



**TRASLADO DE EXCEPCIONES**

**ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011**

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13001-33-33-002-2019-00019-00
<b>Demandante/Accionante</b>	JAVIER SIERRA VARELA
<b>Demandado/Accionado</b>	SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

La Suscrita Secretaria del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas en la contestación de demanda por EL APODERADO Del DEMANDANDO, por el término de tres (3) días en un lugar visible de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena y en la página web de la Rama Judicial [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co). Hoy TRES (3) DE MARZO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

EMPIEZA EL TRASLADO: CUATRO (4) DE MARZO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS 8:00 A.M.

**AMELIA REGINA MERCADO CERA**  
**Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena**

VENCE TRASLADO: OCHO (8) DE MARZO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS 5:00 P.M.

**AMELIA REGINA MERCADO CERA**  
**Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena**

*Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso*  
*E-Mail: [stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co)*  
*Teléfono: 6642718*

Doctor

ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO

JUEZ SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E. S. D.

[admin02cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin02cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co)

[montes.asesoriasjuridicas@gmail.com](mailto:montes.asesoriasjuridicas@gmail.com)

[procesosnacionales@defensajuridica.gov.co](mailto:procesosnacionales@defensajuridica.gov.co)

**NOTA: SE DEJA CONSTANCIA QUE NO SE RECIBIÓ EN TRASLADO LA SUBSANACION DE LA DEMANDA, QUE AL PARECER CONSISTE EN QUE SE APORTÓ LA CONSTANCIA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD, NO OBSTANTE HABERLO SOLICITADO OPORTUNAMENTE A ESTE JUZGADO, Y EN ESE SENTIDO SE CONTESTÓ LA DEMANDA CON SUPUESTOS. SE SOLICITA QUE SE NOS NOTIFIQUE EN DEBIDA FORMA LA TOTALIDAD DE LA DEMANDA PARA EVITAR QUE SE PRODUZCAN POSTERIORMENTE NULIDADES**

**FALTA VERIFICAR TAMBIEN, SI EL TRASLADO SE HIZO A LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA, EN RAZON A QUE CARDIQUE ES UNA ENTIDAD DEL ORDEN NACIONAL, DE CREACION CONSTITUCIONAL.**

Ref:

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicación: 13001333300220190020200

Demandante: YOLIMA ROJAS MADRID

Demandada: CARDIQUE

**DIDIER AUGUSTO PIZZA GERENA**, mayor de edad, vecino y residente en Cartagena de Indias, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.263.137 de Bogotá y Tarjeta profesional No. 72793 del C. S. de la J., apoderado de la parte demandada, conforme al poder adjunto, por medio del presente acudo a usted dentro del término legal, con el objeto de dar contestación a la demanda de la referencia:

#### I – DEMANDADA

Es la **CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL DIQUE – CARDIQUE**, cuyo domicilio es la ciudad de Cartagena, Barrio el Bosque, isla de Manzanillo, Transversal 52 Número 16 – 190, Cartagena de Indias, representada legalmente por su director, Doctor AGELO BACCI GUZMAN, quien es varón, mayor de edad, vecino y residente en Cartagena de Indias, cuya oficina se encuentra en la dirección de la aquí demandada.

#### II – APODERADO

Es el suscrito, **DIDIER AUGUSTO PIZZA GERENA**, identificado con cédula número 80.263.137 y T.P.N. 72793 del CSJ, domiciliado en Cartagena y con oficina en el Edificio Banco Del Estado, oficina 12-02, Centro.

Autorizo notificarme al Email: [didierpizzagerena@yahoo.com](mailto:didierpizzagerena@yahoo.com) Cel: 3008152885, Cartagena de Indias.

#### III – PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

**Los hechos del 1 al 9**, son parcialmente ciertos, de conformidad con los documentos que aporta en la demanda. Esto en razón a que no se menciona absolutamente nada acerca de que: 1. La demandante no cumplió cabalmente con las recomendaciones médicas dadas, después del mencionado accidente de trabajo, de autocuidado, como la realización de las terapias. 2.- Tampoco se menciona si fueron o no pagados los valores correspondientes a la indemnización equivalente al porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral generada por el accidente de trabajo<sup>1</sup>. Ni si a través de la ARL se le continúa vinculada prestando asistencia médica como consecuencia del accidente de trabajo. Ni si se encuentra cubierta la prestación del servicio de salud haciendo “uso” de su vinculación como beneficiaria de su esposo como cotizante. 3.- Tampoco hace alusión a que presentó acción de tutela y le fue denegada y que en el transcurso de tal trámite por una parte se le puso en conocimiento que no existía cargo alguno vacante en donde se le pudiera vincular.

El hecho 10 es cierto parcialmente puesto que no indica que le fue debidamente notificado y que el mismo fue motivado, ni explica tal motivación, aunque no se opone.

El hecho 11. No es cierto que sea un acto administrativo puesto que es un oficio mediante el cual, luego de habersele notificado la resolución 1207 del 13 de septiembre/18 y notificada el 18 del mismo mes y año, se le informa que laborara hasta el 2 de octubre del 2018.

Hechos 12. Es cierto, pues así se ve en los documentos que aportan.

Hecho 13 y 14. Es cierto que la demandante ocupaba un cargo en provisionalidad y que lo ofertó cumpliendo con sus obligaciones legales. Se aclara que Cardique no obstante que hizo consultas a la comisión se vio en la obligación de ofertarlo y luego que se surtió el concurso correspondiente, también tuvo que nombrar en el mismo a quien obtuvo el primer lugar. De manera que **el cargo que ocupaba la demandante tuvo que ser ofertado por disposición, directriz, de la Comisión Nacional Del Servicio Civil que dijo: EL PROCESO DE SELECCIÓN PARA PROVEER LAS VACANTES DEFINITIVAS DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LAS CARS NO DEBE EXCLUIR DE LA OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA - OPEC, NINGUNA DE LAS VACANTES DEFINITIVAS, AUN CUANDO ESTÁN SIENDO OCUPADAS POR PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE, POR MUJERES EN ESTADO DE EMBARAZO, CABEZA DE FAMILIA O POR PERSONAS CON DICTAMEN DE DISCAPACIDAD LABORAL. No fue capricho de la entidad sino una orden que tuvo que cumplir.**

**Como se dijo, Cardique realizó consultas pertinentes relacionadas con el caso de pre pensionados y otras modalidades de estabilidad reforzada, recibiendo el oficio de radicado 20176000205931 de parte de FUNCION PUBLICA, mediante el cual en primer término instruye a la entidad en que todos los cargos deben ser ofertados, incluyendo aquellos que estén siendo ocupados con personas con especial protección y que en estos casos “DEBE CEDER LA PLAZA A QUIEN OCUPE EL PRIMER LUGAR EN EL CONCURSO DE MERITOS QUE SE ADELANTO PARA PROVEER EL EMPLEO QUE OCUPA EN PROVISIONALIDAD, YA QUE, COMO LO SEÑALA LA CORTE CONSTITUCIONAL, SU CONDICION LO EXIME DE DEMOSTRAR SU CAPACIDAD Y MERITO EN IGUALDAD DE CONDICIONES, POR TANTO LA ENTIDAD PODRA DESVINCULARLO MEDIANTE ACTO ADMINISTRATIVO, EL CUAL SE MOTIVARA EN QUE EL CARGO VA A SER OCUPADO POR QUIEN HA PARTICIPADO Y SUPERADO UN CONCURSO DE MERITOS, HACIENDOSE MEREDEDOR AL CARGO”**

En tal oficio la comisión asesora de la entidad, poniéndole de presente la interpretación que ha realizado con relación a la aplicación de la Ley 909 de 2004, del decreto 1083 de

---

<sup>1</sup> Artículo 7 De La [Ley 776 De 2002](#)

2015, de la ley 790 del 2002, del Decreto 190 de 2003, sus conceptos y la Jurisprudencia de la Corte constitucional para casos similares, le dijo a la entidad:

***“En atención a la comunicación de la referencia, me permito manifestarle lo siguientes:***

***La Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, el cual establece en el artículo 2.2.5.3.4 que antes de cumplirse el término de duración del encargo o de la prórroga del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados. esta dirección ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La citada normatividad está ajustada a la jurisprudencia de la corte constitucional, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.***

***En cuanto a la estabilidad, las normas no consagran un derecho a estabilidad de los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto motivado.”***

Para afianzar tal afirmación cita y transcribe apartes de la sentencia T-007 de 2008 de la Corte Constitucional. Y termina diciendo:

***“De conformidad con lo anterior, la administración deberá motivar el acto de desvinculación del provisional por causales disciplinarias, baja evaluación del desempeño, por razones referentes al buen servicio o por designación de quien ganó la plaza mediante concurso.”***

La entidad cumplió con tal requisito al expedir el acto administrativo mediante el cual dio por terminada la relación laboral con el accionante, esto es lo hizo motivándolo y fundamentalmente lo hizo dándole a conocer con precisión que la decisión obedece a que el cargo por él ocupado fue ofertado, se surtió un concurso de méritos y la persona que ocupó el primer lugar en el mismo se hizo presente y la entidad lo nombró mediante resolución, por lo cual debe cederlo. Sin embargo, en caso que se dijese que en contra del acto se podía interponer recurso de apelación, como ya se indicó, la accionante no hizo uso de su derecho de contradicción dentro del término legal el cual quedó garantizado al motivar el acto y notificársele en debida forma, lo cual aconteció el 18 de septiembre del 2018, interponiendo los recursos de ley.

Continuó diciendo la Comisión en este oficio:

***“Respecto al retiro de los empleados provisionales en estado de indefensión, la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008 sostuvo:***

*(...) respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación que suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.*

*Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio del cargo para el que se concursa<sup>2</sup>, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso<sup>3</sup>, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas -en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.*

*En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante aspecto respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad (subrayado fuera de texto)”.*

Y sigue diciendo en el oficio:

**“Así mismo, la Corte constitucional en sentencia SU – 917 de 2010 consideró:**

....

**“En síntesis, la corte concluye 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 continuo con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuales fueron las razones que motivaron esa decisión.  
(...)*

*En este orden de ideas, solo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado 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.”*

Y finalmente orienta a la entidad así:

*“Así mismo, es de anotar que en materia de protección laboral reforzada la ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003 ha previsto el denominado reten social, figura que se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional. Dicho reten social no se aplica al caso planteado, ya que el cargo en el cual se encuentra vinculado el empleado provisional será provisto por quien ganó el proceso de selección.*

*En este orden de ideas, y atendiendo puntualmente su consulta esta dirección Jurídica considera que el empleado provisional que padece una enfermedad, que está incapacitado, o que tiene la calidad de prepensionado, debe ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de mérito que se adelantó para proveer el empleo que ocupaba en provisionalidad ya que como lo señala la Corporación, su condición no los exime de demostrar su capacidad y merito en igualdad de condiciones.*

*Por lo tanto, la entidad podrá desvincularlo mediante acto administrativo, el cual se motivará en que el cargo va a ser ocupado por quien ha participado y superado un concurso de méritos, haciéndose merecedor del cargo...”*

Esta es exactamente la situación del caso que se trae ante su señoría. La demandante, no obstante que alegue su condición, debió ceder la plaza a quien se presentó para que la entidad lo nombrara por haber ganado el derecho a través del concurso de méritos y de conformidad con la ley, la jurisprudencia y la orientación de FUNCION PUBLICA, procedió a nombrar en el cargo a DIANDRA CAROLINA GAVIRIA GOMEZ, debiendo ser cedido por la hoy demandante.

