigos, cuando manifiestan que la señora Gerente de la E.S.E. San José de San Marcos, citó a varios funcionarios a su oficina y les solicitó que renunciaran al cargo que desempeñaban porque necesitaba cumplir con unos compromisos de tipo político con el alcalde, como ellos no renunciaron al cargo, ella procedió a declararlos insubsistentes del nombramiento.

Expresa además que no constituye motivación, por ejemplo, la simple, genérica y abstracta invocación de conceptos indeterminados como “el buen servicio”, sino por el contrario, para que haya motivación se debe expresar los hechos antecedentes y determinantes, los motivos, la justificación fáctica y jurídica de la decisión.

Así mismo indica si se hace un análisis de la hoja de vida de la persona que reemplazo al actor, a simple vista se advierte que el señor RAFAEL EDUARDO PEREZ HERRERA, no tiene más experiencia que el demandante, quien tenía más de 4 años de desempeñar el cargo de TECNICO ADMINISTRATIVO en el Municipio de San Marcos, lo que trae como lógica



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

consecuencia una desmejora en la prestación del servicio público, como bien lo expresan los testigos en sus declaraciones juradas, que el reemplazo no cumple con los requisitos y que tiene menos experiencia que el demandante.

Adicionalmente expresa que la gerente de la entidad demandada empezó una campaña de despidos masivos contra todos los funcionarios que fueron vinculados con anterioridad a esa administración, desentendiendo así la prohibición que hacen los artículos 11 y 12 de la ley 78 de 1986.

Finalmente aduce que también se ha quebrantado el artículo 125 de la Carta Política cuando dice: “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera...”. Y si se hace un análisis de las funciones del cargo que fija el manual de funciones, en ninguna de ellas se señalada una especial confianza, de la que se predica de cualquier funcionario público, por lo que de esta forma podemos establecer que existe una clara falsa motivación del acto administrativo acusado (Resolución 0396 de 2012).

- De la parte demandada.- La apoderada de la E.S.E Centro de Salud San José I Nivel del Municipio de San Marcos alegó que en la entidad demandada existen 4 cargos que son de libre nombramiento y remoción, tal como el de Tesorero, Jefe de Presupuesto, Cajera y Almacenista, por dos razones:

1. La ley 909 de 2004 numeral 5°, establece que los empleos que impliquen la administración y el manejo de bienes, dineros y/o valores del Estado son cargos de libre nombramiento y remoción.

2. Por cuanto las funciones que desempeñaba el demandante implican administración y manejo de los dineros de la entidad demandada, pues tiene a su cargo inventarios del almacén de dicha entidad, de los cuales se requiere la máxima confianza por parte de la Administración y en este caso el accionante no gozaba de la misma.



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

Expresa además que el demandante no ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad sino uno de libre nombramiento y remoción, tal como se desprende de las sendas certificaciones expedidas por la Profesional Universitaria del Área de Recursos Humanos donde se señala que el cargo ocupado por el demandante es de esa naturaleza.

Adicionalmente sostiene que el cargo de ALMACENISTA es de libre nombramiento y remoción por la confianza que le otorga el Gerente a quien se desempeña en el mismo, y porque recae sobre éste el cuidado y manejo de los dineros que ello soporta.

Referente a los testimonios que declararon en el proceso, aduce que los mismos fueron tachados de sospechosos en su debido momento de conformidad con lo preceptuado en el artículo 218 del CPC, por cuanto la señora Emilse Díaz Torres quien se desempeñaba como CAJERA impetró en contra de esa misma entidad demanda de nulidad y restablecimiento del derecho la cual se encuentra radicada bajo el No. 2012-00064 en el Juzgado 9° Administrativo Oral de Sincelejo, y el aquí demandante fue testigo en el proceso de ella, lo que señala que dicho testimonio tiene intereses particulares. De igual forma ocurre con la declaración del señor Freddy Vanegas Aguas quien se desempeñó en el cargo de Jefe de Presupuesto y es compañero permanente de la señora Emilse Díaz, pues también tiene presentada demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra esa entidad, radicado bajo el No. 2013-00012 en el Juzgado 2° Administrativo Oral de Sincelejo, razón por la cual se puede concluir que los anteriores testigos se cruzan en sus versiones para favorecerse unos a otros. Ante esas circunstancias los mismos deben ser apreciados con severidad absoluta.

