



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

1

296

Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222

Tunja, Dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015)

Referencia	:	150013331007-2008-00222
Medio de Control	:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	:	MARIA CLEMENCIA RIAÑO CARDENAS
Demandado	:	E.S.E CENTRO DE SALUD DE OICATA

De conformidad con lo previsto en el artículo 85 del C.C.A., y en virtud de la asignación del proceso para fallo efectuada por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura mediante el ACUERDO NO CSJBA-15-468 de Noviembre 12 de 2015, decide el Despacho en primera instancia sobre la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por MARIA CLEMENCIA RIAÑO CARDENAS en contra de la E.S.E PUESTO DE SALUD DE OICATA.

I. ANTECEDENTES

1 Objeto de la Acción

La señora MARIA CLEMENCIA RIAÑO CARDENAS por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda con el fin de obtener la declaratoria de la nulidad del acto No. 003 de 25 de junio de 2008, mediante la cual se le retiro del servicio del cargo de enfermera jefe - código 243.

Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se proceda a reintegrar a la demandante al cargo que desempeñaba al momento de darse por terminado su nombramiento o a otro de igual o mayor categoría. Así mismo, solicita que se condene a la entidad a reconocer y pagar a la accionante las sumas correspondientes a sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás derechos laborales legales, causados desde la fecha de retiro hasta la fecha de reintegro de la misma a su cargo.



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

29²

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

De igual manera, solicita que se declare que no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios de la accionante, desde cuando fue desvinculada hasta cuando sea efectivamente reintegrada.

De igual manera, que se condene a la entidad demandada a pagar desde la fecha de retiro del servicio y hasta cuando se verifique el pago total de los mismos, los intereses moratorios causados sobre los salarios y demás prestaciones laborales que se resulten a deber y no pagados oportunamente. De igual forma, se pague la corrección monetaria por concepto de salarios, primas, vacaciones, bonificaciones y demás emolumentos laborales.

Así mismo, se ordene en la sentencia dar cumplimiento al artículo 78 del C.C.A y 235 del Decreto 1222/86 en repetición contra la doctora Luz Stella Rodríguez Reyes como Gerente de la E.S.E. PUESTO DE SALUD DE OICATA.

Finalmente, solicita, que se condene a la entidad demandada a pagar las costas del proceso y agencias en derecho.

2. Fundamentos Fácticos:

Como sustento de las pretensiones el apoderado de la parte actora narra, los hechos que enseguida se resumen:

Refirió, que la actora trabajó en la E.S.E puesto de salud de Oicata como enfermera jefe, bajo la figura de nombramiento en provisionalidad efectuado mediante resolución No. 016 del 17 de agosto de 2007.

Adujo, que durante el tiempo de servicio la demandante ejerció las funciones propias de su cargo en el horario de 8 am a 12 m y de 2 pm a 6 pm, devengando un salario para la fecha de retiro (25 de junio de 2008) de Un Millón Trescientos Dieciséis Mil Setecientos Pesos (\$1.316.700).

Indico, que con posterioridad al nombramiento de la demandante la Gerente de la entidad fue reemplazada, ingresando a ocupar el cargo la doctora Luz Stella Rodríguez Reyes, quien desde que asumió el cargo ejerció acoso laboral contra la



3 299

**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

demandante con permanentes llamados de atención injustificados, requerimientos escritos y verbales, malos tratos, desaires e inclusive celadas, lo que conllevó a que la demandante colocara en conocimiento de la Procuraduría dichos hechos.

Señalo, que mediante Resolución No. 001 de 12 de febrero de 2008 se prorrogó el nombramiento provisional de la demandante en el cargo de Enfermera Jefe – código 243, hasta cuando se expidieran la lista de elegibles como consecuencia del concurso de méritos que efectuara la Comisión Nacional del Servicio Civil.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

El apoderado de la parte actora señala como vulnerados los artículos 1, 2, 4, 13, 18, 25, 29, 53, 54, y 125 de la Constitución Política; la Leyes 734 de 2002 y 1010 de 2006.

Indico, que la Gerente de la Empresa Social del Estado puesto de Salud de Oicata desconoció todos los derechos que le asisten a la demandante en detrimento de su vida, honra y bienes.

Advirtió, que mediante el acto impugnado se desconocieron preceptos constitucionales que garantizan el derecho al trabajo, a la igualdad respecto a los fines del estado.

Manifiesto, que se dio un trato discriminatorio a la demandante frente a quienes continuaron trabajando en provisionalidad al no haberse aplicado ningún criterio objetivo para tratar casos idénticos, iguales y análogos, pues no existían diferencias entre los trabajadores, considerando que se actuó sin elementos de juicio, sin cotejar los elementos objetivos de experiencia, conocimientos, aptitudes de la actora con referencia a los que continuaban en el servicio, vulnerando el derecho a la igualdad.



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

4
299

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

Señalo, que se vulnero el derecho al trabajo de la actora como quiera que el despojo de su empleo se realizó sin mediar justificación legal o social alguna y que la misma obedeció mas a conveniencias personales inspirada en asuntos burocráticos.

Aludió, que no se permitió un medio de defensa a la demandante por cuanto no hubo una justa causa para su destitución, tampoco una actuación disciplinaria ni descargos.

Aseguro, que no se tuvo en cuenta los preceptos establecidos referentes al retiro del servicio el cual debe ser por calificación no satisfactoria o por violación al régimen disciplinario lo que en el presente caso no sucedió.

Igualmente, endilga como causales de nulidad del acto administrativo que demanda las siguientes:

* **Por infracción a las normas en que debía fundarse:** Indico, que el acto administrativo impugnado viola las normas constitucionales y legales indicadas en el acápite anterior lo que constituye causal de nulidad, habida cuenta que las normas señaladas son de obligatorio acatamiento y sometimiento por parte de las autoridades.

* **Por haber sido expedido en forma irregular:** Menciono, que el acto administrativo no contiene los verdaderos argumentos facticos, las motivaciones reales que dieron lugar al mismo, ni las razones de hecho y de derecho que conllevaron a adoptar tal decisión.

Manifestó, que la Gerente de la entidad demandada tuvo por objeto únicamente en el acto impugnado el deshacerse de la demandante para crear la vacante y poder nombrar en el cargo a una persona de sus afectos y conveniencia política, considerando que las motivaciones del acto impugnado son falsas.

* **Por haber sido emitido con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa:** Adujo, que la remoción del cargo desempeñado por la



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

5

200

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

demandante requiere una fundamentación legal y fáctica que se encamine al mejor funcionamiento de la entidad y de la prestación del servicio, o bien que dicha remoción sea como consecuencia de la conducta del empleado que vaya en contravía de las funciones encomendadas, caso este último en el cual se requeriría el adelantamiento de un proceso disciplinario.

Expuso, que para el caso en concreto en el acto administrativo impugnado se endilga supuestas faltas de cumplimiento de los deberes de la demandante, sin embargo las mismas nunca le fueron trasladadas a la actora para que diera respuesta y ejerciera el derecho de defensa.

*** Por haber sido emitido el acto con desviación de las atribuciones del funcionario que produjo el acto impugnado (desviación de poder):**

Menciono, que la desviación de poder la constituye el hecho de que la resolución impugnada carece de motivación justificable alguna y el retiro de la actora del cargo sin consideración de tipo técnica o jurídica desconociendo las normas legales que fijan los procedimientos para tal efecto.

4. Contestación de la demanda.

La entidad accionada E.S.E PUESTO DE SALUD DE OICATA, por intermedio de apoderado presentó escrito de contestación dentro de término legal, en el que manifiesta que se opone a la prosperidad de las pretensiones.

Señalo, que en las actuaciones adelantadas por la E.S.E PUESTO DE SALUD DE OICATA para desvincular a la demandante, se utilizaron procedimientos acordes a lo preceptuado en la ley 443 de 1998 y 909 de 2004, esto es, haber actuado en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 7 del Decreto ley 1572 de 1998.