Para ello CARDIQUE expidió el acto que hoy se demanda, cumpliendo con la ley y la jurisprudencia, motivándolo.

Para mejor comprensión del proceso que llevo a la expedición del acto administrativo se describe el actuar de la entidad:

El Acuerdo 001 de 2004, en su artículo 6°, Funciones de la CNSC relacionadas con la administración de la carrera administrativa, literal c, dispone: Elaborar las convocatorias a

concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la ley y el reglamento \*

La Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, mediante Acuerdo N° 20161000001556 del 13 de diciembre 2016 y modificado por los Acuerdos N° 20171000000066 del 20 de abril de 2017 y N° 20171000000076 del 10 de mayo de 2017, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de las plantas de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de las Corporaciones Autónomas Regionales - CAR y de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA Convocatoria N° 435 DE 2016- CAR- ANLA.

Agotadas las etapas del citado proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC expidió la Resolución N° 20182210101745 del 15 de agosto de 2018, "por la cual conforma lista de elegibles para proveer dos (2) vacante del empleo identificado con el Código OPEC N° 40508, denominado AUXILIAR TECNICO, código 3054 grado 7, del Sistema General de Carrera Administrativa de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE CARDIQUE, Convocatoria N° 435 DE 2016 CAR- ANLA. "

Esta resolución quedó en firme el 4 de septiembre de 2018, de acuerdo con comunicación radicada bajo el N° 20182210495571 del 4 de septiembre de 2018, por la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC.

A partir de la firmeza de la lista de elegibles, le correspondió a CARDIQUE, en un término no superior a diez (10) días hábiles efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.6.21.del Decreto 1083 de 2015.

A través de la Resolución N° 1207 del 13 de septiembre de 2018, se nombró en periodo de prueba a **DIANDRA CAROLINA GAVIRIA GOMEZ**, en el cargo de carrera administrativa de la planta de CARDIQUE - Auxiliar Administrativo código 4044 grado 11 quien ostentaba el primer lugar en la lista de elegibles del cargo en comento y en este mismo acto administrativo se dio por terminado el nombramiento provisional de la demandante.

Ahora bien, para vincular al elegible en periodo de prueba y finalizar la provisionalidad de la demandante, la entidad tuvo en cuenta que:

**Se repite, La Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, señaló:** QUE EL PROCESO DE SELECCIÓN PARA PROVEER LAS VACANTES DEFINITIVAS DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LAS CARS NO DEBE EXCLUIR DE LA OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA - OPEC, NINGUNA DE LAS VACANTES DEFINITIVAS, AUN CUANDO ESTÁN SIENDO OCUPADAS POR PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE, POR MUJERES EN ESTADO DE EMBARAZO, CABEZA DE FAMILIA O POR PERSONAS CON DICTAMEN DE DISCAPACIDAD LABORAL. Para efecto probatorio se anexa respuesta a consulta realizada el día 1 de agosto de 2017, a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC de situaciones y/o casos puntuales presentados en la planta de personal, radicado N° 20172210364231 de fecha 22 -08- 2017; así como, soporte de envío de OPEC de fecha 28 de febrero de 2017

**Se aclara además que la señora demandante al momento de ser desvinculada, de inmediato su esposo, en su condición de afiliado al régimen contributivo la incluyo como beneficiaria y por lo tanto estaba cubierta la atención en su salud. Y hoy en día, de conformidad con la información en el FOSIGA, está vigente tal vinculo. Se adjunta**

Y finalmente, es imposible reintegrarla en razón a que no existe cargo vacante en provisionalidad.

Hecho 15. No es cierto, debe probarlo, pero se aclara que no existía ningún cargo en la planta en provisionalidad en el cual pudiera ubicarse. De ello tuvo conocimiento la demandante y con ocasión de acción de tutela que interpuso se le informó tal circunstancia.

Hecho 16. No es un hecho sino una apreciación del colega apoderado de la demandante, que deberá probar y que además es justamente uno de los problemas jurídicos a resolver a la luz de las disposiciones legales y jurisprudenciales.

Hecho 17. No es un hecho o si lo fuera deberá probarlo.

Hecho 18. Es cierto.

Hecho 19 y 20, son parcialmente ciertos pues se tiene que aclarar que el **acto administrativo de desvinculación de la demandante de su cargo fue expedido por el señor director de CARDIQUE que es un organismo de creación constitucional, autónomo y, por lo tanto, como tal no es apelable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la ley 1437 de 2011 que dispone:**

**Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos: 1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque. 2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.**

**No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores**

Y dado que el recurso de reposición no es obligatorio, como lo dispone el artículo 76 de la Ley 1437 mencionada, el acto de despido, hoy demandado, quedó ejecutoriado de inmediato conforme lo dispone el artículo 87 de esta misma Ley y por lo tanto para acudir a demandarlo ante la jurisdicción administrativa, por una parte debió agotar el requisito de procedibilidad acudiendo ante la procuraduría solicitando audiencia de conciliación prejudicial y hacerlo dentro de los cuatro meses posteriores a su ejecutoria. No lo hizo así - o por lo menos en este traslado de la demanda no aparece la constancia -, y por lo tanto tal oportunidad caducó, la acción caducó y así deberá declararse, y por ello, de oficio desde ya, o durante la audiencia inicial al hacer el control de legalidad o al resolver las excepciones que se plantearan, la demanda deberá ser rechazada.

En gracia de discusión, si quedara la alternativa de que el acto administrativo de desvinculación puede ser demandado en cualquier tiempo, como se argumenta en el hecho 20, no lo releva del agotamiento del requisito de procedibilidad dentro del tiempo. No lo hizo. Y finalmente, en caso que así se declarara, la entidad n puede reintegrar a la demandante en razón a la inexistencia de cargo vacante en la planta.

Hecho 21. No es cierto, no hay lugar a reconocer y pagar emolumento alguno pues no se debe suma por ningún concepto, dado el acto administrativo fue expedido en legal forma y por lo tanto las pretensiones no deben prosperar, como se sustenta en esta contestación de demanda.

#### IV – PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento a lo anteriormente expuesto y a las excepciones que se proponen.

<b>V – PROPOSICION DE EXCEPCIONES</b>
---------------------------------------

**CADUCIDAD. VIOLACIÓN DEL ARTICULO 138, NUMERAL 2 DEL CPACA.**

Al momento de presentar la demanda la acción estaba caducada, esta caducada, puesto que el acto demandado fu expedido el 13 de septiembre del 2018, notificado el 18 de septiembre del mismo año, quedando ejecutoriado. La solicitud de conciliación la presentó en mayo del 2019, es decir, 8 meses después (para esta fecha ya había ocurrido el fenómeno de la caducidad) y la demanda la presentó el 17 de septiembre del 2019, once meses después, habiendo transcurrido de sobra los cuatro meses de que trata el artículo 138 CPACA.

**Esta caducada y no es cierto el argumento de que está habilitada la opción para presentar la demanda en cualquier tiempo por la supuesta falencia al momento de notificación del acto demandado. Jurisprudencialmente<sup>4</sup>, como se ha venido señalando, tratándose de actos administrativos que ponen fin a relación laboral de persona que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, se garantiza el derecho al debido proceso y el derecho de defensa MOTIVANDOLO, pues justamente, con tal motivación el afectado puede ejercer su derecho de contradicción. Y como es claro ya, el acto de despido de la demandante, demandado, se expidió motivado.**

**Por otro lado, tal acto fue expedido por el señor director de CARDIQUE que es un organismo de creación constitucional, autónomo, del orden nacional, y, por lo tanto, como tal no es apelable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la ley 1437 de 2011 que dispone:**

**Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos: 1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque. 2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.**

**No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores**

Y dado que el recurso de reposición no es obligatorio, como lo dispone el artículo 76 de la Ley 1437 mencionada, el acto de despido, hoy demandado, quedó ejecutoriado de inmediato conforme lo dispone el artículo 87 de esta misma Ley y por lo tanto para acudir a demandarlo ante esta jurisdicción, por una parte, debió agotar el requisito de procedibilidad acudiendo ante la procuraduría solicitando audiencia de conciliación prejudicial y hacerlo dentro de los cuatro meses posteriores a su ejecutoria. No lo hizo así y por lo tanto tal oportunidad caducó, la acción caducó y así deberá declararse. Se aclara que La procuraduría debió rechazar la solicitud de conciliación por haber sido presentada extemporáneamente, por haber ocurrido caducidad de la acción. Y el Juzgado debió rechazarla por falta de cumplimiento un requisito

Ante esta eventualidad, con mucha más razón es obligatorio el agotamiento del requisito de procedibilidad.

Ahora, la presentación de acción de tutela no revivió términos, no suplió el deber legal de activar el órgano jurisdiccional dentro de los cuatro meses a partir de la ejecutoria del acto, agotando el correspondiente requisito de procedibilidad y luego, presentando la demanda.

Pues bien, la demandante en vez de iniciar dentro del término legal las acciones ante esta jurisdicción, lo que hizo fue presentar acción de tutela, buscando la declaratoria de ineficacia

<sup>4</sup> Sentencia de unificación de jurisprudencia de la corte constitucional **SU-917 de 2010**

del acto administrativo aquí demandado y que fuera reintegrada al cargo, la cual se tramitó en primera instancia ante el Juzgado 4 Municipal de pequeñas causas Laborales, con Radicado: 130014105004201800051500, donde se produjeron dos sentencias: La primera que ordeno su afiliación al sistema general de seguridad social y el reintegro, haciendo la claridad que expresamente se dijo que SIEMPRE Y CUANDO EXISTIERA UN CARGA VACANTE PARA ELLO. Por petición de la accionada esta sentencia fue objeto de anulación ordenada por el Juez superior – Quinto Laboral Del Circuito – y la segunda – DEL 6 DE diciembre del 2019 -, en reemplazo de aquella, pero que mantiene la misma orden que la anterior. De inmediato CARDIQUE procedió a darle cumplimiento afiliando a la accionante al sistema general de seguridad social y a comunicarle que no podía reintegrarla en razón a que no existía un cargo VACANTE en la planta para ello.

La entidad impugnó la tutela y en segunda instancia, el Juez Quinto Laboral Del Circuito de Cartagena la revocó por dos razones fundamentales a saber: Porque NO existe cargo vacante en la planta de Cardique y Porque se comprobó que la accionante no se encontraba en la situación de DEBILIDAD MANIFIESTA alegada, porque entre otras razones continuaba afiliada al sistema de salud como beneficiaria de su esposo ALAIN PUELLO BARRIOS. Y hoy continúa siéndolo, de conformidad con consulta que se hizo al sistema RUAF, copia de la cual se anexa.

Visto lo anterior, es claro que la demandante tuvo pleno conocimiento del contenido de la resolución 1207 del 13 de septiembre del 2018, mediante la cual fue desvinculada, primero porque consta en el cuerpo de tal acto que se le notificó el 18 del mismo mes y año y porque, aunque no hubiera sido así, al presentar la acción de tutela mediante la cual solicito al Juez constitucional dejarla sin efecto, es clara actitud del conocimiento de su contenido.