- **Del Ministerio Público.-** La señora Agente del Ministerio Público delegada ante este Despacho Judicial, en esta oportunidad no alegó de conclusión.

III. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

A – EL PROBLEMA JURÍDICO.- Consiste en determinar si se encuentra ajustado a derecho el acto administrativo, Resolución No. 0074 de fecha 1° de febrero de 2008, proferido por el Gerente (E) de la ESE Centro de Salud San José I Nivel de San Marcos, que declaró la insubsistencia del demandante señor José Rubén Martínez Vergara, quien se desempeñaba en el cargo de Técnico Administrativo en el área de almacén, código 367, grado 16; y en consecuencia establecer si al demandante le asiste el derecho o no a ser reintegrado al cargo que venía desempeñando, o a uno igual, similar o de superior categoría y remuneración, previa verificación de las causales de nulidad que se endilgan contra el acto acusado.

Para resolver el anterior planteamiento el despacho estudiará los siguientes aspectos: **1.** Régimen legal de las Empresas Sociales del Estado y organización. **2.** Del retiro discrecional de los empleados nombrados en provisionalidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

1. Régimen legal de la Empresas Sociales del Estado.- Respecto al régimen legal que gobierna a las Empresas Sociales del Estado, el artículo 83 de la ley 489 de 1998, dispone que: *“Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen”*.

En esos términos, se tiene que las Empresas Sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y a la misma Ley 489 de 1998 en los aspectos no regulados por las anteriores leyes y por las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

Ahora, en lo que concierne a la naturaleza y régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado, es de señalar que el artículo 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993 desarrollan el tema, así:

“Art. 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.

Art. 195. Régimen jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

- 1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión “empresa social del Estado”.*
- 2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.*
- 3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la ley 10 de 1990.*
- 4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente ley.*
- 5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la ley 10 de 1990.*
- 6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.*
- 7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.*
- 8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la nación o de las entidades territoriales.*
- 9. Para efectos de tributos nacionales, se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.*
- (...)*

Art. 197. -Empresas sociales de salud de carácter territorial. (Reglamentado por el Decreto Nacional 1876 de 1994). Las entidades territoriales deberán disponer, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vigencia de esta ley, la reestructuración de las entidades descentralizadas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios de salud, con el fin de adecuarlas a lo dispuesto en este capítulo.”

A su vez, el Decreto 1298 de 1994, por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, determinó que la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, y las personas vinculadas a éstas



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales (artículos 95 a 98, numeral 5).

En lo tocante a la organización del Sistema Nacional de Salud, la Ley 10 de 1990¹, en su artículo 26 preceptúa la clasificación de los empleos, de la siguiente manera:

"Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987².

2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:

...

b) Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada

c) Los empleos que correspondan a funciones de dirección

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

PARAGRAFO. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones."

(Subrayas por el Despacho)

De lo expuesto se concluye que las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado tienen el carácter de empleados públicos, y por regla general sus empleos son de carrera administrativa, salvo el de director, de representante legal y los que correspondan a funciones de dirección, que son cargos de libre nombramiento y remoción, y los trabajadores oficiales.

Por otra parte, en lo concerniente al régimen de carrera administrativa que caracteriza a los empleados de las Empresas Sociales del Estado, el artículo 27 de la

¹ Norma que se encuentra vigente no solo en lo que respecta a las competencias para la prestación pública de los servicios de salud y la organización de la atención de ésta, sino en cuanto al régimen de administración de personal de los empleados vinculados a tales empresas, al tenor de lo dispuesto en los artículos 152 y 195 de la Ley 100 de 1993.

² Derogada por Ley 443 de 1998



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

Ley 10 de 1990, por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones dispone:

“Régimen de carrera administrativa. A los empleos de carrera administrativa de la nación, de las entidades territoriales, y de las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo, para la organización, administración y prestación de los servicios de salud, se aplicará el régimen previsto en la Ley 61 de 1987 y en el Decreto 694 de 1975, incluidas las normas sobre calificación de servicios, en cuanto sea compatible con dicha ley y con lo previsto en la presente...”