Indico, que la actuación desplegada por la entidad demandada se hizo atendiendo a principios filosóficos que inspiraron el sistema de carrera administrativa como lo es la excelencia en el servicio público, garantizando que sea la



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

6 301

Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222

mejor opción quien ocupe los cargos de carrera así sea en forma provisional, hecho que se evidencia ampliamente al examinar la hoja de vida de quien reemplazo a la demandante y los resultados de su función después de haber retirado del servicio a la actora.

Resalto, que la demandante jamás concurso para su vinculación por lo cual tuvo el carácter de provisional sin derechos de estabilidad y otros que otorga la carrera administrativa a quien por méritos ingresa a ella.

Argumento, que al no estar vinculada la demandante por concurso no era un empleado de carrera, sino un nombramiento provisional y como tal daba la facultad de prescindir del mismo para buscar el mejoramiento en la prestación del servicio de conformidad con lo estipulado en la ley 909 de 2004.

Propuso como excepciones las que denomino Inexistencia de la obligación y causa demandada, Legalidad del acto administrativo demandado, Imposibilidad de un eventual reintegro de la demandante e Indebido agotamiento de términos (fls.119-133).

II. ACTUACIÓN PROCESAL

DE LA ADMISION DE LA DEMANDA Y LA CONTESTACION

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 10 de diciembre de 2008 (fls. 96-97), en el cual, se ordeno notificar personalmente a la entidad demandada, la cual contestó dentro del término concedido (fls.119-133).

PRUEBAS

Mediante auto de fecha 08 de septiembre de 2010 (fls.150-151), se establecieron las pruebas a recaudar dentro de las presentes diligencias, teniendo como tales las



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

7
302

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

aportadas con la demanda y la contestación; y decretándose las solicitadas por la parte actora y demandada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 31 de agosto de 2015 (fls. 285-286), se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y recaudar el concepto del Ministerio Público.

El apoderado de la parte actora presentó alegatos de conclusión dentro del término señalado para el efecto, en los que reitera los argumentos facticos y legales expuestos con el escrito de la demanda (fls. 288-289).

El apoderado de la entidad demandada -- E.S.E. Puesto de Salud de Oicata presentó escrito en el que reitera los argumentos facticos y legales expuestos con el escrito de contestación de la demanda, señalando además, que al examinar la hoja de vida de la demandante respecto de quien la reemplazo, los resultados y presentación de informes ante las entidades prestadoras de salud de la entidad demandada, en tiempo de la demandante y en tiempo de quien la reemplazo, se observa una notable mejoría en los resultados de la prestación de servicios y organización de las funciones que venía desempeñando la señora Maria Riaño Cárdenas, situación que es reluciente a su juicio, dentro de los testimonios y el interrogatorio obrantes en el proceso.

Indico, que se cumplió con la ley 909 de 2004 y conforme al estudio realizado a la hoja de vida de la enfermera Maribel Pedroza Camargo, se colocó una persona para ocupar el cargo demostrando su idoneidad, experiencia, mejorando las condiciones y la prestación del servicio.

Señalo, que en el interrogatorio realizado a la señora Maria Clemencia se presentan respuestas inexactas, simples, con dudas frente al cargo que desempeño, desconociendo obligaciones que debía cumplir, en tanto que, la persona que la reemplazo en el cargo, en su testimonio dio detalle de los deberes y tareas que se debían realizar como jefe de enfermera de la E.S.E Puesto de Salud de Oicata.



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

8
303

Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222

Sustentó, que el acto administrativo que prescindió de la provisionalidad fue suficientemente motivado y contiene razones ciertas, por ello, fue retirada la demandante del cargo de Jefe Enfermera toda vez que el nombramiento en provisionalidad no le daba un carácter de inamovible, pues en cualquier momento se podía prescindir de ella para buscar una mejora en la prestación del servicio y no era necesario adelantar un proceso disciplinario ya que la actora no estaba inscrita en carrera administrativa y no había participado en la convocatoria No. 001 de 2005, realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer en concurso abierto de méritos esta clase de empleos.

Finalmente, recalco sobre las excepciones y los argumentos expuestos para las mismas en la contestación de la demanda solicitando acceder a ellas por no existir razón alguna en los planteamientos de la demanda y se declare improcedente todas y cada una de las pretensiones de la parte actora absolviendo de responsabilidad a la E.S.E. Puesto de Salud de Oicata.

II. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el despacho reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se profiere decisión de fondo en el asunto objeto de litis.

1. PROBLEMA JURÍDICO.

La controversia en el presente caso se contrae a determinar la legalidad del acto administrativo Resolución No 003 de junio 25 de 2008, expedida por el Gerente de la E.S.E puesto de salud de Oicata, por medio del cual dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante, MARIA CLEMENCIA RIAÑO CARDENAS, en el cargo de Enfermero, código 243 de la E.S.E Puesto de Salud de Oicata o si por el contrario, dicho acto se motivó de forma suficiente y se suscribió en estricto cumplimiento de las formas legales y jurisprudenciales?



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

9
304

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

Para desatar el problema jurídico y determinar si se configuran los cargos de nulidad que alega el demandante, es decir, - La infracción a las normas en que debía fundarse, - Haber sido expedido en forma irregular, - Haber sido emitido con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa y -Haber sido emitido el acto con desviación de las atribuciones del funcionario que produjo el acto impugnado (desviación de poder); el despacho abordará el estudio de los siguientes ítems.

**i) DE LAS EXCEPCIONES ii) NORMATIVA APLICABLE, iii)
CASO CONCRETO, iv) CONCLUSIONES**

I) DE LAS EXCEPCIONES

Tal como se dejó indicado la entidad demandada propuso las excepciones de:

Inexistencia de la obligación y causa demandada: Menciono que el acto demandado fue expedido cumpliendo la ritualidad exigida por las leyes que regulan la carrera administrativa encontrándose ajustado a derecho, además, la demandante no goza de ninguna protección especial por no estar en carrera administrativa.

Legalidad del acto administrativo demandado: Adujo, que el acto administrativo demandado cumple con lo dispuesto en los decretos ley 1572 y 443 de 1998, así como la ley 909 de septiembre 23 de 2004 y el artículo 19 del Decreto 1227 de 2005.

Señalo, que según la jurisprudencia del Consejo de Estado puede ejercerse la potestad discrecional frente a funcionarios en provisionalidad que no pertenezcan a una carrera independientemente que el cargo si sea de carrera.

Imposibilidad de un eventual reintegro de la demandante: Refirió, que se utilizó el procedimiento autorizado por la ley de carrera administrativa y demás normas complementarias para desvincular a la demandante, cargo que fue ocupado con otra profesional que mejoró la prestación del servicio.



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

10

305

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

Indebido agotamiento de términos: Indico, que las acciones contenciosas solo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa y la demandante en su escrito de demanda no aporta prueba que indique el cumplimiento de dicho procedimiento.

Para resolver las excepciones expuestas, es necesario adentrarnos en el estudio de la normatividad aplicable y las pruebas obrantes en el plenario, motivo por el cual, su resolución será simultánea con el fondo del asunto.

II) NORMATIVA APLICABLE

2.3. NATURALEZA DE LOS CARGOS.

Por mandato del artículo 125 de la Constitución Política de 1991, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y aquellos que determine la ley.

Lo anterior en razón a que para el caso de que trata la demanda objeto de esta providencia, se hace necesario tomar como punto de partida el artículo 125 de la Constitución Política, el cual en su tenor literal dispone:

“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 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.



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

11

306

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

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

Parágrafo. Adicionado Acto Legislativo 01 de 2003.- Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido”

La Ley 909 de 2004, indica que hacen parte de la función pública: Los empleos públicos de carrera, empleos públicos de libre nombramiento y remoción, empleos de período fijo y empleos temporales. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la misma normatividad.

En el artículo 5 ídem, se establece claramente que los empleos de los organismos y Entidades regulados por la misma ley, son de carrera administrativa, excepto: 1.- Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de los trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2.- Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

- a. Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, según lo previsto en la misma norma.
- b. Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos.