Es claro también que la demandante estuvo permanentemente asesorada por abogado, pues la acción de tutela la presentó en su nombre el Dr. ERLÉN RICARDO MONTES AYOLA, luego, también presentó solicitud de conciliación prejudicial presentada ante la procuraduría, que en reparto correspondió a la 66, bajo el radicado 1198-2019, agotando el requisito de procedibilidad para demandar la nulidad del acto que hoy demanda y luego, para presentar esta demanda lo hace a través del Dr. EMIRO RAFAEL PRINS GONZALEZ.

#### **FALTA DE AGOTAMIENTO DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DENTRO DEL TERMINO LEGAL. VIOLACIÓN DEL ARTICULO 161, NUMERAL 1 DEL CPACA.**

Estas excepciones se configuran porque previo a la presentación de la demanda la demandante no agoto dentro del término legal, es decir, antes de los cuatro meses contados a partir de la ejecutoria del acto de desvinculación, aquí demandado. En efecto, la resolución 1207 fue debidamente notificada a la demandante el 18 de septiembre del 2018, quedando ejecutoriada 5 días después, es decir el 25 de septiembre del 2018 y la solicitud de conciliación la presentó en mayo del 2019, quedando claro que lo hizo mucho después de transcurrido el término de caducidad que es de cuatro meses. La procuraduría debió rechazar la solicitud de conciliación por haber sido presentada extemporáneamente, por haber ocurrido caducidad de la acción.

No obstante que la Ley 1437 no contempla la falta del agotamiento del requisito de procedibilidad como causal de rechazo sino de inadmisión, en este caso que si fue presentada pero extemporáneamente y de ninguna manera habría lugar a la inadmisión, lo que corresponde es el rechazo.

#### **FALTA DE CAUSA PETENDI.**

**CARDIQUE por orden de la CNSC ofertó el cargo. Este cargo fue sometido a concurso. Quien ocupó el primer puesto se presentó y se tuvo que nombrar y como consecuencia la demandante tuvo que ceder su cargo ante los derechos de carrera de aquel. El acto administrativo fue legalmente expedido, se cumplió con el deber legal y jurisprudencial**

**de motivarlo, se notificó en debida forma. Se destaca que la estabilidad de un empleado que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad tiene estabilidad relativa diferente a la estabilidad plena que tiene quien lo ocupa por haberlo obtenido mediante concurso de méritos.**

En todo caso no deben prosperar las pretensiones dado que el presente no es un caso de RETEN SOCIAL consagrado en la Ley 790 del 2008 pues el acto administrativo demandado fue expedido no en el contexto de una reestructuración, reforma o modificación de la planta de personal de la entidad, sino para proveer un cargo de carrera que estaba siendo ocupado por el demandante en provisionalidad para posesional a quien obtuvo el primer puesto en concurso de méritos. Esto conforme con lo dispuesto en la ley mencionada, Ley 812 de 2.003, el Decreto 190 de 2.003, la sentencia C-991 de 2004, sentencia SU-338 de 2005, sentencia T-768 de 2005, sentencia T-993/07, sentencia SU 917 de 2010, los conceptos tanto del DAFP. Uno de ellos por citar solo este dice<sup>5</sup> **“De lo expuesto se colige, que la protección especial para los prepensionados establecida en los términos de la normativa y jurisprudencia citados, dentro del llamado reten Social cuando se trate de reestructuración , reforma o modificación de la planta de personal, no aplica en el caso de una vinculación provisional, cuando como consecuencia del correspondiente proceso de selección realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, procede la provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa con los integrantes de la lista de elegibles resultado del respectivo concurso de merito”**

Aun si la entidad estuviera obligada a nombrar al demandante, no podía hacerlo en razón a que no existe cargo alguno en provisionalidad donde pudiera hacerlo. Se adjunta certificado.

#### VI – PRUEBAS

- 1.- Copia del expediente administrativo que consta solo de: 1) La copia del acto demandado (Resolución N°. 1207 del 13 de septiembre) y 2) Oficio de terminación del vínculo laboral
- 2.- Copia de la hoja de vida de la demandante, conformada por tres archivos así: pruebas 2.1, 2.2, y 2.3.
- 3.- Certificación expedida por la secretaria General de CARDIQUE en la que consta que no existe cargo en carrera vacante en el cual pueda reintegrarse a la demandante.
- 4.- Copia documento consultado en el RUAF (Registro Único de Afiliados) en el cual consta que la señora demandante se encuentra afiliada en el sistema general de Seguridad Social.
- 5.- Copia de escrito de acción de tutela presentada por la demandante del 22 de noviembre del 2018. (tutela y admisión)
- 6.- Copia de la segunda sentencia de Tutela emanada del Juzgado Cuarto Municipal De Pequeñas Causas Laborales, del 11 de febrero del 2018, en la que se ratifica exactamente la misma orden de la anterior.
- 7.- Copia de constancia de la afiliación a seguridad social por parte de CARDIQUE ordenada por la sentencia de Tutela.
- 8.- Copia de 2DO ingreso afiliación a SGSS
- 9.- Copia de 2DO retiro afiliación a SGSS

<sup>5</sup> Concepto Función Publica radicado 20186000059511 del 21 de febrero del 2018.

10.- Copia de la sentencia de Tutela del Juzgado 5 Laboral de Circuito de Cartagena, que decidió la impugnación presentada por CARDIQUE, del 13 de marzo del 2019, mediante la cual se revocó en todas sus partes la de primera instancia.

11.- Oficio número 2778 del 31 de Julio del 2017, suscrito por el director de Cardique dirigido función PUBLICA, mediante el cual realiza consulta frente a los casos de protección a empleados que ostenten una calidad especial.

12.- Oficio número 20176000205931 del 5 de septiembre del 2017, mediante el cual FUNCION PUBLICA da respuesta a la consulta elevada por CARDIQUE en la que le indica que la demandante debía ceder el cargo a quien ganó el concurso.

13.- Copia de la resolución N° 20182210101645 DEL 15-08-2018 de la CNSC mediante la cual se conforma la lista de elegibles en la cual se encuentra el empleado JAIME ESPINOSA BURGOS en primer lugar.

14.- Copia del concepto 64511 de la CNSC.

15- Reporte de la oferta pública de Cardique.

16.- Respuesta 1 de la CNSC al director de CARDIQUE Angelo Bacci Hernandez.

17.- Respuesta 2 de la CNSC al director de CARDIQUE Angelo Bacci Hernandez.

18.- Respuesta de la CNSC del 22 de agosto de 2017 No. 64231

19.- Respuesta de la CNSC del 5 de septiembre de 2017

20.- Respuesta de la CNSC del 21 de febrero de 2018

21.- Poder otorgado por la parte demandanda.

## **2.- TESTIMONIOS:**

Con el fin de que deponga todo lo que sepa y le conste acerca de los hechos de la demanda y la contestación, específicamente en relación a como se realizó todo el proceso que culminó con la expedición del acto demandado, solicito se cite y haga comparecer a las Doctoras Sayde Escudero Jaller y Liliana Sanchez Salvador, las cuales laboran en CARDIQUE y por lo tanto allí puede ser citadas.

## **3.- OFICIOS:**

Sírvase solicitar al Juzgado Cuarto Municipal De Pequeñas Causas Laborales de Cartagena, para que por favor remita copia del expediente de Tutela del radicado 130014105004201800051500, Accionante: YOLIMA ROJAS MARTINEZ, dentro del cual se encontrará la sentencia de segunda instancia proveniente del Juzgado 5 Laboral del circuito.

A la ARL AXA COLPATRIA para que remita a este proceso copia del expediente que se conformó con ocasión del inicio y tramite del procedimiento por accidente laboral padecido por la empleada de Cardique Yolima Rojas Martínez y que indique si le fue reconocido y pagado el valor correspondiente a la indemnización equivalente al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, remitiendo prueba de ello. No obstante que dentro del expediente deben estar contendidas, adviértasele que deberá remitir copia de todas las investigaciones y/o seguimiento que realizó respecto del cumplimiento de las recomendaciones hechas a la señora Yolima por la ARL, los médicos tratantes y el comité, indicando si las cumplió y cumple o no.

A la procuraduría judicial 66 de Cartagena para que remita copia de la solicitud de conciliación prejudicial presentada por la demandante Yolima Rojas Martínez VS CARDIQUE, que se surtió bajo el radicado 1198-2019, incluyendo el acta de conciliación y la constancia.

**A la EPS COOMEVA** para que remita certificación en la que conste si actualmente la señora YOLIMA ROJAS MARTINEZ se encuentra afiliada, indicando desde cuándo y en qué calidad.

## VII – FUNDAMENTACION FACTICA Y JURIDICA DE LA DEFENSA

No deben prosperar las pretensiones de la demanda:

1.- Porque el acto administrativo demandado, mediante el cual separó del cargo a la demandante, es legal, fue expedido sin vicio alguno, no le violó derecho alguno. La demandante ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad – que reportaría estabilidad laboral pero relativa – y tuvo que ser desvinculada en razón a que su cargo debió ser provisto por empleado que “ganó” concurso al que fue sometido, siendo esta la causa eficiente para ello y nunca, jamás, en razón a la discapacidad alegada por la demandante. Porque legal y jurisprudencialmente los derechos de carrera administrativa se impusieron y debió ceder su cargo a quien por concurso lo ganó y no existía uno vacante en el cual hubiera podido reubicarse, tal como se prueba con la certificación expedida por el área de recursos humanos de la Corporación.

2.- Porque el acto administrativo mediante el cual separó del cargo a la demandante es legal, fue expedido sin vicio alguno, lo fue respetando el debido proceso, el principio de publicidad, el principio democrático, fue motivado – **SU 917 DE 2010** - y se notificó en debida forma, porque conserva intacta la presunción de legalidad y por lo tanto no ha de declararse su nulidad.

La ley y la reiterada jurisprudencia tanto de la corte constitucional como del Consejo de estado tiene definido que el nominador , antes de cumplirse el termino de duración del encargo, de la prorroga o del nombramiento provisional, por resolución motivada, puede darlos por terminados<sup>6</sup>. Igualmente, que los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad. que cuando se trata de su desvinculación porque el cargo debe proveerse por quien gana el concurso al cual ha sido sometido, para garantizar tal derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, el acto administrativo correspondiente debe **MOTIVARSE**. Tal motivación básicamente es la exposición amplia, concreta y clara de tal motivo. Con ello se garantiza que la administración respeta el debido proceso y el afectado con la desvinculación queda habilitado para controvertir tal decisión.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU 917 de 2010, al pronunciarse sobre el retiro de los empleados provisionales, señaló:

*“El acto de retiro no sólo debe ser motivado, sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente*

<sup>6</sup> Artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 648 de 2017.

podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

*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 predicán directamente de quien es desvinculado”. 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”.*

**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”.**

En sentencia T-326 del 3 de junio de dos mil catorce (2014), Magistrada Ponente, María Victoria Calle Correa<sup>7</sup>, al pronunciarse sobre la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, señaló:

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

Por su parte, respecto al asunto que nos concita, el ministerio de trabajo, y el Departamento Administrativo de la Función Pública, en la Circular Conjunta No. 0032 del 3 de agosto de 2012, sobre el retiro de los empleados provisionales, señala:

*“..De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional, procede por acto motivado, y sólo es 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 empleado....”*

En efecto, el acto administrativo, resolución 1207 del 13 de septiembre del 2018, que terminó el vínculo laboral en carrera que en provisionalidad tenía con CARDIQUE la actora, se expidió MOTIVANDOLO. Y se hizo justamente expresando como fundamento que había la necesidad de nombrar en tal cargo a la persona que ganó el concurso que ocupaba. Además, se cumplió a cabalidad con el requisito de publicidad, puesto que el acto fue debidamente notificado, lo

<sup>7</sup> Sentencia [SU 917](#) de 2010, de la Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia [T-326](#) del 3 de junio de dos mil catorce (2014), Magistrada Ponente, María Victoria Calle Correa.

cual se materializó el 18 de septiembre del mismo año, tal como claramente consta en el cuerpo, en el texto del acto, que la misma demandante aporta con la demanda.