A su turno, la Ley 61 de 1987 *“por la cual se expiden normas sobre la carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”*, aplicable por remisión expresa de la ley 10 de 1990, vino a ser modificada en lo pertinente por la Ley 27 de 1992, disposición "Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones". Esta Ley fue derogada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998³, que a su vez fue anulada por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004, salvo sus artículos 24, 58, 81 y 82, relacionados con los concursos que puede adelantar la ESAP, su naturaleza jurídica, la creación del Sistema Único de Información de Personal y la hoja de vida de los servidores públicos, respectivamente; norma ésta última que se encuentra vigente y debe ser aplicada al caso bajo estudio por tratarse de un empleado de la administración descentralizada del nivel territorial, cuya desvinculación se produjo en el año 2012.

Acotado lo expuesto, la Ley 909 de 2004, la cual se regula entre otros asuntos la carrera administrativa dispone en su Art. 27 lo siguiente:

“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.”

³ “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

En lo tocante a los nombramientos en provisionalidad, el artículo 25 de la ley en mención 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



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

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*”.

En el mismo sentido el H. Consejo de Estado⁴, ha dejado claro que los actos que retiran del servicio a un empleado de carrera, independientemente que este provisto de manera provisional debe ser motivado, por cuanto esto obedece a una competencia reglada, al respecto sostuvo:

*“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**”, 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 empleos⁶ 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

⁴ Sección Segunda, Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010).

⁵ 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.

⁶ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

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 mérito.

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 estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes 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 reglamento⁷, 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 provisionalidad⁸.

2. Del retiro discrecional de los empleados nombrados en provisionalidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.-

⁷ Esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.

⁸ 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)



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

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.



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

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.⁹

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.¹⁰

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 de 2010, Sección Segunda” Subsección B”. M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez.¹¹ Radicación No. 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 remonida 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.

⁹ 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).

¹⁰ 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).

¹¹ 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),



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

La Administración puede, en aras de mejorar el servicio, aun 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”.*¹²

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, advirtiendo 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 alguna¹³.

Sin embargo la Corte constitucional en sentencia SU – 917 de 2010¹⁴ M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, con respecto a la estabilidad laboral de los empleados en provisionalidad, manifestó:

“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 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

¹²Sent. 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.

¹³Sent. de tutela Sección Segunda” Subsección B”. DR. GERARDO ARENAS MONSALVE 11001-03-15-000-2008-01238-00 de fecha 21 de enero de 2009.

¹⁴ 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.”



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

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)."

B. MATERIAL PROBATORIO.- Al proceso se arrimaron las siguientes pruebas:

1. Copia autenticada de la Resolución No. 0074 de fecha 1 de febrero 2008, por medio de la cual se nombra al señor José Rubén Martínez Vergara, en un cargo de libre nombramiento y remoción Técnico Administrativo en el área de almacén, código 367, grado 16. (fl. 24 C.ppal)
2. Copia autenticada del acta de posesión del demandante de data 1° de febrero de 2008. (fl. 25 C.ppal)
3. Copia autenticada del acto demandado, Resolución No. 0396 adiada 27 de abril de 2012, por medio de la cual se declara insubsistente al demandante y se nombra su reemplazo por ser un cargo de libre nombramiento y remoción. Con su respectiva constancia de notificación. (fls. 26-28 C.ppal y 7-8 C.P No. 1)
4. Copia autenticada de las funciones, requisitos y competencias del cargo de Técnico Administrativo, código 367, grado 16, que desempeñó el actor en la Planta de Personal de la ESE Centro de Salud San José Primer Nivel San Marcos Sucre. (fl. 30-32)
5. Copia autenticada de evaluación de desempeño laboral realizada al demandante por la Profesional Universitaria – Oficina de Recursos Humanos cuando este desempeñaba el cargo de Técnico Administrativo (Almacén), código 367, grado 16, correspondiente al periodo comprendido del 15/01/2009 al 15/01/2010. (fls. 48-50 C.ppal)