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

12

307

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

- c. Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.
- d. Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.
- e. Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.
- f. Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los Secretarios de Despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los Gerentes, tanto en los Departamentos, Distritos Especiales, Distrito Capital y Distritos y Municipios de categoría especial y primera.

Conforme al contexto normativo y a la situación del caso que ocupa la atención del despacho, los nombramientos provisionales se reducen a precaver las siguientes situaciones:

- Las vacancias temporales de cargos ocupados por empleados de carrera, por el tiempo que dure la situación, si no fuere posible encargar empleados escalafonados. Así mismo, el Decreto Reglamentario 1227/05, art. 9º. Indica que en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron e igualmente como lo estipula el art. 31.5 mientras se produce la calificación del período de prueba.

Es así que la Ley 909 de 2004, establece que las clases de nombramiento son el ordinario para empleo de libre nombramiento y remoción, y en periodo de prueba o en ascenso, cuando corresponde a empleos de carrera administrativa y de provisionalidad solo en caso de separación temporal del empleado de carrera,



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

13

308

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

siempre que no fuere posible el encargo y por el tiempo que perdurara esa separación temporal.

Luego del recuento sistemático de las normas y conforme a la naturaleza del cargo objeto de la demanda se resalta que previo a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, el nombramiento en provisionalidad contemplaba unos procesos específicos tal como lo preceptuaba el Art. 8 y s.s. de la Ley 443 de 1998, donde las disposiciones reglamentarias contenidas en los Arts. 107 del Decreto 1950 de 1973 y 7º del 1572 de 1998, permitían separar del cargo a los servidores de manera discrecional

No obstante lo anterior se insiste que el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909, señala: “Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado”. Disposición que modifica en forma sustancial el régimen anterior, estableciendo una condición más favorable para los empleados provisionales pues el retiro del servicio de los empleados vinculados a través de esta figura debe ser motivado en causas que lo justifique.

Luego con la expedición de la Ley 909 de 2004 y el Decreto Reglamentario 1227 de 2005, fueron derogados implícitamente las disposiciones contenidas en los artículos 107 del Decreto 1950 de 1973, reglamentario de los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y 7º del Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998, que reconocían facultad discrecional a la Administración para retirar del servicio a los empleados que desempeñaran un cargo de carrera en provisionalidad, y en consecuencia se reitera tales nombramientos sólo podrán darse por terminados **mediante resolución motivada**. (Resalta el despacho); Conclusión plasmada por la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado, a través del concepto de Julio 14 de 2005 dentro del radicado No. 1652 siendo Consejero Ponente el Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

14

309

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

2.2. EVOLUCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL RETIRO DE LOS EMPLEADOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD.

a) Del empleado en provisionalidad.

Como antes se indicó a través del artículo 125 de la Constitución Política, se consagró el principio de carrera administrativa como garantía de acceso y permanencia en la función pública.

El nombramiento en provisionalidad encuentra por primera vez su definición en el artículo 4º del Decreto 1572 de 1998, en el que se señala que es “aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata”. También se le asigna el carácter de provisional a la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción y que en virtud de la ley o de decisión judicial se convierta en cargo de carrera, situación que opera a partir del cambio de naturaleza del cargo.

La Ley 909 de 2004, determinó que los elementos sustantivos de los procesos de selección de personal que integran la función pública, serán el criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional. De otra parte, en el artículo 9º del Decreto 1227 de 2005 “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998”, se establece lo siguiente:

“...Artículo 9º. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron...”

El precepto legal relacionado nos indica que en el evento en que los empleos de carrera queden vacantes de forma temporal, éstos podrán ser provistos a través de nombramiento provisional, cuando no sea posible llevarse a cabo el concurso de méritos, y por el término que duren las situaciones administrativas que originaron la



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

15

3-10

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

vacancia. Sin embargo, esto no quiere decir que los nombrados de forma provisional no puedan ser removidos de su cargo antes de la terminación de la vacancia, pues éstos también están sujetos al correcto desarrollo de sus funciones y al cumplimiento de los fines de la función pública, tales como la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, o en el evento en que así lo exijan las necesidades del servicio.

b) Motivación del acto de declaratoria de insubsistencia del empleado en provisionalidad.

El Decreto 1572 de 1998, que reglamentó la Ley 443 de 1998 *“por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 7º, dispone que una vez vencida la duración del encargo en provisionalidad, el empleado que se encuentre en esta situación deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador, no obstante, antes del cumplimiento del término, el nominador, por resolución que no requiere ser motivada, podrá darlos por terminados. Por tanto, en vigencia de dicha norma no era posible predicar una estabilidad laboral equiparable a la de los empleados escalafonados en carrera, por cuanto su desvinculación no era una actividad reglada para la Administración.

Otra situación ocurre con la aparición de 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”*, que dispuso frente al escenario de los empleados en provisionalidad, que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, **mediante acto administrativo motivado**. En efecto, el parágrafo 2º del artículo 41 de la norma en comento, dispone:

“...Artículo 41 Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado...”



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

16 311

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

A su vez, el Decreto Reglamentario de la norma precitada, identificado con el No. 1227 de 2005, en su artículo 10º, señala que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador podrá darlos por terminados; pero a diferencia de lo dispuesto en la Ley 443 de 1998, dicho acto administrativo de insubsistencia debe estar debidamente motivado.

Del anterior recuento normativo, se colige, que a partir de la expedición de la ley 909 de 2004 -medio de publicación: Diario Oficial 45.680 del 23 de septiembre de 2004-, es posible terminar con el nombramiento en provisionalidad de los servidores públicos en un cargo de carrera antes de que se provea el mismo mediante concurso de méritos o que se cumpla el término de la vacancia, siempre que el acto administrativo que declara la insubsistencia esté debidamente motivado y no se derive de una decisión discrecional del nominador.

Frente a la necesidad de motivar los actos administrativos, la Corte Constitucional ha sido enfática en manifestar, que si bien es cierto, los empleados nombrados de forma provisional no gozan de la misma estabilidad que los empleados de carrera, no lo es menos, que éstos no pueden convertirse en empleados de la misma categoría que los de libre nombramiento y remoción, por cuanto su desvinculación debe ser una actuación reglada que obedezca a motivos objetivos en relación con la prestación del servicio. Así pues, la motivación debe cumplir los siguientes requisitos¹:

“...No sobra recordar en este lugar que de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 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. No basta, por tanto, llenar páginas con información, doctrina o jurisprudencia que poco o nada se relacionan con el asunto en particular y luego en uno o dos párrafos decir que “por los motivos expresados” se procederá a desvincular al funcionario...”

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-132 del 22 de febrero de 2007.



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

17

312

Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222

En el mismo sentido, a través de Sentencia de Unificación SU-917 de 2010, la Corporación en relación con el postulado de 'razón suficiente', indicó:

*"...Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. **Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados" (...)**"*

Así mismo, se recalco en la referida providencia cuál debe ser el contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales, bajo el postulado señalado (razón suficiente), indicando al respecto:

[...]

"b.- Contenido de la motivación



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

18

313

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

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

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 C.C.A. 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 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



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

19

314

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”.

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional, o la simple “cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular”, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

20

315

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias . Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen “explícitas” en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación “implícita” de los actos administrativos” (Resaltado fuera de texto).

[...]

Así las cosas, la declaratoria de insubsistencia de un empleado cuyo nombramiento es provisional en un cargo de carrera, por causas diferentes a la provisión del mismo con la persona que obtuvo el derecho luego de un concurso de méritos, debe realizarse por medio de acto administrativo motivado a través del cual se expresen de manera clara y concreta las razones por las cuales se declara la insubsistencia del mismo.

El anterior criterio jurisprudencial fue acogido por el H. Consejo de Estado, en los siguientes términos:

[...]

En efecto, la motivación del acto de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad a partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004 surge como imperativo objetivo de la legalidad, de indiscutible acatamiento para los jueces de conformidad con el artículo 230 Constitucional, en el



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

21

3/6

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

que se predica el sometimiento de los funcionarios judiciales al imperio de la ley.