3.- Respecto al despido de servidores públicos de carrera vinculados en provisionalidad que tengan condición especial, como la que aduce la demandante, está establecido Legal y jurisprudencialmente que su estabilidad es relativa, que debe garantizarse mientras el transcurso del concurso al que se someta el cargo ocupado por el provisional y que solo es exigible que la entidad lo ubique en un cargo siempre y cuando exista vacante en la planta, la corte señala la expresión: "DE SER POSIBLE". Esta opción venía siendo sostenida jurisprudencialmente en pronunciamientos de la corte Constitucional en sentencias tales como la : C-588 de 2009, la SU 917 de 2010, la T-326 del 3 de junio de dos mil catorce (2014), T096 de 2018.

**Y resulta que a CARDIQUE le fue imposible ubicar a la demandante en un cargo de carrera en provisionalidad por no existir vacante, tal como se le informó, además de que por una orden de tutela que en su momento la hoy demandante instauró así se le comunicó.**

Se acota que, ante la falta de disposición en concreto sobre el caso, recientemente fue expedida la Ley 1955 del 25 de Mayo 2019, respecto a la "REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO" en el SEGUNDO PARAGRAFO DEL ARTICULO, último párrafo, del artículo 263, quedo establecido que:

*...Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia **y en situación de discapacidad** que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo...*

**De manera que hoy el tema está completamente definido en ese mismo sentido. Los provisionales en condiciones especiales, deben ceder el cargo para ser ocupado a quien lo ha ganado ´por concurso y lo único que puede hacer la entidad es ver si existe un cargo en la planta vacante para ubicarlo.**

Ahora, volviendo al asunto, en las mencionadas decisiones de tutela, incluyendo la de unificación SU 917 de 2010, respecto a la situación de estabilidad laboral que nos ocupa, la corte dijo:

"En razón de la naturaleza global de la planta de personal de la Fiscalía, tal como la definió el legislador, y el carácter provisional de la vinculación que ostentaban quienes hacen parte de este grupo de accionantes, la Sala considera que el Fiscal General gozaba de discrecionalidad para determinar los cargos que serían provistos por quienes superaron el concurso; por tanto, no se podía afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de estos servidores, al no haberse previsto por parte de la entidad, unos criterios para determinar qué cargos serían lo que expresamente se ocuparían con la lista de elegibles.

La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. **En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.**

**Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación<sup>8</sup>, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación<sup>9</sup>.** En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

En la sentencia C-588 de 2009<sup>10</sup>, se manifestó sobre este punto, así: “... *la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados*”<sup>11</sup>

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí** tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: **i)** las madres y padres cabeza de familia; **ii)** las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, **fueran las últimas en ser desvinculadas**, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, **toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos**. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, **en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando**. (Resaltados fuera del texto original)

**Y, se repite, a la entidad no le fue posible, y no le es posible, ubicar a la demandante por no existir en la planta de Cardique, un cargo vacante para ello.**

**Y sumado a lo anterior, de conformidad con el criterio contemplada en esta y la T 096 del 2018, no se cumple con los presupuestos esgrimidos por la jurisprudencia, pues si bien la señora Yolima Rojas Martínez sufrió un accidente laboral y tiene pérdida de la capacidad laboral de 25,34, la sola condición especial, no la blindaba de manera definitiva, pues como es claro, solo se trata de una estabilidad relativa, en la medida en que solo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurre en este caso.**

<sup>8</sup> La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacios Palacios.

<sup>9</sup> Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos.

<sup>10</sup> M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>11</sup> Véanse, por ejemplo, las Sentencias C-064 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-951 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

**RESPECTO A LA DEFINICION DEL ESTADO DE SALUD DE LA DEMANDANTE. SENTENCIA SU 917 de 2010 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.**

Legalmente el empleador tiene la obligación frente a sus empleados, de afiliarse, pagar y estar “al día” con los aportes y cotizaciones al sistema general de seguridad social (Salud, pensión y Riesgos), so pena de tener que asumir las contingencias que se llegaren a suceder en desarrollo y con ocasión del vínculo laboral. En el caso de la señora Yolima, CARDIQUE cumplió cabalmente con tal obligación legal y, por lo tanto, el sistema a través de la ARL asumió las prestaciones correspondientes, de conformidad con la ley y la jurisprudencia.

Ahora bien, tal como lo señala en la demanda la señora Yolima, sufrió un accidente que fue **DEFINIDO** como laboral, con una pérdida de la capacidad laboral de 25.34. el acto administrativo para este efecto quedó en firme desde el 2015 y por lo tanto no hay nada pendiente por definir al respecto.

Acótese que se trataría en este caso de una discapacidad y no de invalidez.

Frente a la pérdida de la capacidad laboral de un trabajador el sistema general de seguridad social tiene también definido el asunto. En primer lugar, dado que es afiliada integralmente al sistema, el riesgo lo asume o bien la ARL o bien la EPS. En este caso lo asumió la ARL por ser de carácter laboral. En segundo lugar, si la pérdida de la capacidad laboral fuera igual o superior al 50%, le correspondería asumir el RIESGO del otorgamiento de la pensión de invalidez; pero como en nuestro caso la pérdida solo fue del 25.34, lo que asume la ARL es el pago de una indemnización. No lo dice la demandante, pero probablemente desde hace mucho tiempo a la señora Yolima debieron pagarle los valores correspondientes a tal indemnización. De manera que es asunto totalmente definido.

Y, por último, la demandante continúa “amparada” en su salud, de conformidad con lo dispuesto en el decreto 76 de 17 de diciembre del 2017 del 2002 establece que “La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivadas de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora”.

Además de que se encuentra vinculada al sistema general de seguridad social, en calidad de beneficiaria, como ya se ha dicho y se prueba con copia de la consulta que se realizó al RUAF.

4.- Porque al momento de presentar la demanda la acción estaba caducada puesto que el acto demandado fue expedido el 13 de septiembre del 2018, notificado el 18 de septiembre del mismo año, quedando ejecutoriado.

En mayo del 2019 presentó una solicitud de conciliación prejudicial que correspondió en reparto a la procuraduría Judicial 66 con radicado 1198-2019. No se sabe porque razón no se hace alusión aquí a ella, creemos que allí debió ser rechazada por haber operado el fenómeno de la caducidad. Pero de todas maneras reiteraremos que al momento de presentarla ya había caducado la acción, puesto que habían transcurrido más de siete meses después de la ejecutoria del acto. Y esta demanda es presentada el 17 de septiembre del 2019, cuando habían transcurrido de sobra los cuatro meses de que trata el artículo 138 CPACA.

No obstante que la Ley 1437 no contempla la falta del agotamiento del requisito de procedibilidad como causal de rechazo sino de inadmisión, en este caso que si fue presentada

pero extemporáneamente y de ninguna manera habría lugar a la inadmisión, lo que corresponde es el rechazo.

En vez de iniciar dentro del término legal las acciones ante esta jurisdicción, lo que hizo fue presentar acción de tutela, buscando que fuera reintegrada al cargo, la cual se tramitó en primera instancia ante el Juzgado 4 Municipal de pequeñas causas Laborales, con Radicado: 130014105004201800051500, donde se produjeron dos sentencias: La primera que ordeno su afiliación al sistema general de seguridad social y el reintegro, haciendo la claridad que expresamente se dijo que SIEMPRE Y CUANDO EXISTIERA UN CARGA VACANTE PARA ELLO. Por petición de la accionada esta sentencia fue objeto de anulación ordenada por el Juez superior – Quinto Laboral Del Circuito – y la segunda – DEL 6 DE diciembre del 2019 -, en reemplazo de aquella, pero que mantiene la misma orden que la anterior.

De inmediato CARDIQUE procedió a darle cumplimiento afiliando a la accionante al sistema general de seguridad social y a comunicarle que no podía reintegrarla en razón a que no existía un cargo VACANTE en la planta para ello.

La entidad impugnó la tutela y en segunda instancia, el Juez Quinto Laboral Del Circuito de Cartagena la revocó por dos razones fundamentales a saber: Porque NO existe cargo vacante en la planta de Cardique y Porque se comprobó que la accionante no se encontraba en la situación de DEBILIDAD MANIFIESTA alegada, porque entre otras razones continuaba afiliada al sistema de salud como beneficiaria de su esposo ALAIN PUELLO BARRIOS. Y hoy continúa siéndolo, de conformidad con consulta que se hizo al sistema RUAF, copia de la cual se anexa.

Visto lo anterior, es claro que la demandante tuvo pleno conocimiento del contenido de la resolución 1207 del 13 de septiembre del 2018, mediante la cual fue desvinculada, primero porque consta en el cuerpo de tal acto que se le notificó el 18 del mismo mes y año y porque, aunque no hubiera sido así, al presentar la acción de tutela mediante la cual solicito al Juez constitucional dejarla sin efecto, es clara actitud del conocimiento de su contenido.

Es claro también que la demandante estuvo permanentemente asesorada por abogado, pues la acción de tutela la presentó en su nombre el Dr. ERLÉN RICARDO MONTES AYOLA, luego, también presentó solicitud de conciliación prejudicial presentada ante la procuraduría, que en reparto correspondió a la 66, bajo el radicado 1198-2019, agotando el requisito de procedibilidad para demandar la nulidad del acto que hoy demanda y luego, para presentar esta demanda lo hace a través del Dr. EMIRO RAFAEL PRINS GONZALEZ.