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

6. Copia autenticada de la hoja de vida del demandante señor José Rubén Martínez Vergara. (fls. 74- 94 C.ppal)

7. Copia autenticada de la hoja de vida del señor Rafael Eduardo Pérez Herrera, identificado con la CC No. 10.886.377, quien fue nombrado en reemplazo del demandante en el cargo de Técnico Administrativo (Almacén), código 367, grado 16. (fls. 95-114 C.ppal)

8. Copia autenticada de los estatutos de la Empresa Social del Estado Centro de Salud San José de San Marcos Sucre, año 1997. (fls. 124-164 C.ppal)

9. Oficio No. 23479 de fecha 9 de julio de 2013, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la cual expresa que: *“una vez revisadas las bases de datos de esa comisión, se verificó que no existe reporte de solicitudes de la ESE Centro de Salud San José de San Marcos, para autorizaciones de nombramientos en provisionalidad”*. (fls. 219)

10. Recepción de los testimonios de los señores JAMES BARRAGAN GALVIS, FREDY VANEGAS AGUAS y EMILSE DÍAZ TORRES. (Fl. 225 CD C.ppal)

11. Certificación suscrita por la Profesional Universitaria-Jefe de Recursos Humanos de la Empresa Social del Estado Centro de Salud San José de San Marcos Sucre, donde hace constar que el empleo de Técnico Administrativo (Almacén), código 367, grado 16 es de libre nombramiento y remoción. (fl. 3 C.P No.1)

12. Certificación suscrita por la Profesional Universitaria-Jefe de Recursos Humanos de la Empresa Social del Estado Centro de Salud San José de San Marcos Sucre, donde relaciona los cargos pertenecientes en la planta de personal de esa entidad y que funcionarios lo ocupan. (fl. 4-5 C.P No.1)

C.- CASO CONCRETO – En el sub-lite se pretende la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 0396 de fecha 27 de abril de 2012, expedida por la Gerente (E) de la E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos, a través del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor José Rubén Martínez Vergara, en el



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

cargo de Técnico Administrativo, código 367, grado 16, ello con el fin de obtener el restablecimiento del derecho concretado en el reintegro del demandante a un cargo igual, semejante o de superior categoría y remuneración al que desempeñaba en el momento en que fue ilegalmente retirado del servicio, y el consecuente pago de todos los sueldos, primas, vacaciones, cesantías, prima técnica y todas las demás prestaciones sociales y otros emolumentos, causados durante el tiempo que estuvo separado del servicio hasta que se haga efectivo su reintegro.

Atendiendo las causales de nulidad endilgadas contra el acto administrativo cuestionado en el petitum, en primer lugar el despacho procede a estudiar el cargo de **falsa motivación**, consistente en que el acto acusado está falsamente motivado por el hecho de señalar que el cargo desempeñado por el actor se equipara al de libre nombramiento y remoción, cuando lo cierto es que es de carrera administrativa, pues está taxativamente señalado en la ley, razón por la cual su insubsistencia debió ser motivada.

Al respecto, la entidad demandada señala que el cargo ejercido por el actor no es de carrera sino de libre nombramiento y remoción, realiza una precisión sobre los empleos públicos, citando la ley 909 de 2004, aludiendo que el cargo de Técnico Administrativo es de libre nombramiento y remoción en atención a la especial confianza que en este recae, ya que tiene a su cargo la administración y manejo de los dineros de la entidad demandada.

Ahora bien, en atención a los cargos planteados por las partes, el despacho considera necesario determinar en primer lugar si el acto administrativo está falsamente motivado. Para ello, se entrará a estudiar si el empleo donde se encontraba vinculada el actor es de libre nombramiento y remoción, tal como lo alega la entidad demandada, basada en la certificación expedida por el profesional del Área de Recursos Humanos que aparece a folios 3 a 5 del C.P No. 1, o si por el contrario es de carrera administrativa como lo sostiene la parte demandante.