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

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

En dicha providencia se indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda la nulidad del acto. Dijo la Corte:

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

En ese punto, debe hacerse claridad, que la propia Corte entendió que no se trata de equiparar a los funcionarios provisionales con aquellos de carrera administrativa, pues tal interpretación no corresponde al espíritu de la Constitución Política de 1991 en materia de función pública, por ello, la motivación en caso de retiros de provisionales no necesariamente debe ser la misma frente a aquellos de carrera administrativa, para quienes existen determinadas causales legales, dado su fuero de estabilidad (del cual no goza el provisional).

De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificador aludido indicó: “Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

22

317

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados".

En conclusión, dejó sentado el máximo Tribunal Constitucional que las referencia genéricas acerca del nombramiento provisional, el hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación de la facultad discrecional o la cita de información, doctrina y jurisprudencia que no se relacionen directa e inmediatamente con el caso particular, no constituyen razones válidas para la desvinculación de un funcionario provisional.

A partir del anterior criterio, la Sala ha accedido a pretensiones de tutela tendientes a dejar sin efectos sentencias que desconocen el imperativo normativo y jurisprudencial de la motivación del acto de insubsistencia de un provisional, o incluso, cuando existiendo motivación, esta corresponda a razones que no sean constatables empíricamente.

Sin embargo, en el caso concreto, las razones que llevaron a los despachos judiciales a denegar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada por la actora para rebatir el acto administrativo que declaró la insubsistencia de su nombramiento, corresponden al hecho de que el acto administrativo estuvo motivado en la necesidad del mejoramiento del servicio que prestaba la actora en el Área de Participación Ciudadana de la Contraloría Municipal de Armenia, y además, que dicha motivación estaba demostrada a partir del material probatorio arrojado al juicio



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

23

310

Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222

de legalidad del acto, de manera se comprobaron las razones que la originaron.

En ese orden de ideas, si bien a simple vista la motivación del acto administrativo como está estructurada en el mismo pareciera insuficiente, el juez natural al evaluar su legalidad examinó un contexto probatorio que lo llevó al convencimiento de que las razones estuvieron fundadas en motivos del buen servicio, las que comprobó de manera fehaciente.

Es así como el juez de lo contencioso administrativo concluyó la legalidad del acto enjuiciado a partir del acervo probatorio que válidamente se recaudó en el juicio dispuesto por la ley para el efecto, de manera que no es viable al juez de tutela efectuar un juicio de valor frente a dicho análisis, pues no se observa en el mismo la trasgresión de los derechos invocados por la actora, por el contrario salta a la vista el apego a las normas aplicables y al precedente jurisprudencial existente, de manera que conforme al decantado criterio de esta Sala respecto de la acción de tutela contra providencias judiciales, no se cumplen los requisitos de procedencia, hecho que se impone el rechazo de la misma”.

[...] ² y ³

Finalmente, la Corte Constitucional en sentencia SU 053 de 2015, señaló con referencia a la motivación de los actos administrativos de servidores públicos que ocupan cargos en provisionalidad lo siguiente:

*De conformidad con los hechos, la Sala reitera lo tantas veces sostenido por la Corte Constitucional, en el sentido de que los actos de retiro de los funcionarios que ejercen un cargo de carrera en provisionalidad **deben ser motivados,***

²Cfr. Consejo de Estado. Sentencia de 12 de abril de 2012. Radicación No. 11001-03-15-000-2012-00610-00. C.P. Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

³En este mismo sentido, véase la Sentencia 23 octubre 2012, Sec. 2ª Consejo de Estado, Rad. 2012-0671-1 AC. C.P. DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

24

319

Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222

*toda vez que dicha motivación posibilita el ejercicio del **derecho a la defensa**, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas. De esa manera, desconocer tal deber conlleva una vulneración **del derecho fundamental al debido proceso**, y a la garantía de los principios de legalidad y publicidad instituidos en la Carta Política.*

Por último trae a colación el Juzgado sentencia reciente del Consejo de Estado en la que retoma los argumentos y postura del alto Tribunal frente a la motivación de los actos de retiro del servicio de los empleados en provisionalidad “A partir de la sentencia del 23 de septiembre de 2010⁴, el Consejo de Estado ha considerado que la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, cuya desvinculación ocurra luego de entrada en **vigencia de la Ley 909 de 2004**, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de esta ley (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado⁵, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004)”⁶.

Así las cosas y conforme al referente jurisprudencial se concluye que es imperiosa la motivación de los actos administrativos a través de los cuales se retiren a servidores públicos que ocupen cargos en provisionalidad.

⁴ Cita contenida en el texto- 20 Sección Segunda, radicado interno 0833-2008, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: María Stella Albornoz Miranda.

En similar sentido se pueden estudiar: sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, del 4 de agosto de 2010, radicado interno 0319-2008, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; así como sentencia de la Subsección B de la misma Sección, del 17 de febrero de 2011, radicado interno 0387-2008, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁵ Cita contenida en el texto 21 De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

⁶ Sentencia **SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”** del veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015) **Radicación No: 050012331000200202327 01 Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ.**



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

25

37-0

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

III) CASO CONCRETO

Conforme a los argumentos y referentes jurisprudenciales expuestos, advierte el despacho que las pretensiones no tienen vocación de prosperidad.

En el presente caso se acreditó:

*Que la señora Maria Clemencia Riaño Cárdenas prestó sus servicios como Enfermera Jefe en la E.S.E. Puesto de Salud de Oicata del 17 de agosto de 2007 hasta 25 de junio de 2008 (fl. 21).

*Que fue nombrada en provisionalidad a través de acta de posesión y resolución No. 016 de agosto 17 de 2007 (fls. 25-27).

*Que a través de la resolución No. 001 de febrero 12 de 2008 se prorrogó el anterior nombramiento (fls. 28-29).

*Que mediante resolución No. 003 de junio 25 de 2008, el Gerente de la E.S.E. puesto de salud de Oicata termina un nombramiento provisional retirando del servicio a Maria Clemencia Riaño Cárdenas del cargo de enfermera jefe - código 243 de la ESE Puesto de Salud de Oicata. (fls. 17-19).

En este orden de ideas, el acto administrativo resolución No. 003 de junio 25 de 2008, por medio del cual se termina un nombramiento provisional a la señora Maria Clemencia Riaño Cardenas en el cargo de Enfermero - código 243 de la E.S.E. Puesto de Salud de Oicata, debió sujetarse a los lineamientos normativos previstos en el art. 41 parágrafo 2º de la Ley 909 de 2004 y la jurisprudencia expuesta, toda vez que dicha actuación fue expedida durante su vigencia y la motivación del acto es requisito para disponer el retiro del servicio tanto de los empleos de carrera, como de los ocupados por empleados nombrados en provisionalidad. De tal modo que, la falta de motivación de la actuación constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa.

Ahora bien de la revisión del acto administrativo objeto de la presente acción (Resolución No. 003 de junio 25 de 2008), se observa que el mismo fue debidamente motivado, expresando las razones de hecho y de derecho que



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

26

321

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

conllevaron a la decisión de la Administración para proceder a la desvinculación de la empleada.