**SE PONE DE MANIFIESTO QUE EN ESTA DEMANDA LA DEMADANTE GUARDA TOTAL SILENCIO O NO HACE REFERENCIA ALGUNA NI A LA ACCION DE TUTELA NI A LA SOLICITU DE CONCILIACIÓN PRESENTADA.**

**Se aclara que la acción de tutela interpuesta de manera alguna pudo haber suspendido el termino de caducidad.**

**5.- Ahora bien, Jurisprudencialmente<sup>12</sup>, como se ha venido señalando, tratándose de actos administrativos que ponen fin a relación laboral de persona que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, se garantiza el derecho al debido proceso y el derecho de defensa MOTIVANDOLO, pues justamente, con tal motivación el afectado puede ejercer su derecho de contradicción. Y como es claro ya, el acto de despido de la demandante, demandado, se expidió motivado.**

<sup>12</sup> Sentencia de unificación de jurisprudencia de la corte constitucional **SU-917 de 2010**

Por otro lado, tal acto fue expedido por el señor director de CARDIQUE que es un organismo de creación constitucional, autónomo y, por lo tanto, como tal no es apelable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la ley 1437 de 2011 que dispone:

**Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos: 1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque. 2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.**

**No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores**

Y dado que el recurso de reposición no es obligatorio, como lo dispone el artículo 76 de la Ley 1437 mencionada, el acto de despido, hoy demandado, quedó ejecutoriado de inmediato conforme lo dispone el artículo 87 de esta misma Ley y por lo tanto para acudir a demandarlo ante la jurisdicción administrativa, por una parte debió agotar el requisito de procedibilidad acudiendo ante la procuraduría solicitando audiencia de conciliación prejudicial y hacerlo dentro de los cuatro meses posteriores a su ejecutoria. No lo hizo así y por lo tanto tal oportunidad caducó, la acción caducó y así deberá declararse.

**Además, para el caso concreto, el agotamiento del requisito de procedibilidad dentro del tiempo era ineludiblemente necesario para acudir en demanda ante esta jurisdicción y dado que no lo hizo o lo hizo “extemporáneamente”, también desde esta arista esta demanda ha de ser rechazada.**

**En conclusión, por cualquiera de las circunstancias antes descritas, de oficio desde ya o durante la audiencia inicial al hacer el control de legalidad o al resolver las excepciones que se plantearan, la demanda deberá ser rechazada.**

6.- Porque Cardique al expedir el Acto administrativo demandado, lo hizo en cumplimiento de la constitución y la ley. Este se originó en que la hoy demandante ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad y al ser sometido el mismo a concurso fue reclamado por quien ocupó el primer lugar en el mismo. **Además el cargo de la demandante tuvo que ser ofertado por disposición, directriz, de la Comisión Nacional Del Servicio Civil que dijo: EL PROCESO DE SELECCIÓN PARA PROVEER LAS VACANTES DEFINITIVAS DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LAS CARS NO DEBE EXCLUIR DE LA OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA - OPEC, NINGUNA DE LAS VACANTES DEFINITIVAS, AUN CUANDO ESTÁN SIENDO OCUPADAS POR PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE, POR MUJERES EN ESTADO DE EMBARAZO, CABEZA DE FAMILIA O POR PERSONAS CON DICTAMEN DE DISCAPACIDAD LABORAL.**

De manera que no fue capricho de la entidad sino una orden que tuvo que cumplir.

6.- Cardique hizo las consultas pertinentes relacionadas con el caso de prepensionados y otras modalidades de estabilidad reforzada, como la alegada por la demandante, recibiendo el oficio de radicado 20176000205931 de parte de FUNCION PUBLICA, mediante el cual en primer término instruye a la entidad en que todos los cargos deben

ser ofertados, incluyendo aquellos que estén siendo ocupados con personas con especial protección y que en estos casos “DEBE CEDER LA PLAZA A QUIEN OCUPE EL PRIMER LUGAR EN EL CONCURSO DE MERITOS QUE SE ADELANTO PARA PROVEER EL EMPLEO QUE OCUPA EN PROVISIONALIDAD, YA QUE, COMO LO SEÑALA LA CORTE CONSTITUCIONAL, SU CONDICION LO EXIME DE DEMOSTRAR SU CAPACIDAD Y MERITO EN IGUALDAD DE CONDICIONES, POR TANTO LA ENTIDAD PODRA DESVINCULARLO MEDIANTE ACTO ADMINISTRATIVO, EL CUAL SE MOTIVARA EN QUE EL CARGO VA A SER OCUPADO POR QUIEN HA PARTICIPADO Y SUPERADO UN CONCURSO DE MERITOS, HACIENDOSE MERECEDOR AL CARGO”

En tal oficio la comisión asesora de la entidad, poniéndole de presente la interpretación que ha realizado con relación a la aplicación de la Ley 909 de 2004, del decreto 1083 de 2015, de la ley 790 del 2002, del Decreto 190 de 2003, sus conceptos y la Jurisprudencia de la Corte constitucional para casos similares, le dijo a la entidad:

***“En atención a la comunicación de la referencia, me permito manifestarle lo siguientes:***

***La Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, el cual establece en el artículo 2.2.5.3.4 que antes de cumplirse el termino de duración del encargo o de la prórroga del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados. esta dirección ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La citada normatividad está ajustada a la jurisprudencia de la corte constitucional, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.***

***En cuanto a la estabilidad, las normas no consagran un derecho a estabilidad de los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto motivado.”***

Para afianzar tal afirmación cita y transcribe apartes de la sentencia T-007 de 2008 de la Corte Constitucional. Y termina diciendo:

***“De conformidad con lo anterior, la administración deberá motivar el acto de desvinculación del provisional por causales disciplinarias, baja evaluación del desempeño, por razones referentes al buen servicio o por designación de quien ganó la plaza mediante concurso.”***

La entidad cumplió con tal requisito al expedir el acto administrativo mediante el cual dio por terminada la relación laboral con el accionante, esto es lo hizo motivándolo y fundamentalmente lo hizo dándole a conocer con precisión que la decisión obedece a que el cargo por él ocupado fue ofertado, se surtió un concurso de méritos y la persona que ocupó el primer lugar en el mismo se hizo presente y la entidad lo nombró mediante resolución, por lo cual debe cederlo. Sin embargo, como ya se indicó el accionante no hizo uso de su derecho

de contradicción dentro del término legal el cual quedó garantizado al notificársele en debida forma, acto que se materializó el 18 de septiembre del 2018, interponiendo los recursos de ley.

Continuó diciendo la Comisión en este oficio:

***“Respecto al retiro de los empleados provisionales en estado de indefensión, la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008 sostuvo:***

***(...) respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación que suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.***

***Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio del cargo para el que se concursa<sup>13</sup>, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso<sup>14</sup>, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas - en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.***

***En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante aspecto respecto del cual no***

---

***pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad (subrayado fuera de texto)”.***

Y sigue diciendo en el oficio:

***“Así mismo, la Corte constitucional en sentencia SU – 917 de 2010 consideró:***

***....***

***“En síntesis, la corte concluye 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 continuo con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuales fueron las razones que motivaron esa decisión. (...)***

***En este orden de ideas, solo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado 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.”***

Y finalmente orienta a la entidad así:

***“Así mismo, es de anotar que en materia de protección laboral reforzada la ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003 ha previsto el denominado reten social, figura que se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional. Dicho reten social no se aplica al caso planteado, ya que el cargo en el cual se encuentra vinculado el empleado provisional será provisto por quien ganó el proceso de selección.***

***En este orden de ideas, y atendiendo puntualmente su consulta esta dirección Jurídica considera que el empleado provisional que padece una enfermedad, que está incapacitado, o que tiene la calidad de prepensionado, debe ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de mérito que se adelantó para proveer el empleo que ocupaba en provisionalidad ya que como lo señala la Corporación, su condición no los exime de demostrar su capacidad y merito en igualdad de condiciones.***

***Por lo tanto, la entidad podrá desvincularlo mediante acto administrativo, el cual se motivará en que el cargo va a ser ocupado por quien ha participado y superado un concurso de méritos, haciéndose merecedor del cargo...”***

Esta es exactamente la situación del caso que se trae ante su señoría. La demandante, no obstante que alegue su condición, debió ceder la plaza a quien se presentó para que la entidad lo nombrara por haber ganado el derecho a través del concurso de méritos y

**de conformidad con la ley, la jurisprudencia y la orientación de FUNCION PUBLICA, procedió a nombrar en el cargo a DIANDRA CAROLINA GAVIRIA GOMEZ, debiendo ser cedido por la hoy demandante.**

**Para ello CARDIQUE expidió el acto que hoy se demanda, cumpliendo con la ley y la jurisprudencia, motivándolo.**

Para mejor comprensión del proceso que llevo a la expedición del acto administrativo se describe el actuar de la entidad:

El Acuerdo 001 de 2004, en su artículo 6°, Funciones de la CNSC relacionadas con la administración de la carrera administrativa, literal c, dispone: Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la ley y el reglamento \*

La Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, mediante Acuerdo N° 20161000001556 del 13 de diciembre 2016 y modificado por los Acuerdos N° 20171000000066 del 20 de abril de 2017 y N° 20171000000076 del 10 de mayo de 2017, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de las plantas de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de las Corporaciones Autónomas Regionales - CAR y de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA Convocatoria N° 435 DE 2016- CAR- ANLA.

Agotadas las etapas del citado proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC expidió la Resolución N° 20182210101745 del 15 de agosto de 2018, "por la cual conforma lista de elegibles para proveer dos (2) vacante del empleo identificado con el Código OPEC N° 40508, denominado AUXILIAR TECNICO, código 3054 grado 7, del Sistema General de Carrera Administrativa de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE CARDIQUE, Convocatoria N° 435 DE 2016 CAR- ANLA. "

Esta resolución quedó en firme el 4 de septiembre de 2018, de acuerdo con comunicación radicada bajo el N° 20182210495571 del 4 de septiembre de 2018, por la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC.

A partir de la firmeza de la lista de elegibles, le correspondió a CARDIQUE, en un término no superior a diez (10) días hábiles efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.6.21.del Decreto 1083 de 2015.

A través de la Resolución N° 1207 del 13 de septiembre de 2018, se nombró en periodo de prueba a **DIANDRA CAROLINA GAVIRIA GOMEZ**, en el cargo de carrera administrativa de la planta de CARDIQUE - Auxiliar Administrativo código 4044 grado 11 quien ostentaba el primer lugar en la lista de elegibles del cargo en comento y en este mismo acto administrativo se dio por terminado el nombramiento provisional de la demandante.

Ahora bien, para vincular al elegible en periodo de prueba y finalizar la provisionalidad de la demandante, la entidad tuvo en cuenta que:

La Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, mediante Acuerdo N° 20161000001556 del 13 de diciembre 2016 y modificado por los Acuerdos N° 20171000000066 del 20 de abril de 2017 y N° 20171000000076 del 10 de mayo de 2017, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de las plantas de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de las Corporaciones Autónomas Regionales - CAR y de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA Convocatoria N° 435 DE 2016- CAR- ANLA.

**Se repite, La Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, señaló:** QUE EL PROCESO DE SELECCIÓN PARA PROVEER LAS VACANTES DEFINITIVAS DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LAS CARS NO DEBE EXCLUIR DE LA OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA - OPEC, NINGUNA DE LAS VACANTES DEFINITIVAS, AUN CUANDO ESTÁN SIENDO OCUPADAS POR PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE, POR MUJERES EN ESTADO DE EMBARAZO, CABEZA DE FAMILIA O POR PERSONAS CON DICTAMEN DE DISCAPACIDAD LABORAL. Para efecto probatorio se anexa respuesta a consulta realizada el día 1 de agosto de 2017, a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC de situaciones y/o casos puntuales presentados en la planta de personal, radicado N° 20172210364231 de fecha 22 -08- 2017; así como, soporte de envío de OPEC de fecha 28 de febrero de 2017

**Se aclara además que la señora demandante al momento de ser desvinculada, de inmediato su esposo, en su condición de afiliado al régimen contributivo la incluyo como beneficiaria y por lo tanto estaba cubierta la atención en su salud. Y hoy en día, de conformidad con la información en el FOSIGA, está vigente tal vínculo. Se adjunta**

Y finalmente, es imposible reintegrarla en razón a que no existe cargo vacante en provisionalidad.