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

En relación con la naturaleza de la ESE Centro de Salud San José de San Marcos y el régimen jurídico que la gobierna, el artículo 1° de los Estatutos¹⁵ fijados por dicha entidad establece que fue creada mediante Acuerdo No. 008 proferido por el Concejo municipal de San Marcos-Sucre, el día 17 de marzo de 1997, como una entidad de categoría especial de entidad pública descentralizada del orden municipal, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, sometida al régimen jurídico previsto en el capítulo III, Artículo 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Del acervo probatorio recaudado se pudo comprobar que el demandante fue nombrado en la ESE Centro de Salud San José de San Marcos, a través de Resolución No. 0074 de fecha 1° de febrero de 2008, en el cargo de Técnico Administrativo, código 367, grado 16, en el área Almacén, de ello da cuenta el acto de nombramiento y posesión que obran a folios 24 y 25, respectivamente.

En cuanto al tipo de nombramiento, señala la parte motiva del acto en mención que el cargo desempeñado por el actor es de *“libre nombramiento y remoción conforme lo establece el artículo 5° numeral 2°, literal a de la Ley 909 de 2004”*.

Con respecto a la determinación sobre si un cargo es de carrera o de libre nombramiento y remoción, la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad¹⁶ determinó los siguientes parámetros:

“Condiciones para la legitimidad constitucional de la fijación por el legislador de cargos de libre nombramiento y remoción

9. Los argumentos expuestos anteriormente ponen de presente que aunque la carrera administrativa es el mecanismo ordinario y preferente para la provisión de los cargos públicos, la misma Constitución ha previsto excepciones a ese instrumento, como lo dispone el artículo 125 C.P. para el caso puntual de los empleos de libre nombramiento y remoción. En este evento, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la potestad que tiene el legislador de prever cargos con esa naturaleza, pero de manera

¹⁵ Ver folios 124 a 164 del C.ppal.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-533/10 de 6 de julio de 2010. Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva.



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelajo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

correlativa ha sometido el ejercicio de esa competencia al cumplimiento de estrictos requisitos, análogos a los que en aparte anterior se expusieron para el caso de los sistemas específicos de carrera.¹⁷

9.1. Los cargos de libre nombramiento y remoción están sometidos a reserva de ley, por lo que solo podrán incorporarse en el conjunto de empleos de las entidades del Estado cuando exista expresa disposición legal que así lo determine. Esto, por supuesto, sin perjuicio de la aplicación del régimen citado derivado de expresa previsión constitucional, como sucede con los sistemas especiales enunciados en el fundamento jurídico 7. (Resaltado del Despacho)

9.2. La potestad que tiene el legislador para definir cargos de libre nombramiento está limitada desde dos perspectivas. La primera, relativa a que el ejercicio de la citada facultad es excepcional, por lo que solo podrá ser utilizada para determinados cargos específicos, sin que pueda convertirse en la regla general o en sucedáneo de la aplicación del régimen ordinario de carrera administrativa. La segunda, consiste en reafirmar que la definición de cargos de libre nombramiento y remoción debe responder a un criterio de razón suficiente, que para el caso objeto de análisis tiene carácter calificado, pues debe referirse a la naturaleza de las funciones del empleo o al grado de confianza que deba depositarse en el servidor público que lo ejerce. En términos de la jurisprudencia constitucional, “(...) como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación”¹⁸

9.3. En consonancia con lo anterior, el empleo de libre nombramiento y remoción deberá corresponder a una de las siguientes categorías: (i) cargos que tengan funciones directivas, de manejo, conducción u orientación política o institucional, casos en los cuales la jurisprudencia ha aceptado que habida cuenta la naturaleza de la responsabilidad encomendada y los necesarios direccionamientos político – administrativos de las entidades, conviene que sean proveídos mediante instrumentos excepcionales, distintos al concurso público de méritos; o (ii) empleos que requieran un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, en razón de la trascendencia y grado de responsabilidad administrativa o política de las tareas encomendadas. Así, la Corte ha resaltado que “... siendo la regla general la de pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo

¹⁷ Citado en la jurisprudencia: “Las reglas jurisprudenciales que se expondrán a continuación sobre los requisitos para la consagración legal de cargos de libre nombramiento y remoción se obtienen del análisis de, en especial, las sentencias C-292/01 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-1177/01 (M.P. C-161/03 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y, en especial, C-312/03 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).”