Al respecto, se dispuso en la Resolución No. 003 de junio 25 de 2008 lo siguiente:

...

c. *Que aparecen en forma reiterada memorandos (llamados de atención), a la enfermera jefe, estos son de fecha Febrero 15 de 2008, Abril 10 de 2008, Mayo 12 de 2008; ampliamente conocidos por usted, los cuales destacan deficiencias en las labores a desempeñar por esa dependencia, falta de sentido de pertenencia en la Institución, incumplimiento de metas y labores, lo cual conturba el éxito de las políticas de la E.S.E y repercuten en la optimización y prestación del servicio, pues se advierte, entrega de informes extemporáneamente, incumplimiento de metas de PyP, no participación en las brigadas de salud previamente programadas por la Institución, lo que conlleva en forma continua a desmejorar la prestación del servicio.*

d. *Que según oficios de la Personería Municipal de Oicatá de fecha 29 de abril de 2008 y oficio No. 08-089 de fecha 12 de junio de 2008, se recalca el mal diligenciamiento de la papelería correspondiente a las valoraciones de dos menores que fueron entregadas al Bienestar Familiar, que no muestran la realidad del estado de las menores. Y en el segundo oficio se expresa el poco conocimiento de los programas que usted maneja ya que no tiene datos precisos ni aproximados de la población. Recomendando con lo anterior tomar medidas para mejorar la prestación del servicio.*

e. *Que según oficio del Jefe de Planeación Municipal de Oicatá de fecha 29 de Mayo de 2008, se hace observaciones al Análisis Situacional del Municipio de Oicatá, presentado por usted en el mes de febrero del año que avanza, en el cual menciona múltiples inconsistencias en su participación, pues distorsiona de alguna forma la realidad del municipio, queriendo significar que como enfermera jefe desconoce la situación real del ente en el que labora, perjudicando la elaboración del plan de salud territorial, constituyéndose ello*



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

27

322

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

en un riesgo para la existencia de la E.S.E. Puesto de Salud de Oicatá y la prestación del servicio.

f. Que en reclamación de fecha junio 19 de 2008, COOSALUD pone de manifiesto serias irregularidades en el cumplimiento de funciones en el área de enfermería que se encuentra bajo su responsabilidad.

g. Que en dicho informe, se recomienda entre otras cosas realizar una evaluación al personal médico y profesional de enfermería que realiza los diferentes programas, pues se detecta un total desconocimiento de la norma de atenciones técnicas, como un bajo interés por realizar los programas adecuadamente, basados en que ya existía un plan de mejoramiento que se negaron a cumplir; las fallas fueron detectadas en el desarrollo de los programas de promoción y prevención a cargo del personal médico y profesional de enfermería, situaciones ampliamente conocidas por usted, pues se le notifico el respectivo documento.

h. Que la E.S.E Puesto de Salud de Oicatá tiene catalogado un servicio constitucional y legalmente como esencial.

i. Que es deber de la administración velar por una calidad y oportuna prestación del servicio de salud.

j. Que la prestación del servicio por parte de la señorita MARIA CLEMENCIA RIAÑO CARDENAS, como enfermera jefe, no asegura el cumplimiento de los planes y programas en salud y menos aun la adecuada prestación del servicio a la población usuaria que debe ser el centro de atención al momento de adoptar decisiones administrativas.

k. Que la función administrativa debe en todo caso procurar el logro de los fines esenciales del Estado que para el caso particular se traduce en un servicio de salud con calidad, eficiencia y oportunidad.

i. Que debe efectuarse el retiro del servicio de la funcionaria MARIA CLEMENCIA RIAÑO CARDENAS, (ENFERMERA JEFE) con miras al mejoramiento en el funcionamiento y atención a la población usuaria....."



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

28

323

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

De conformidad con lo anterior, el acto administrativo demandado cumple con los lineamientos normativos previstos en el art. 41 parágrafo 25 de la Ley 909 de 2004 y lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado ampliamente citada en el capítulo anterior, toda vez que dicha actuación se encuentra suficientemente motivada y encaminada a la mejora del servicio.

Además, los motivos expuestos en el acto administrativo se encuentran ampliamente probados en el expediente de manera documental y testimonial, a saber:

*Se observa memorando No. 1 de fecha febrero 14 de 2008 suscrito por la Gerente de la E.S.E. Puesto de Salud de Oicatá, dirigido a María Clemencia Riaño Cárdenas, en el cual se establece como asunto: No portar el uniforme de enfermera en el lugar de trabajo (fl.75).

* Obra memorando No. 2 de fecha febrero 15 de 2008 suscrito por la Gerente de la E.S.E. Puesto de Salud de Oicatá, dirigido a María Clemencia Riaño Cárdenas, en el cual se establece como asunto: Por no presentar en las fechas estipuladas los informes exigidos por las entidades de control y vigilancia de salud (fl.77).

* Reposa memorando de fecha abril 10 de 2008 suscrito por la Gerente de la E.S.E. Puesto de Salud de Oicatá, dirigido a Maria Clemencia Riaño Cardenas, en el cual se establece como asunto: Llamado de atención por incumplimiento de las metas de PyP (fl.80).

* Obra oficio de Mayo 1 de 2008 suscrito por la Gerente de la E.S.E. Puesto de Salud de Oicatá, dirigido a Maria Clemencia Riaño Cardenas, a través del cual pone en conocimiento el oficio de fecha 29 de abril de 2008 proveniente de la Personería municipal de Oicatá (fl.86).

* Se observa oficio de 29 de abril de 2008 suscrito por la Personera Municipal de Oicata dirigido a la Gerente de la E.S.E. Puesto de Salud de Oicatá, mediante el cual pone en conocimiento irregularidades en la información plasmada con respecto a la valoración realizada a dos menores de edad (fl.87).

* Se allegó memorando No. 3 de fecha Mayo 12 de 2008 suscrito por la Gerente de la E.S.E. Puesto de Salud de Oicatá, dirigido a Maria Clemencia Riaño Cardenas, en el



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

29

324

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

cual se establece como asunto: Por incumplimiento de actividades previamente programadas (fl.89).

* Se arrima oficio de 29 de mayo de 2008 suscrito por el Jefe de Planeación municipal de Oicatá, dirigido a la Gerente de la E.S.E. Puesto de Salud de Oicatá, por medio del cual realiza observaciones al análisis situacional del municipio de Oicatá 2007 (fl.150-151 del Cuaderno Especial de pruebas No. 1).

* Se acredita oficio de Junio 6 de 2008 suscrito por la Gerente de la E.S.E. Puesto de Salud de Oicatá, dirigido a Maria Clemencia Riaño Cardenas, a través del cual pone en conocimiento el oficio de fecha 29 de mayo de 2008 proveniente de la oficina de Planeación municipal de Oicatá (fl.152 del Cuaderno Especial de pruebas No. 1).

* Se observa oficio CSB 0570-08 de 19 de Junio de 2008 suscrito por el Director de Salud COOSALUD Sucursal Boyacá, dirigido a la Gerente de la E.S.E. Puesto de Salud de Oicatá, por medio del cual pone en conocimiento falencias encontradas en el desarrollo de auditoria a los servicios, solicitando realizar una evaluación al personal médico y profesional de enfermería (fl.156-158 del Cuaderno Especial de pruebas No. 1).

* Se allega oficio de Junio 24 de 2008 suscrito por la Gerente de la E.S.E. Puesto de Salud de Oicatá, dirigido a Maria Clemencia Riaño Cardenas, a través del cual le notifica el oficio de fecha 19 de junio de 2008 proveniente de COOSALUD EPS-S (fl.160 del Cuaderno Especial de pruebas No. 1).

Conforme a lo anterior y como se indicó se encuentran probadas y se pueden verificar las razones que llevaron a la entidad demandada a proferir la decisión contenida en el acto administrativo objeto de la presente acción, las cuales corresponden de manera inequívoca a lo consignado en el referido acto administrativo.

Ahora, en lo referente a las pruebas testimoniales que corroboran las motivaciones del acto administrativo demandado, se encuentran el testimonio de Luz Helena Pulido Cañon, Sonia Mabel Pira Quica y Maribel Pedroza Camargo. Sin embargo, previo a citar lo señalado por los testigos se resolverá lo concerniente a la tacha de testigo sospechoso realizado a Luz Helena Pulido Cañon y Maribel Pedroza Camargo.



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

30

325

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

De la tacha de testigo sospechoso a Luz Helena Pulido Cañon y Maribel Pedroza Camargo

Encuentra el Despacho que en diligencia de recepción de testimonios del 14 de abril de 2011 (fls. 199 y siguientes), el apoderado de la parte actora tacho de sospechosa la declaración de la señora Luz Helena Pulido Cañon, ello teniendo en cuenta su condición de funcionaria subordinada de la representante legal de la entidad demandada, lo que a su juicio le impedía expresarse con imparcialidad.