7.- En todo caso no deben prosperar las pretensiones dado que el presente no es un caso de RETEN SOCIAL consagrado en la Ley 790 del 2008 pues el acto administrativo demandado fue expedido no en el contexto de una reestructuración, reforma o modificación de la planta de personal de la entidad, sino para proveer un cargo de carrera que estaba siendo ocupado por el demandante en provisionalidad para posesional a quien obtuvo el primer puesto en concurso de méritos. Esto conforme con lo dispuesto en la ley mencionada, Ley 812 de 2.003, el Decreto 190 de 2.003, la sentencia C-991 de 2004, sentencia SU-338 de 2005, sentencia T-768 de 2005, sentencia T-993/07, sentencia SU 917 de 2010, los conceptos tanto del DAFP. Uno de ellos por citar solo este dice<sup>15</sup> **“De lo expuesto se colige, que la protección especial para los empleados que tengan condición especial como la limitación física, mental, visual o auditiva, establecida en los términos de la normativa y jurisprudencia citados, dentro del llamado reten Social cuando se trate de reestructuración , reforma o modificación de la planta de personal, no aplica en el caso de una vinculación provisional, cuando como consecuencia del correspondiente proceso de selección realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, procede la provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa con los integrantes de la lista de elegibles resultado del respectivo concurso de mérito”**

La Protección de Estabilidad Reforzada, en una figura consagrada por la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003, conocida comúnmente como el “Reten Social”, la cual únicamente aplica en los casos de procesos de reestructuración o liquidación de entidades públicas tanto del orden nacional como territorial, entonces, como en el presente caso, la Corporación CARDIQUE no está en un proceso de reestructuración, reforma administrativa, o en liquidación, esta es dando cumplimiento al concurso de carrera administrativa realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Convocatoria 435 de 2016. Por lo anterior, no es procedente para este caso, ya que la situación que el accionante argumenta no es aplicable en materia de concursos públicos, como este. Argumento que ha sido reiterado por el Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP-, en diferentes pronunciamientos, así:

<sup>15</sup> Concepto Función Publica radicado 20186000059511 del 21 de febrero del 2018.

“Así mismo es de anotar que en materia de protección laboral reforzada, la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003 ha previsto el denominado “reten social”, figura que circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional. Dicho reten social no se aplica al caso planteado, ya que el cargo en el cual se encuentra vinculado el empleado provisional será provisto por quien gano el proceso de selección”. (Concepto, Radicado 20176000205931 del 5 de septiembre de 2017)

“ De lo expuesto se colige, que la protección especial de los pensionados establecida en los términos de la normativa y jurisprudencia citadas, dentro del llamado reten social cuando se trata de reestructuración, reforma o modificación de planta de personal, no aplica en el caso de una vinculación provisional, cuando como consecuencia del correspondiente proceso de selección realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, procede la provisión definitiva de los empleados de carrera administrativa con los integrantes de la lista de elegibles resultado del respectivo concurso de mérito”. (Concepto, Radicado 20186000059511 del 21 de febrero de 2018).

Igualmente, es necesario resaltar, el hecho de que una persona se encuentre en estado de discapacidad, ser prepensionado o ser madre o padre cabeza de familia, situaciones definidas claramente por el Decreto 190 de 2003, la Ley no lo exime de concursar en los procesos de meritocracia, ni le otorga privilegios frente a las personas que ganan dichos concursos.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, señaló:

*“... respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.*

***Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito*** y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas -en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

***En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante aspecto respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad***”. (Negrita y subrayado fuera de texto)

Igualmente, el DAFP se ha manifestado indicando:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación<sup>1</sup>, gozan de una estabilidad relativa, en la

medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos. (Concepto 162561 de 2018)

“Con fundamento en lo expuesto, para el caso objeto de consulta, y dado que la norma sólo protegió a los empleados provisionales con calidad de prepensionados en los términos antes descritos, no resulta procedente que la entidad omita reportarlo a la Oferta Pública de Empleos dentro de un concurso de méritos. Así mismo, esta Dirección Jurídica considera que en el evento, que el empleado provisional al que le faltan menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión (edad y/o tiempo de servicios), no se presente o no supere el concurso de méritos referido, deberá ceder la plaza ante quien ocupe el primer lugar en la lista de elegibles; por cuanto, como lo señaló el Consejo de Estado la situación especial de indefensión no lo exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones”. (Concepto 64511 de 2017).

Y lo mismo ha dicho la Comisión Nacional del Servicio Civil:

“Amén de lo anterior, deviene necesario recordar que uno de los principios que regentan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, corresponde al de libre concurrencia e igualdad en el ingreso, derrotero que fue definido en el literal b) del artículo 28 de la Ley 909 de 2004 como: “(...) Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole. (...)”, premisa que regula los procesos de selección adelantados por la CNSC y que permite participar a todos los ciudadanos colombianos, incluidos aquellos que presenten alguna discapacidad, siendo esto concordante no sólo con las normas de arraigo constitucional precitadas y lo señalado en el Decreto No. 2011 de 2017.

En este punto, la CNSC para el desarrollo de sus procesos de selección, ha dispuesto acciones afirmativas tendientes a garantizar la participación en igualdad de condiciones de los ciudadanos colombianos en condición de discapacidad, tales como: herramientas en la etapa de inscripciones para informar sobre la condición de discapacidad, medidas durante la aplicación de pruebas y criterios de desempate entre elegibles para la provisión de las vacantes”. (Radicado No.: 20182010305691 Fecha: 24-05-2018)

Y, se repite, el tener alguna de estas condiciones no lo eximía de participar en el concurso de carrera administrativa y tampoco le otorga preferencia alguna frente a las personas que, mediante dicho concurso, ganó el empleo y que hace parte de una lista de elegibles. **No obstante que es claro que, aunque el accionante alegue la calidad de discapacidad, y si lo fuera, debe ceder la plaza a quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos que se adelantó para proveer el empleo que ocupaba en provisionalidad ya que como lo señala la Corte Constitucional, su condición no lo eximía de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones, presentándose al concurso y no lo hizo.**

Aun si la entidad estuviera obligada a nombrar al demandante, no podía hacerlo en razón a que no existe cargo alguno en provisionalidad donde pudiera hacerlo. Se adjunta certificado.

#### 8.- AUSENCIA DE PERJUICIO IRREMEDIABLE DE LA DEMANDANTE - CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD.

Así como fue denegada la acción de tutela que interpuso la demandante, en razón a que el hecho de la desvinculación no provocó perjuicio irremediable, también las pretensiones incoadas en la demanda deben despacharse desfavorablemente, puesto que por una parte la pérdida de la capacidad laboral de la demandante produjo lo que se denomina discapacidad y no minusvalía; porque su condición de salud generada por aquella esta “cubierta” por el sistema general de seguridad social, a través de la ARL y también porque una vez desvinculada de Cardique fue **afiliada en salud a la EPS COOMEVA, en calidad de beneficiaria conyugue del usuario Alain Puello Barrios, tal como se evidencia del informe rendido por tal entidad y que se encuentra dentro del expediente de Tutela.**

En efecto, la ley prevé, y la Jurisprudencia, particularmente la de la Corte Constitucional, tiene definido que la EPS a la cual se encuentre afiliado el paciente, deberá continuar prestando el servicio de salud. Desde hace muchos años esta alta corte ha venido manteniendo e incluso enriqueciendo tal postura, bajo el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud; como ilustración hacemos transcripción de apartes de la **sentencia T-124/16**, expediente T-5.241.996, Acción de tutela instaurada por Guillermo Antonio Giraldo Álvarez contra alud Total EPS. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, ocho (8) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

#### **“4. El principio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Reiteración de jurisprudencia.<sup>16</sup>**

4.1. El principio de continuidad, según el numeral 3.21 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993<sup>17</sup>, consiste en que “[t]oda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad”. Dicho principio, hace parte de las responsabilidades a cargo del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud quienes deben facilitar su acceso con los servicios de promoción, protección y recuperación, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad señalados en el artículo 49 de la Constitución Política de 1991<sup>18</sup>.

4.2. Al respecto, la Corte ha venido reiterando<sup>19</sup> los criterios que deben tener en cuenta las Entidades Promotoras de Salud – EPS, para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de salud sobre tratamientos médicos ya iniciados, de la siguiente manera: “(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”.

4.3. Igualmente, la Corte ha sostenido que el principio de continuidad en la prestación de servicios de salud responde, no solo a la necesidad de los usuarios de recibir tales servicios, sino también a los postulados del principio de buena fe y de confianza legítima contemplados en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991 que dispone: “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades

<sup>16</sup> En el presente apartado se sigue la exposición realizada en la sentencia T-468 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>17</sup> El cual define los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS.

<sup>18</sup> El artículo 49 de la Constitución Política de 1991 señala: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)”.

<sup>19</sup> Ver sentencia T-1198 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), cuya posición ha sido reiterada en las sentencias T-164 de 2009 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-479 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla) y T-505 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), entre otras.

*públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*". Esos fundamentos garantizan a los usuarios de los servicios de salud que su tratamiento no va ser suspendido luego de haberse iniciado<sup>20</sup> bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue, sin que deba importar la causa de su terminación. En ese orden, el tratamiento médico debe ser terminado hasta la recuperación o estabilización del paciente, esto es, sin interrupciones que pongan en peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal o a la dignidad<sup>21</sup>.

4.4. Conforme a lo antedicho, la Corte ha identificado una serie de eventos en los que las EPS no pueden justificarse para abstenerse de continuar con la prestación de los tratamientos médicos iniciados, estos son: *"i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando"*<sup>22</sup>.

4.5. Adicionalmente, la prestación del servicio de salud debe darse de forma continua. La jurisprudencia constitucional ha señalado que los usuarios del sistema de seguridad social en salud deben recibir la atención de manera completa, según lo prescrito por el médico tratante, en consideración al principio de integralidad. Es decir, deben recibir *"todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"*<sup>23</sup>.

4.6. Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado y los particulares comprometidos con la prestación de servicios de salud deben facilitar su acceso conforme a principios como el de continuidad e integralidad. A la luz de los postulados jurisprudenciales de la Corte, la prestación del servicio de salud implica que se debe dar de manera eficaz, regular, continua y de calidad. Por tanto, las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos. Lo anterior obedece al principio de la buena fe y a la obligación de garantía del Estado consistente en evitar situaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales de la vida, la salud, integridad personal o la dignidad de los usuarios de los servicios médicos."

Una sentencia que trató el tema de la continuidad de la prestación de servicios de salud y de las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo fue la T-065/10, Expediente T-2408580, *Acción de tutela de Vera Judith Ceballos Jiménez contra Saludcoop EPS, con vinculación oficiosa de Colmena ARP y Serviaseo Cartagena S.A.* Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010).