¹⁸ Citado: “Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-195/94 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).”



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho. || Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el intuitu personae”.¹⁹ (Subrayas por fuera del texto)

De conformidad con la jurisprudencia en cita, la carrera administrativa es por regla general el mecanismo ordinario y preferente para la provisión de los cargos públicos, mientras que los cargos de libre nombramiento y remoción, son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, quedando excluidas de este régimen las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el intuitu personae.

En esas connotaciones, el despacho una vez revisado el acto de nombramiento del demandante observa que el empleo fue clasificado y determinado por la entidad demandada como de libre nombramiento y remoción. Empero, es de advertirse que las Empresas Sociales del Estado poseen un régimen especial que gobierna a sus empleados y es el contenido en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, que estatuye cuales son considerados de libre nombramiento y remoción, así: “Son empleos de libre nombramiento y remoción: (...) 2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados: a) Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, b) Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada, c) Los empleos que correspondan a funciones de dirección. Todos los demás empleos son de carrera. (...)”.

Aunado a lo anterior, el mismo Estatuto fijado por la entidad demandada, más específicamente en su capítulo VII, denominado “PERSONAL”, en cuanto al régimen y clasificación de los empleos hace una remisión expresa al artículo 26 de la Ley 10 de 1990 en cita, al respecto establece lo siguiente:

“Artículo 48. Régimen de personal. El régimen de personal de la Empresa estará sujeto a lo dispuesto en el Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

Artículo 49. Clasificación de los empleos. Los empleos en la Empresa son de carrera. Se exceptúan los de periodo fijo, libre nombramiento y remoción, los de

¹⁹ Transcripción exacta: “Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-514 / 94 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley. (art. 125, constitución Política de Colombia)
Es de periodo fijo el cargo de Gerente de la empresa y se registrá por las características especiales determinadas en los artículos 11,13 y 14 del Decreto 1876 de 1994 y el artículo 27 del Decreto 1892 de 1994.
Son de libre nombramiento y remoción los de primer y segundo nivel jerárquico siguiente al gerente. (art. 26, ley 10 de 1990)
Son trabajadores oficiales quienes desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales. (Parágrafo, art. 26, ley 10 de 1990)
Los demás empleos son de carrera.” (Subrayas del despacho)

En efecto, lo anterior nos permite concluir que empleos son de libre nombramiento y remoción, de carrera y cuales trabajadores oficiales en las entidades descentralizadas del orden territorial.

Así, al tenor de la disposición señalada, se infiere que el actor era empleado público y que el cargo desempeñado por este, Técnico Administrativo, código 367, grado 16, en el área Almacén, es de carrera administrativa, por lo tanto su nombramiento debía ser en provisionalidad y no de libre nombramiento y remoción como erradamente lo clasificó y determinó la ESE Centro de Salud San José en el acto de nombramiento.

En apoyo de lo aquí concluido, en el acápite de manual de funciones y de competencias laborales arrimado al proceso a folio 30, se observa igualmente que el empleo al que fue vinculado el actor es del Nivel Técnico y no pertenece al primer o segundo nivel jerárquico de dicha entidad, adicional a ello cumple funciones administrativas, las cuales están excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción. Para mayor claridad se transcriben apartes del texto en mención (ad litteram):

**MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y
COMPETENCIAS LABORALES**

NIVEL TECNICO	
1. IDENTIFICACIÓN	
Nivel:	Central
CARGO:	Técnico

	Administrativo
Código:	367
Grado:	16
Número de Cargos:	1
Dependencia Jerárquica:	Gerente
Dependencia Orgánica:	Almacén

2. PRÓSITO PRINCIPAL:

Ejecución de labores profesionales de apoyo y manejo de los inventarios a su disposición y otras labores profesionales en el área de Almacén de la ESE Centro de Salud San José.