De igual manera, en diligencia de recepción de testimonios del 13 de julio de 2011 (fls. 214 y siguientes), el apoderado de la parte actora tacho de sospechosa la declaración de la señora Maribel Pedroza Camargo, teniendo en cuenta que es la persona que ocupa el cargo que ostentaba la demandante, considerando que se encuentra subordinada a la persona que expidió el acto administrativo que se demanda y por el interés personal que pueda tener en las resultas del proceso.

Conforme a lo anotado para resolver lo pertinente se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, que señala:

TESTIGOS SOSPECHOSOS. Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

Así las cosas, se tiene que el testimonio de la señora Luz Helena Pulido Cañon y Maribel Pedroza Camargo fue decretado en providencia de 8 de septiembre de 2010 dentro del acápite de pruebas pedidas por la parte demandada (fls.150-151). Ahora bien, en primer lugar en el expediente no obra prueba de un pacto entre la Representante Legal de la E.S.E Puesto de Salud de Oicata y las testigos, el cual permita determinar con certeza que sus declaraciones pueden estar coaccionadas de cierta forma en razón a la dependencia de las declarantes frente a la Representante Legal de la E.S.E, y en segundo lugar, el hecho de que las testigos tengan una relación de tipo laboral con la entidad demandada, o como lo afirma el apoderado de la parte actora, de dependencia con la Representante Legal de la misma, no es razón suficiente para poner en duda su credibilidad y para presumir que ellas tienen un



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

31

326

Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222

interés directo en el resultado del proceso, es decir, dicha suposición no resulta suficiente para estimar que sus declaraciones pueden ser parcializadas; además, de llegar a estimarse de esta manera, ello significaría que no podrían acogerse nunca las declaraciones rendidas por los profesionales de la salud que laboran en las entidades públicas que resultan demandadas en un proceso y, por tanto, no sería posible probar con base en ellas los hechos que dan lugar a exonerarlas de responsabilidad⁷. Por ello, resulta claro que no se probó si efectivamente las testigos tienen interés en las resultas del proceso y sus declaraciones son sospechosas al tenor del artículo 217 del C.P.C.

Con referencia a este tema, la Corte Constitucional ha sostenido que:

(...)

« Conforme a la doctrina constitucional el juez no tiene facultad para abstenerse de valorar un testimonio que considere sospechoso. En su lugar, debe efectuar una práctica más rigurosa del mismo y una evaluación detallada de cada una de las afirmaciones que lo compongan. En conclusión el juez, como director del proceso, debe asumir la responsabilidad de valorar bajo parámetros objetivos todas las pruebas allegadas a la investigación. Sólo puede descartar aquellas respecto de las cuales compruebe su ilegalidad o que se han allegado indebidamente o inoportunamente y, en todo caso, cualquiera que se haya obtenido con la vulneración del debido proceso»⁸(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Aunado a lo anterior, en el caso de estudio no obra prueba que permita constatar que la testigo, señora Luz Helena Pulido, era la tesorera de la E.S.E para ese momento, tampoco, que en razón a las funciones propias de su cargo pudiera afectarse su imparcialidad y tener interés en las resultas del proceso.

⁷ Al respecto se puede ver: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 66001-23-31-000-1906-C3353-01(18424)
Actor: JUAN DE DIOS MOSQUERA GIRALDO Y OTROS Demandado: DEPARTAMENTO DE RISARALDA; MINISTERIO DE SALUD; MUNICIPIO DE PEREIRA Y HOSPITAL SAN JORGE DE PEREIRA.

⁸ Referencia Expediente T-1132315, Actor: Johana Luz Acosta Romero, Sentencia T-1090/05, Magistrado Ponente: CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, Sala Novena Corte Constitucional, Sentencia T-1090/05.



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

32

327

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

Conforme a lo anterior, se considera necesario tener en cuenta el testimonio de Luz Helena Pulido y Maribel Pedroza Camargo.

Así las cosas, en su declaración y con respecto a las motivaciones expuestas en el acto administrativo demandado la señora Luz Helena Pulido señaló:

PREGUNTADO: *De acuerdo al relato que usted nos acaba de hacer nos puede clarificar los requerimientos que realizaba CAPRECO, COOSALUD, LA PERSONERIA MUNICIPAL Y PLANEACION MUNICIPAL* **CONTESTO:** *Frente l (sic) a los requerimientos que hacia COOSALUD Y CAPRECOM se basaban al cumplimiento de las metas de promoción y prevención donde nos comunicaban la falta de cumplimiento y por consiguiente en un oficio estaban con la intención de suspender la contratación con la institución. Frente a un requerimiento que tuve conocimiento y que hizo el director local de salud el Ingeniero Cesar Cano, informaba que no se había hecho liquidación del plan de salud territorial de 2007, por lo tanto solicitaba que se tomaran las medidas pertinentes.* **PREGUNTADO:** *Esas metas o esos planes a que hace referencia a cargo de quien estaba la ejecución del PIP y el plan de salud territorial* **CONTESTO:** *Los programas de PIP son de toda la institución todos somos responsables pero quien los debe coordinar es la Jefe de Enfermería al igual el plan de salud territorial cuando se contrato queda también asignado a la Jefe de la institución, por tanto su cumplimiento depende de la programación que ella haga y como se ejecute.*

Lo manifestado, permite corroborar que efectivamente se realizaron los requerimientos por parte de las EPS COOSALUD y CAPRECOM y de la oficina de planeación a la E.S.E. Puesto de Salud de Oicatá en razón a anomalías en programas que la Jefe Enfermera debía coordinar.

Por su parte, la señora Maribel Pedroza Camargo indico en su declaración (fls.216 y ss):

PREGUNTADO: *Infórmele al Despacho de forma precisa cuales son las funciones o responsabilidades que tiene a su cargo la Enfermera jefe de la E.S.E del Municipio de Oicatá* **CONTESTO:** *Dentro de las funciones que tengo a cargo se encuentran coordinar los programas de salud, programar las*



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

33

328

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

*actividades del personal auxiliar de enfermería de la institución, la entrega de información veraz y oportuna de documentos e informes y el promocionar el cuidado de la salud de las personas del municipio ... **PREGUNTADO:** Cuando usted asumió el cargo en que condiciones encontró todos y cada uno de los programas cuya responsabilidad recaía en la Enfermera Jefe para la época MARIA CLEMENCIA FIAÑO **CONTESTO:** Para empezar puedo decir que a la fecha de mi ingreso no se habían presentado los informes de promoción y prevención a cada una de las aseguradoras como CAPRECOM y COOSALUD en año anterior a mi ingreso, razón por la cual tuve que invertir tiempo adicional en dejar al día dicha información para las aseguradora, cabe anotar también que los documentos y formatos que se venían utilizando particularmente en el área de vacunación no correspondían a los establecidos por la secretaria de educación de Boyaca...*

De la anterior manera, se da cuenta de la situación en que fue recibido el cargo por la señora Maribel en reemplazo de la demandante, constatando que en efecto como se indico en los numerosos llamados de atención realizados en su oportunidad a la actora, no cumplía con las responsabilidades y funciones propias de su cargo.

TESTIMONIO DE SONIA MABEL PIRA QUICA (folios 205-207)

En diligencia de recepción de testimonios realizada el 14 de abril de 2011 dentro del proceso de la referencia la testigo Sonia Mabel Pira Quica expreso:

***PREGUNTADO:** Frente al porte del uniforme, dígame al Despacho si GERENTE LUZ ESTELLA exigía que todo el personal médico y asistencial acudiera a su lugar de trabajo con el uniforme propio para la prestación del servicio **CONTESTO:** Pues al comienzo no, después de que yo no se que fue lo que paso pero se dio la orden de que todos de lunes a viernes debían portar uniforme. De ahí me parece que la JEFE CLEMENCIA como unas dos semanas no llevo el uniforme el viernes, y entonces la GERENTE dio la orden a todo el personal que todos tenían que venir con uniforme.*

Lo anterior, permite concluir que efectivamente existía la orden al personal de la E.S.E Puesto de Salud de Oicará de portar el respectivo uniforme, el cual, señala la testigo la demandante no lo porto aproximadamente durante dos viernes.