#### **"El derecho a la continuidad en la prestación de los servicios médicos.**

2. La Constitución Política en su artículo 48 garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, el cual se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de *eficiencia, universalidad y solidaridad*, en los términos que establezca la ley. De igual forma, el artículo 49 superior *"garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"*.

De conformidad con el artículo 2° de la ley 100 de 1993, el principio de eficiencia se define como *"la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente"*.

En relación con el contenido del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha establecido que éste consiste en *"la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser"*.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Ver Sentencia T-140 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), en la que se ratifica lo considerado en la sentencia T-573 de 2005 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), en lo concerniente a que la buena fe constituye el fundamento de la confianza legítima, lo que conlleva a la garantía de que a las personas no se le suspenda un tratamiento de salud una vez se haya iniciado.

<sup>21</sup> Ver Sentencia T-214 de 2013 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>22</sup> Ver Sentencia T-170 de 2002 (Manuel José Cepeda Espinosa), cuya posición ha sido reiterada en las sentencias C-800 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda), T-140 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), T-281 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-479 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla) y T-531 de 2012 (MP. Adriana María Guillén Arango), entre otras.

<sup>23</sup> Ver sentencia T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Se trata de un concepto amplio de salud que se impone a partir de la idea "finalista" expuesta en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de buscar el *disfrute del nivel más alto posible de salud*.

2.1. Desde sus primeros pronunciamientos, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que uno de los principios que gobierna la prestación de los servicios públicos, como el de salud, es el *principio de continuidad*, el cual se encuentra inmerso dentro del principio de eficiencia. En efecto, en sentencia T-406 de 1993, la Corte señaló que *“El servicio público responde por definición a una necesidad de interés general; ahora bien, la satisfacción del interés general no podría ser discontinua; toda interrupción puede ocasionar problemas graves para la vida colectiva. La prestación del servicio público no puede tolerar interrupciones”*. De igual manera, en posterior desarrollo jurisprudencial, sentencia SU-562 de 1999, el Tribunal Constitucional sostuvo: *“Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción”*.

2.1.1. El alcance del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud ha sido progresivamente concretado por la jurisprudencia de esta Corporación. El criterio de *necesidad* ha fungido como pauta para lograr dicho cometido. En sentencia T-829 de 1999 el Tribunal Constitucional lo definió en los siguientes términos: *“Por necesarios, en el ámbito de la salud, deben tenerse aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación de su derecho a la vida, a la dignidad o a la integridad física. En este sentido, no sólo aquellos casos en donde la suspensión del servicio ocasione la muerte o la disminución de la salud o la afectación de la integridad física debe considerarse que se está frente a una prestación asistencial de carácter necesario. La jurisprudencia ha fijado casos en los que desmejorar inmediata y gravemente las condiciones de una vida digna ha dado lugar a que se ordene continuar con el servicio”*.<sup>25</sup>

2.1.2. En virtud del principio de continuidad y el criterio de necesidad, la Corte, en sentencia C-800 de 2003, sostuvo que no puede suspenderse un tratamiento o un medicamento *necesario* para salvaguardar la vida y la integridad de un paciente, invocando, entre otras, las siguientes razones:

*“(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos;<sup>26</sup> (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo;<sup>27</sup> (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario<sup>28</sup>; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado;<sup>29</sup> (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad;<sup>30</sup> o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.”*<sup>31</sup>

2.2. Esta Corporación, en sentencia T-138 de 2003 señaló que para que sea procedente ordenar la continuación de un tratamiento médico o el suministro de algún medicamento, se deben cumplir por lo menos los siguientes requisitos: *“1. Debe ser un médico tratante de la EPS quien haya determinado el tratamiento u ordenado los medicamentos; 2. El tratamiento ya se debió haber iniciado, o los medicamentos suministrados (...). Esto significa que debe haber un tratamiento médico en curso. 3. El mismo médico tratante debe indicar que el tratamiento debe continuar o los medicamentos deben seguir siendo suministrados”*.

2.3. En atención a los preceptos jurisprudenciales mencionados, la Corte Constitucional ha estimado que las entidades prestadoras de salud que se encuentren suministrando un determinado tratamiento médico a un paciente, deben garantizar su culminación<sup>32</sup>, incluso con cargo a sus propios recursos en lo cubierto por el POS<sup>33</sup>. Estas entidades sólo podrán sustraerse de la aludida obligación, una vez el servicio médico requerido haya sido asumido y prestado de manera efectiva por una nueva entidad o cuando la persona se encuentre recuperada de la enfermedad que la aquejaba<sup>34</sup>.

Al respecto, la Corte, en sentencia T-064 de 2006 indicó:

*“Corolario de lo anterior es que, como existe para el Estado la obligación constitucional de prestar el servicio de salud a toda la población, bien sea de manera directa o a través de las entidades pertenecientes al sistema, tratándose de pacientes que estaban afiliados a una EPS por la relación laboral y venían recibiendo de ésta un servicio de salud específico del cual depende su vida o su integridad, pero que han sido desvinculados laboralmente, estas entidades deberán continuar la prestación del servicio de salud”*

<sup>25</sup> Entre muchas otras, esta definición ha sido reiterada en sentencias C-800 de 2003, T-1198 de 2003, T-777 de 2004, T-278 de 2008, T-363 de 2008, T-741 de 2008 y T-263 de 2009.

<sup>26</sup> [Se prescinde de este pie de página]

<sup>27</sup> En la sentencia T-281 de 1996 (M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez) se ordenó al I.S.S. practicar una operación a una persona, a pesar de que ya no estaba afiliado, pues mientras se terminaban los trámites administrativos para llevar a cabo la intervención quirúrgica, había sido desvinculado unilateralmente de su trabajo.

<sup>28</sup> En la sentencia T-396 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se ordenó al I.S.S. culminar un tratamiento quirúrgico en el sistema óseo, a pesar de que la persona había alcanzado su mayoría de edad y en consecuencia había perdido el derecho a la pensión de sobreviviente por la muerte de su padre, razón por la que era atendida por el I.S.S.

<sup>29</sup> En la sentencia T-730/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se ordenó a una EPS continuar prestándole el servicio médico que se le venía dando a una mujer embarazada, a quien se le había suspendido el servicio en razón a que una norma reglamentaria (D.824 de 1988) disponía que, por su condición laboral y su relación familiar con su patrón, ella no podía haber sido afiliada por él.

<sup>30</sup> En la sentencia T-1029/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se decidió que en virtud del principio de continuidad que rige el servicio de salud, una EPS está obligada a atender a un afiliado nuevo desde el primer día del traslado, incluso cuando el empleador no ha cancelado aún los aportes a la nueva entidad.

<sup>31</sup> En la sentencia T-636/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se decidió que era necesario suministrar bolsas de colostomía a una persona (bolsas externas al cuerpo para recoger materias fecales), en el interregno entre dos operaciones, por considerar que hacían parte del tratamiento y en esa medida, no darlas implicaba suspender la continuidad del mismo.

<sup>32</sup> Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-263 de 2009, T-785 de 2006, T-672 de 2006, T-185 de 2006, T-721 de 2005, T-305 de 2005, T-875 de 2004, T-1079 de 2003, T-993 de 2002.

<sup>33</sup> Ver, entre otras, sentencias T-263 de 2009, T-760 de 2008 y T-127 de 2007.

<sup>34</sup> En efecto, en sentencia C-300 de 2003, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 43 de la ley 789 de 2002, pero *“en el entendido de que, en ningún caso se podrá interrumpir el servicio de salud específico que se venía prestando, cuando de él depende la vida o la integridad de la persona, hasta tanto la amenaza cese u otra entidad asuma el servicio (...)”*. Entre otras, se pueden consultar también las sentencias T-263 de 2009, T-059 de 2007 y T-127 de 2007.

*necesario, en forma oportuna e integral, dirigido a alcanzar la mejoría o alivio de sus padecimientos, hasta tanto la entidad obligada a continuar con la atención, efectivamente asuma su obligación; esto operará, continúen o no los pacientes afiliados al sistema, porque será extensivo a las personas que por defecto se tengan como vinculadas al mismo; y será responsabilidad de esas entidades, que en forma diligente y oportuna informen, instruyan y acompañen al paciente, de ser necesario, en los trámites que deba efectuar para el cambio de entidad.”*

No obstante, lo anterior, el Tribunal Constitucional en sentencia C-800 de 2003, estableció que *“en los casos en que las EPS deban seguir atendiendo a una persona, a pesar de que ésta ya no cotiza para el régimen contributivo, se generarán unos costos que no encuentran respaldo financiero en el régimen contributivo. La jurisprudencia de esta Corte ya ha reiterado que es el Estado, por intermedio del Fondo de solidaridad y garantía (Fosyga) del Ministerio de Protección Social, quien debe responder oportunamente a las peticiones mediante las cuales una EPS repita para asegurar la sostenibilidad del sistema.”*<sup>35</sup>

2.4. En suma, las entidades responsables de prestar el servicio público de salud, no pueden suspender válidamente la prestación de tratamientos médicos ya iniciados, salvo cuando (i) el servicio médico requerido haya sido asumido y prestado de manera efectiva por otra entidad o; (ii) el paciente afectado en su salud, haya superado el estado de enfermedad que se le venía tratando. Igualmente, entre las justificaciones *no válidas* para suspender la prestación de un tratamiento médico ya iniciado, está la desvinculación laboral del paciente y su consecuente suspensión en el pago de los aportes al sistema de salud. En estos casos, reunidas los requisitos jurisprudenciales reseñados con anterioridad, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS respectiva, la reanudación del tratamiento médico suspendido.

**La controversia surgida entre una EPS y una ARP sobre el origen común o profesional de una enfermedad, no constituye una razón válida para negar la prestación del servicio de salud a un trabajador o ex trabajador que lo necesite.**

3. Con el objeto de materializar los mandatos consagrados en los artículos 48 y 53 del texto constitucional, el legislador a través de la ley 100 de 1993 creó el sistema integral de seguridad social del cual hace parte el sistema general de riesgos profesionales. De acuerdo con artículo 139 de la ley 100 de 1993 y el artículo 1° del decreto 1295 de 1994, el sistema general de riesgos profesionales es el *“conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que pueden ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan”*.

3.1. En los términos del artículo 80 del decreto 1295 de 1994, las administradoras de riesgos profesionales se encargan de la afiliación de los trabajadores dependientes por parte de sus empleadores, el manejo de sus aportes y el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas<sup>36</sup> a que haya lugar con ocasión de un accidente de trabajo, enfermedad profesional o muerte, según el caso.

3.2. Todo trabajador afiliado al sistema general de riesgos profesionales que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad de origen profesional tiene derecho a que dicho sistema le preste los servicios asistenciales señalados en el artículo 5° del decreto 1295 de 1994: (a) asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica; (b) servicios de hospitalización; (c) servicio odontológico; (d) suministro de medicamentos; (e) servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento; (f) prótesis y órtesis, su reparación, y su reposición sólo en casos de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomiende; (g) rehabilitaciones físicas y profesionales y; (h) gastos de traslado, en condiciones normales, que sean necesarios para la presentación de estos servicios.