Así las cosas, el despacho considera que los argumentos esbozados por la entidad demandada no tienen asidero jurídico, por cuanto quedó demostrado que el cargo ocupado por el demandante es de carrera y no de libre nombramiento y remoción, omisión ésta que si se hubiese sido advertida por la Administración habría conducido a una decisión sustancialmente diferente. En ese orden, le asiste razón a la parte demandante al manifestar que el cargo desempeñado por el actor era de carrera administrativa, no obstante se hace la aclaración que el régimen de gobierna a los empleados del sector salud en cuanto a su forma de vinculación es el establecido en la Ley 10 de 1990²⁰ y no en el artículo 5º de la Ley 909 de 2004, tal como quedó sentando ut supra.

Respecto a la falsa motivación el Tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha reiterado²¹ que ésta se relaciona directamente con el principio de legalidad 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

²⁰ Norma ésta que el despacho considera aplicable al sub iudice en atención a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 187 del CPACA, el cual dispone que la jurisdicción contenciosa podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

²¹ 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).



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

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.

Acotado lo expuesto, puede llegarse a la conclusión que en el presente asunto existió una falsa motivación por parte de la Administración para dar por terminado el nombramiento provisional del actor.

Expedición irregular del acto por falta de motivación.- Consistente en que existió expedición irregular e ilegal del acto acusado por falta de motivación, por cuanto en su parte considerativa no se hizo referencia a los hechos y circunstancias fácticas que motivaron el acto administrativo de insubsistencia.

Tocante a la declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad, la ley le ha otorgado la facultad discrecional al nominador de retirarlos del servicio en atención a que dichos nombramientos no gozan de estabilidad alguna²², pero 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 lo concerniente a la motivación la H. Corte Constitucional en sentencia T- 204 de 2012, MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, estableció la

²²Sent. de tutela Sección Segunda” Subsección B”. DR. GERARDO ARENAS MONSALVE 11001-03-15-000-2008-01238-00 de fecha 21 de enero de 2009.



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

necesidad de motivación de las actuaciones administrativas, al respecto ha sostenido lo siguiente:

*“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, esta 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”.*

De igual manera, el H. 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, respecto a la motivación señaló que:

“Frente al contenido de la motivación correspondiente, debe entenderse que esta no puede ser arbitraria y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.

La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia al contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia SU 917 de 2010.

En dicha providencia se indicó que el acto no sólo 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 y demanda la nulidad del acto. Dijo la Corte:

“(…) 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”²³.

(…)

De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificador aludido indicó: “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”.

De conformidad con lo expuesto en precedencia, el despacho encuentra que el fundamento que tuvo la entidad demandada para declarar insubsistente al

²³ Sentencia SU 917 de 2010.



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

demandante del cargo que venía ocupando es que el mismo pertenecía a la categoría de libre nombramiento y remoción²⁴. Así, dado que el despacho no avizora causa distinta a la ya enunciada concluye sin mayores miramientos que el mismo carece de motivación alguna, pues en él no se establecieron argumentos puntuales que dieran lugar a la declaratoria de insubsistencia, tales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, aplicable al sub-lite, pues como ya quedó aclarado en acápite anterior, el empleo de Técnico Administrativo en el Área de Almacén, código 367, grado 16, es de carrera; o la imposición de sanciones disciplinarias e inclusive la calificación insatisfactoria, evento este último que no operaría al caso en estudio, pues a folios 48-50 del C. ppal yace evaluación de desempeño laboral con 93 puntos de 100 posibles, la cual fue realizada al demandante por la Profesional Universitaria – Oficina de Recursos Humanos, correspondiente al periodo comprendido del 15/01/2009 al 15/01/2010. En razón de ello, se encuentra probada también la prosperidad del cargo aludido por la parte demandante.

- Violación del decreto Ley 2400 de 1968 (Artículo 26 y 61).-

Dispone el artículo 26 lo siguiente:

“El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera.”

Este primer cargo lo propuso la parte demandante por considerar que el acto administrativo acusado es violatorio del anterior precepto legal, toda vez que en su criterio, la entidad demandada no cumplió con la obligación de dejar constancia en la hoja de vida del señor José Rubén Martínez Vergara de los hechos que motivaron la decisión de declarar la insubsistencia de su nombramiento.

²⁴ Ver contenido del acto demandado Resolución No. 0396 de fecha 27 de abril de 2012, folio 26 C.ppal.