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

34

329

Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222

Por otra parte, en cuanto a lo señalado por el apoderado de la parte actora en la causal de nulidad "*Por haber sido expedido en forma irregular*", donde indico que la Gerente de la entidad demandada tuvo por objeto únicamente en la emisión del acto impugnado el deshacerse de la demandante para crear la vacante y poder nombrar en el cargo a una persona de sus afectos y conveniencia política, hay que decir que cuando se exponen esta clase de argumentos sustentados en afinidades políticas o de interés particular, el Consejo de Estado⁹ ha señalado:

En efecto, no se solo se requería de la afirmación de los declarantes, sino también, de elementos adicionales que permitan concretar las circunstancias en las que la afinidad partidista de la demandante pudo influir en la decisión que tomó la administración de despojarla del cargo que venía ocupando, puesto que en los procesos en los que se alega la desviación de poder resulta insuficiente la mera declaración sobre la existencia de una filiación política como razón del comportamiento ilegal de la administración, razón por la que deben existir otros elementos de prueba que permitan concluir, como en este caso, que la que el Alcalde del Municipio de Ciudad Bolívar, Antioquia, tuvo la intención injusta de retirar a aquellos funcionarios que supuestamente no hicieron parte del partido o movimiento político que la respaldaba.

Es decir, en el presente caso no se aportan los elementos de prueba que permitan concluir que el retiro de la demandante obedeció a razones de conveniencia política o de interés particular como lo afirma el apoderado. Entre tanto, tampoco se probó que con el cambio de personal se hubiese desmejorado el servicio, o en su defecto, que no se cumplieran con los requisitos mínimos para desempeñar el cargo, pues no se aportó al plenario el Manual de Requisitos Mínimos para ocupar el cargo de Enfermera Jefe grado 243 en la E.S.E. Puesto de Salud de Oicata, con el fin de comprobar si contaba con las condiciones necesarias para ocupar el empleo.

Conforme a lo anotado Ut Supra y teniendo en cuenta los argumentos esbozados en el libelo introductorio de la demanda y las causales de nulidad invocadas denominadas "Por infracción a las normas en que debía fundarse" y "Por

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015). Radicación número: 05001-23-31-000-2005-01434- 01.0267-14). Actor: LUZ AMARIS GIL LOTERO, Demandado: MUNICIPIO DE CIUDAD BOLIVAR - ANTIOQUIA.



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

35

330

Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222

haber sido expedido en forma irregular", se determina que estas no tienen vocación de prosperidad.

Además de lo extensamente referido, se resalta que la permanencia del servidor público en el cargo ocupado en provisionalidad por encima del término previsto en la ley, no le genera ningún derecho de inamovilidad.¹⁰

Ahora bien respecto de las demás causales de nulidad señaladas por el apoderado de la parte actora, el Despacho realiza el siguiente pronunciamiento:

-De la causal "Por haber sido emitido con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa"

Teniendo en cuenta los argumentos planteados en esta causal, se debe destacar que la demandante en calidad de empleada provisional no ingreso al servicio en virtud del mérito, sino que su vinculación obedeció a razones discrecionales, por lo que no puede ampararse en las causales de retiro previstas en el artículo 125, inciso 4, de la Constitución Política¹¹, toda vez que ellas se reservan a los empleados cuyo nombramiento se produjo porque tenían derechos de carrera.

¹⁰ la Sección Segunda en fallo del 13 de marzo de 2003 dentro del Radicado interno 4972-01, siendo Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro, en la que con el fin de unificar la posición de las Subsecciones, dijo:

"(...)

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

"(...)

De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna.

"(...)

La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público -de la justicia en el caso de autos-, pero tal modalidad no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeña.

"(...)

Y, dado que esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera. De manera que, cuando se remueve a esta clase de personal, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del DEBIDO PROCESO ya que dichas normas no le son aplicables.

"(...)

No es posible considerar que el acto de su remoción del empleo adolezca de INDEBIDA MOTIVACIÓN, ni que esté incurso en la causal de VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO porque, como ya se dijo, la normatividad que consagra unas circunstancias de retiro, procedimiento y recursos es para el personal de carrera."

¹¹ "(...) 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. (...)".



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

Además, no es cierto como lo afirma el libelista en sus argumentos, que las imputaciones realizadas a la actora nunca le fueron trasladadas para que diera respuesta y ejerciera el derecho de defensa (fls.9-10), pues dentro del plenario se acreditó por la misma parte demandante que ello no fue así, encontrándose los memorandos con la constancia de recibido por parte de la actora, señora MARIA CLEMENCIA RIAÑO CARDENAS (folios 75, 77, 80 y 89); de igual manera, las respuestas presentadas por la demandante a los mismos (folios 76, 78-79, 81 y 90-91). Es de aclarar, que las razones expuestas por la actora en las respuestas a los memorandos, no pueden ser tenidas en cuenta en esta instancia, como quiera que no se aportó prueba documental o testimonial que corrobore lo señalado en las mismas, así como tampoco que corrobore lo manifestado en el interrogatorio de parte (fls. 227-234) referente a que no tenía que realizar los informes del P.I.P (respuesta 1 y 6), ni el diligenciamiento de los formatos a que hace alusión la pregunta no. 2 del interrogatorio, ni que la auditoria a COOSALUD haya sido solicitada por la Gerente de la E.S.E (Respuesta a preguntas 4 y 5 del interrogatorio), y en general a todo lo señalado en la referida diligencia. Contrario a ello, como se ha venido sustentando, las motivaciones expuestas en el acto administrativo objeto de la acción, se encuentran ampliamente probadas, tanto documental como testimonialmente. Así las cosas, esta causal de nulidad no tiene vocación de prosperidad.

De la causal “Por haber sido emitido el acto con desviación de las atribuciones del funcionario que produjo el acto impugnado (desviación de poder)”

Teniendo en cuenta, que el cargo de falsa motivación expuesto como argumento en esta causal ya fue objeto de estudio al inicio de este capítulo, procederá el Despacho en esta oportunidad a pronunciarse sobre el argumento que indica que no se suplió la labor que venía desempeñando la actora con una persona igual de idónea lo que a su juicio configura desviación de poder.

En este punto, se torna necesario destacar que la desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido, que el fin que este persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; de manera que



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

37

332

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

este vicio, se reconoce cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, pero en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse, tal como la finalidad inherente al buen servicio, aunque en apariencia el acto parezca inobjetable, porque a simple vista en el mismo no se vislumbre violación primaria de la ley al reunir las formalidades propias que le son exigibles y se haya proferido por el funcionario competente¹².

Al respecto, vale recordar que en el acto administrativo demandado se leen entre otras, las siguientes motivaciones:

...

i. Que es deber de la administración velar por una calidad y oportuna prestación del servicio de salud.

j. Que la prestación del servicio por parte de la señorita MARIA CLEMENCIA RIAÑO CARDENAS, como enfermera jefe, no asegura el cumplimiento de los planes y programas en salud y menos aun la adecuada prestación del servicio a la población usuaria que debe ser el centro de atención al momento de adoptar decisiones administrativas.

k. Que la función administrativa debe en todo caso procurar el logro de los fines esenciales del Estado que para el caso particular se traduce en un servicio de salud con calidad, eficiencia y oportunidad.

i. Que debe efectuarse el retiro del servicio de la funcionaria MARIA CLEMENCIA RIAÑO CARDENAS, (ENFERMERA JEFE) con miras al mejoramiento en el funcionamiento y atención a la población usuaria.

En efecto, en el artículo No. 3 del acuerdo No. 007¹³ "Por medio del cual se transforma el puesto de salud unidad administrativa especial del Municipio de Oicata, en una empresa social del estado puesto de salud del orden municipal", se estableció:

¹² GÓMEZ, Gustavo. Derecho Administrativo. Segunda Edición. Bogotá D.C.: ABC Editores Librería Limitada, 2004, p.415 - 420.

¹³ Folios 167 a 178.