3.3. En particular, sobre las prestaciones en salud otorgadas para cubrir tratamientos médicos padecidos como consecuencia de enfermedad profesional o accidente de trabajo y el pago de los gastos que los mismos generen, el artículo 6 del decreto 1295 de 1994 prescribe:

*“Para la prestación de los servicios de salud a los afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales, las entidades administradoras de riesgos profesionales deberán suscribir los convenios correspondientes con las Entidades Promotoras de Salud.*

*El origen determina a cargo de cual sistema general se imputarán los gastos que demande el tratamiento respectivo. El Gobierno Nacional reglamentará los procedimientos y términos dentro de los cuales se harán los reembolsos entre las administradoras de riesgos profesionales, las Entidades Promotoras de Salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud.*

*Las entidades administradoras de riesgos profesionales reembolsarán a las Entidades Promotoras de salud, las prestaciones asistenciales que hayan otorgado a los afiliados al sistema general de riesgos profesionales, a las mismas tarifas convenidas entre la entidad promotora de salud y la institución prestadora de servicios de salud, en forma general, con independencia a la naturaleza del riesgo. (...)*  
(Subrayado añadido)

<sup>35</sup> En la sentencia SU-819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la Corte Constitucional recoge y unifica su jurisprudencia al respecto.

<sup>36</sup> Las prestaciones económicas consisten en el derecho al reconocimiento y pago de: *“a) Subsidio por incapacidad temporal; b) Indemnización por incapacidad permanente parcial; c) Pensión de Invalidez; d) Pensión de sobrevivientes; y, e) Auxilio funerario”* (Artículo 7 decreto 1295 de 1994). Ver los artículos 4, 34 del decreto 1295 de 1994, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-452 de 2002, y el artículo 1° de la ley 776 de 2002 *“Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales”*.

3.3.1. En armonía con lo anterior, la Corte, interpretando las disposiciones sobre la materia, ha determinado que “...conforme al decreto 1295 de 1994, cap. I art. 5º. relativo a las llamadas prestaciones asistenciales, el legislador dispuso que los servicios de salud que demande el afiliado al sistema de seguridad social, derivados de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, deberán ser prestados a través de la Entidad Promotora de Salud EPS, en la cual se encuentre inscrito el afiliado. (...) para que una vez culminados los tratamientos pertinentes, dichos servicios sean cobrados a la cuenta de la ARP correspondiente...”<sup>37</sup>.

3.3.2. Tratándose de prestaciones en salud derivadas de enfermedad profesional o accidente de trabajo, el artículo 12 del decreto 1295 de 1994 señala que, para proceder al reconocimiento y pago de estas prestaciones, debe calificarse previamente el origen de la enfermedad o accidente, a efecto de determinar si la contingencia está cubierta o no por el sistema de riesgos profesionales. No obstante, el hecho de que la calificación de la contingencia resulte necesaria para determinar la entidad obligada al cubrimiento final de las prestaciones a que haya lugar, ello “no significa que la indeterminación en este aspecto o la existencia de controversias respecto del mismo entre las E.P.S. y las A.R.S involucradas puedan constituir un impedimento para que el afectado reciba la atención médica requerida, ya que, como lo ha reiterado la Corte, este tipo de conflictos administrativos no pueden afectar los derechos a la salud, a la vida y a la integridad física del trabajador”<sup>38</sup>.

3.4. Del recuento normativo y jurisprudencial referido, es claro que sin importar cuál sea la entidad obligada a asumir finalmente el pago de los servicios prestados, las empresas prestadoras de servicios de salud deben brindar la atención médica que el paciente requiera, independientemente de la existencia de controversias sobre la determinación de la entidad responsable de sufragar los gastos que la atención genere, toda vez que precisado el origen de la enfermedad o del accidente, el ordenamiento jurídico dispone de mecanismos que permiten el reembolso de los gastos que la atención en salud causó.

3.5. La conclusión anterior ha sido refrendada por esta Corporación en diversas ocasiones<sup>39</sup>. Así, en sentencia T-185 de 2006, la Corte Constitucional estudió el caso de una persona a quien la EPS a la que se encontraba afiliada le negó la prestación de algunos servicios de salud argumentado para ello que las dolencias sufridas por el paciente tenían origen en un accidente de trabajo, y, por tanto, debían ser cubiertas por la ARP responsable de los riesgos profesionales del actor. En aquella oportunidad la Corte estimó que la controversia existente entre la ARP y la EPS respecto de si los hechos ocurridos configuraban o no un accidente de trabajo, no le eran oponibles al accionante para negar las prestaciones médicas que este reclamaba. Sobre el particular la Corte Constitucional indicó:

“[L]a Corte Constitucional ha sostenido que controversias de tipo legal, referentes a cuál, entre varias entidades llamadas a prestar un servicio médico, es la encargada de suministrarlo, no se pueden convertir en un obstáculo para que el paciente acceda oportunamente a las atenciones médicas que, por su estado de salud requiera.

Tales controversias deberán ser resueltas con posterioridad a la prestación del servicio médico, ante los jueces competentes. De ninguna manera se puede condicionar el suministro del servicio médico a la resolución previa de conflictos de carácter económico o administrativo, porque al actuar de tal manera, se estaría desconociendo el carácter fundamental de los derechos a la vida, a la integridad y a la salud del paciente”.

En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia T-555 de 2006:

“Debe recordarse que tanto la Ley 776 de 2002, como los Decretos 1295 de 1994 y 2463 de 2001, establecen los lineamientos que se deben seguir a fin de garantizar la pronta y eficiente determinación, calificación o clasificación de la enfermedad o accidente en que se ha visto involucrado un trabajador, **situación que no es óbice para que la atención médica requerida por dicha persona se pueda prestar por parte de la E.P.S. a la cual se encuentre afiliado el trabajador, para que, luego de calificada la contingencia que afecta su salud, y quede establecida el origen de la patología o accidente, se determine la responsabilidad en cabeza de la A.R.P. o de la E.P.S. correspondiente.**”<sup>40</sup> (Énfasis añadido).

3.6. En conclusión, las prestaciones asistenciales derivadas de una enfermedad profesional o de un accidente de trabajo, deben ser cubiertas por la EPS a la que se encuentre afiliado el respectivo trabajador, sin perjuicio del derecho que le asiste a la EPS, una vez se ha definido en forma definitiva el origen o la calidad de la contingencia, de recobrar los gastos en que haya incurrido a la ARP responsable de asumir la prestación. La falta de dictamen definitivo sobre el carácter *profesional* o *común* de una dolencia, no constituye una razón que pueda válidamente esgrimir una EPS para negar al trabajador o ex trabajador el acceso a los servicios médicos que requiera con necesidad.

9.- La entidad cumplió en todo con sus obligaciones legales, partiendo de que el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, consagra:

**“ARTICULO125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores

<sup>37</sup> Sentencia T-1557 de 2000.

<sup>38</sup> Sentencia T-642 de 2009.

<sup>39</sup> Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-1557 de 2000, T-286 de 2004, T-185 de 2006, T-555 de 2006 y T-642 de 2009, entre otras.

<sup>40</sup> Sentencia T-555 de 2006.

*oficiales y los demás que determine la ley.*

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

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

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

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

*De conformidad con lo anterior, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el **sistema de mérito**. Este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, es especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.*

Que La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, establece:

**“ARTÍCULO 29. Concursos.** Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño”.

**“ARTÍCULO 30. Competencia para adelantar los concursos.** Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos.

De conformidad con lo anterior, los concursos para proveer los empleos públicos serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño y la Comisión Nacional del Servicio Civil es el organismo facultado por la Constitución y la Ley para administrar la carrera administrativa, así como para adelantar los procesos de selección.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha enfatizado la importancia de garantizar el efecto útil de los concursos de méritos en virtud de que el querer del constituyente fue implantar un sistema que garantice los derechos de los ciudadanos que desean ingresar a la función pública en igualdad de condiciones, de tal forma que su vinculación dependa únicamente de sus cualidades intelectuales y psicotécnicas.

Así, la Sentencia SU- 089 de 1999 expresó: "No se requiere un profundo análisis de los términos usados por el Constituyente para concluir, entonces, que, salvo los casos expresamente definidos por el legislador o por la propia Carta, cuando alguien aspire a desempeñar un cargo al servicio del Estado, debe concursar; que los resultados del concurso son determinantes para los fines del nombramiento; que, por supuesto, la calificación obtenida dentro de aquél obliga al nominador, quien no podrá desatenderla para dar un trato inmerecido -a favor o en contra- a quienes han participado en el proceso de selección; y que, correlativamente, esos resultados generan derechos en cabeza de los concursantes que obtienen los más altos puntajes.’

Esa misma posición se reiteró en la Sentencia SU-1140 de 2000: “La Corte ha reiterado, en innumerables decisiones que el acceso a la función pública y el ascenso dentro de ésta, debe darse, por regla general, a través de un concurso de méritos en virtud del cual pueda seleccionarse al mejor candidato. Adicionalmente, ha establecido que quien ocupe el primer puesto en el concurso debe ser vinculado al cargo para el cual concursó. En consecuencia, para la designación de una persona en un determinado cargo judicial basta con que dicha persona reúna las calidades exigidas por la ley y ocupe el primer puesto del listado nacional de elegibles, siempre que no concorra ninguna causal de inhabilidad ni incompatibilidad para el ejercicio del cargo. De verificarse alguna de las, mencionadas causales, deberá nombrarse a quien ocupe el segundo lugar en el concurso.”

El concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público. Su finalidad es identificar destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con un fin específico: determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma.

En esta línea se ubica la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia 0040 de 1995:

*“Por tanto, quien ocupe el primer lugar, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluiré a los demás, en orden descendente. Si se procede de otro modo, habría que preguntarse, como lo hace el demandante, ¿para qué el concurso de méritos y calidades, si el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias? De este campo, es preciso desterrar la arbitrariedad y, justamente, para ese propósito se ha ideado el concurso. En él, por tanto, se ha de calificar no sólo la idoneidad profesional o técnica del aspirante, sino también su solvencia moral, su aptitud física y su sentido social, de acuerdo con la categoría del empleo y las necesidades del servicio. ¡Hay que hacer de la carrera administrativa el instrumento eficaz para lograr una administración pública en la que se garantice la eficiente prestación de! servicio público, la idoneidad y moralidad de sus funcionarios y la prevalencia desinterés general sobre el particular”*

#### VIII – APORTE DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Junto con las pruebas documentales que se aportan con esta contestación se adjunta la copia del acto demandado.

#### IX – NOTIFICACIONES

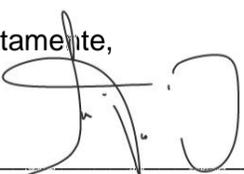
Al demandante en la dirección que informa su apoderado en la demanda.

Al representante legal en la sede de **CARDIQUE**, ubicada en el barrio El Bosque, isla Manzanillo. Transversal 52 N. 16 – 190, Cartagena.

Al suscrito en el Edificio Banco del Estado, Oficina 12-02, Cartagena de Indias.

Solicito y autorizo se me notifique personalmente a mi Email: [didierpizzagerena@yahoo.com](mailto:didierpizzagerena@yahoo.com)

Atentamente,



**DIDIÉR AUGUSTO PIZZA GERENA**  
C. C. 80.263.137 de Bogotá  
T.P. No. 72793 del C. S. de la J.