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

Pues bien, revisado el expediente se avizora a folio 3 del C.P No. 1, constancia en la hoja de vida del demandante con relación a la declaratoria de insubsistencia, suscrita por la Jefe de Recursos Humanos de la E.S.E Centro de Salud San José I Nivel de San Marcos-Sucre, cuyo contenido es el siguiente:

“Que revisada la hoja de vida del señor JOSÉ RUBÉN MARTÍNEZ VERGARA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.568.868 de Envigado-Antioquía, se encontró que el acto administrativo de vinculación en el empleo de Técnico Administrativo en el área de Almacén, código 367, grado 16, de la ESE Centro de Salud San José I Nivel de San Marcos-Sucre e hizo a través de un nombramiento ordinario conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

De lo cual sin mayores apreciaciones de contenido de vinculación el empleo de Técnico Administrativo en el área de Almacén corresponde a empleo de libre nombramiento y remoción, que dio origen al acto administrativo No. 0396 del 27 de abril de 2012, por medio de la cual se declaró insubsistente un cargo de libre nombramiento y remoción”

Leída la anterior certificación da cuenta el despacho que en la hoja de vida del demandante se dejó constancia de las razones que tuvo la administración en ese momento para declararlo insubsistente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968.

En estos términos, se colige que no le asiste razón al demandante cuando afirma que la entidad demandada, incumplió con el deber de dejar la constancia en la hoja de vida de éste.

Visto así las cosas, y como quiera que en acápites anteriores se encontraron probadas las causales de nulidad por falsa motivación y expedición irregular del acto por falta de motivación, el despacho en atención a ello y de que las mismas desvirtúan la presunción de legalidad que caracterizaba al acto cuestionado (Resolución No.0396 del 27 de abril de 2012), se procederá a declarar su nulidad. Razón por la cual el despacho igualmente se releva de estudiar las demás causales de anulación invocadas contra el acto administrativo en referencia.

En ese orden de ideas, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada, ESE Centro de Salud San José I Nivel San Marcos - Sucre, a reintegrar a la demandante a un cargo igual, similar o de superior jerarquía,



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

y a reconocerle la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro del servicio, 28 de abril de 2012 y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro, en las mismas condiciones en que se encontraba, esto es “provisionalidad” y siempre que dicho cargo no se encuentre provisto mediante concurso y que el mismo no sea desempeñado por quien adquirió el mencionado status. Sumas que se reconocerán indexadas, aplicándose los ajustes al valor, según lo contemplado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Para todos los efectos legales, se entenderá que no ha habido solución de continuidad en la relación de servicio entre la demandante y la entidad demandada, desde la fecha de su retiro del servicio 28 de abril de 2012 y hasta cuando de produzca efectivamente su reintegro.

El valor que resulte adeudar el ente demandado hasta la fecha en que se produzca el reintegro de la 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.

D. COSTAS:

Se condenará en costas a la parte vencida, y se ordenara liquidar las agencias en derecho.



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

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

FALLA:

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución No.0396 del 28 de abril de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente al señor JOSÉ RUBÉN MARTÍNEZ VERGARA, identificada con la CC. No. 98.568.868, como Técnico Administrativo en el área de Almacén, Código 367, Grado 16 de la ESE Centro de Salud San José I Nivel de San Marcos - Sucre.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENASE** a la ESE Centro de Salud San José I Nivel de San Marcos - Sucre a reintegrar al señor JOSÉ RUBÉN MARTÍNEZ VERGARA, identificada con la CC. No. 98.568.868 de San Marcos, 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, desde el día 27 de abril 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: Deniéguense las demás súplicas de la demanda.



Juzgado Quinto Administrativo
Oral de Sincelejo

Expediente No. 2012-00065-00
Demandante: José Rubén Martínez Vergara
Demandado: E.S.E Centro de Salud San José de San Marcos

SEXTO: Condénese en costas a la entidad accionada, E.S.E. Centro de Salud San José I Nivel de San Marcos, y ordénese por secretaria la liquidación de las mismas y las respectivas agencias en derecho, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, tal como lo estipula el artículo 188 del CPACA.

SEPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al demandante el excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Jueza