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

Objeto. La Empresa Social del Estado "PUESTO DE SALUD DE OICATA", tiene como objeto la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público esencial y como parte integrante del Sistema departamental de Seguridad Social en Salud. En desarrollo de este objeto adelantara acciones de promoción, fomento y conservación de la salud y de prevención, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, así como actividades que busquen el mejoramiento de las distintas unidades que conforman la institución en beneficio del objeto social.

Así las cosas, en desarrollo y cumplimiento del objeto la entidad demandada en procura del mejoramiento en la calidad y prestación del servicio nombro en reemplazo de la demandante en el cargo de Enfermera Jefe a MARIBEL PEDROZA CAMARGO, nombramiento realizado a través de Resolución No. 004 de julio 1 de 2008¹⁴. Al respecto, en cuanto a su perfil académico y experiencia laboral se destaca en su hoja de vida (fls. 2 a 39 Cuaderno Especial de Pruebas No. 1) lo siguiente:

FORMACIÓN ACADEMICA:

...

Universitarios:

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Título: ENFERMERA

Tunja 2003

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Diplomado Sistema de Gestión de calidad basado en la norma ISO 9001

Título: AUDITOR INTERNO DE CALIDAD

Tunja 2007

EXPERIENCIA LABORAL

Entidad: E.S.E CENTRO DE SALUD SANTA LUCIA DE CUCAITA

Cargo: Enfermera

¹⁴ Folio 40 Cuaderno Especial de Pruebas No. 1.



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

39

334

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

...

Entidad: Instituto Técnico de Colombia

Cargo: Docente

...

Entidad: E.S.E HOSPITAL SANTA MARTHA SAMACA

Cargo: Enfermera

...

Entidad: E.S.E HOSPITAL BAUDILIO ACERO TURMEQUE

Cargo: Enfermera (Practica estudiantil)

...

Como se puede apreciar, no es de recibo el argumento del apoderado que el cargo que ocupaba la demandante no se suplió con una persona idónea, pues se encuentra ampliamente probado que el perfil profesional de la señora Maribel Pedroza Camargo es idóneo para ocupar el cargo sin desmejorarse la prestación y calidad del servicio. En este momento es importante destacar con respecto a la labor que va venido desempeñando la señora Maribel Pedroza Camargo que en efecto se ha presentado una mejora en la calidad y prestación del servicio, tal y como se señala en los testimonios practicados en el proceso, a saber:

Testimonio de Luz Helena Pulido Cañón (Fls.200-205)

“PREGUNTADO: CUANDO LA DRA clemencia Riaño SALIOIO (sic) DEL CARGO e ingreso otra funcionaria ha desempeñar dicho cargo, el servicio cambio o por el contrario continuo siempre igual **CONTESTO:** Frente al cambio de personal en el cargo de enfermera efectivamente hubo un cambio muy notorio debido a que a la nueva Jefe MARIBEL le gusta trabajar mas con la comunidad, participar en las diferentes dependencias en actividades de la institución, generando un mayor compromiso de la institución frente a la comunidad.....”



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

40

335

Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222

Testimonio de Leopoldina Viasus Viasus (fls.214-216)

“...

PREGUNTADO: Finalmente QUIERO PREGUNTARLE SI EN LA ACTUALIDAD (sic) ESTANDO DE GERENTE LA doctora LUZ STELLA RODRIGUEZ y la enfermera jefe MARIBEL, se han realizado actividades con la comunidad y de ser así nos puede contar en que han consistido
CONTESTO: Llevo como madre comunitaria dos años y la Jefe MARIBEL y la Doctora STELLA junto con la médico y la enfermera auxiliar me han hecho vistas (sic) de promoción y prevención, también existe el programa de club de hipertensos, también mi hogar ha participado en un encuentro que hicieron con el municipio de Combita de una actividad Lúdico Recreativa denominada el deporte es salud, han hecho campañas de vacunación para el día del niño, tienen en asocio con Coosalud tiene (sic) un programa para atención de gestantes, es lo que recuerdo a nivel de atención a comunidad.

Con lo anterior se tiene entonces, que a la actora, no obstante asistirle la carga de la prueba, de ninguna manera demostró que el acto objeto de acusación, se inspiró en razones ajenas o distintas al fin señalado por el Legislador, que permitieran establecer la presencia de desviación de poder en su expedición.

Aunado a lo anterior el despacho advierte que en los hechos descritos en el libelo introductorio se alude en el numeral once el acoso laboral por parte de la Gerente de La E.S.E, demandada, frente a este aspecto se precisa que el legislativo en el año 2006, expidió la ley 1010, por medio de la cual se adoptaron medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo estableciendo la definición y modalidades del mismo, Igualmente se distinguen tres tipos de procedimientos: Preventivos, correctivos y Sancionatorios, elementos que fueron recogidos en la sentencia T-238 de 2008 y que desarrolla los conceptos de actos de represalia o retaliatorios y procedimientos¹⁵ que se adelantan en materia de acoso laboral para la demostración del mismo, implicando este último concepto la garantía de

¹⁵ Consultar sentencia T-238 de 2008.



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

41

336

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

inamovabilidad reforzada y la verificación del hecho alegado por la autoridad competente¹⁶. Del material probatorio allegado se observa que luego de surtido el procedimiento legalmente establecido se ordenó la terminación de la actuación y el archivo definitivo del proceso adelantado con ocasión de la queja de fecha 15 de mayo de 2015, en contra de la señora Gerente Dra. LUZ STELLA RODRIGUEZ REYES, por falta de prueba.

De conformidad con lo expuesto, resulta claro que no existió desviación de poder en los términos señalados por el apoderado de la parte demandante, pues no se probó que en efecto el cargo fuera proveído con una persona no idónea para ocupar el mismo, es decir, de menores calidades en comparación con la demandante, así como tampoco, que hubiese habido una desmejora en la calidad y prestación del servicio. Por el contrario, se encuentra probado las calidades de la persona que reemplazó a la actora, así como la mejora en la calidad y prestación del servicio. Así las cosas, esta causal de nulidad no tiene vocación de prosperidad.

IV) CONCLUSION

Por lo expuesto se declarará la legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 003 de 25 de junio de 2008, mediante la cual se le retiro del servicio del cargo de enfermera jefe - código 243 ocupado en provisionalidad por la señora MARIA CLEMENCIA RIAÑO CARDENAS, proferido por el Gerente de la Empresa Social del Estado Puesto de Salud de Oicata .

Así las cosas NO se declarará la nulidad de los actos demandados, y se procederá a negar las pretensiones elevadas por la parte actora en la demanda, habida cuenta que, el Gerente de la Empresa Social del Estado Puesto de Salud de Oicatà , se encontraba facultado legal y constitucionalmente para declarar terminado el nombramiento en provisionalidad para el cual había sido nombrada la demandante, además que la parte demandante no desvirtuó la legalidad del acto administrativo , en consideración a que las razones aducidas y probadas en el proceso, no pueden ser consideradas como ajenas al buen servicio

¹⁶ Consultar sentencias T-882 de 2006.



337

**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

Por el Contrario la decisión de la administración contenida en la Resolución No. 003 de 25 de junio de 2008, mediante la cual se le retiro del servicio del cargo de enfermera jefe - código 243 a la señora MARIA CLEMENCIA RIAÑO CARDENAS, se suscribió en estricto cumplimiento de las formas legales y jurisprudenciales, siendo ampliamente motivada en la medida que se demostraron las razones de hecho y de derecho y que sí existía la necesidad de mejorar el servicio, y que por lo tanto, las razones alegadas para la terminación del nombramiento en provisionalidad de la actora correspondieron a la realidad; por consiguiente se reitera la presunción de legalidad que la ampara permanece incólume y en consecuencia se negaran las pretensiones elevadas por el actor en la demanda y se declararan probadas las excepciones de Inexistencia de la obligación y causa demandada y legalidad del acto administrativo demandado propuestas por la entidad demandada.

V) Costas.

De conformidad con el artículo 171 del C.C.A., no hay lugar a condena en costas en contra de la parte demandante, toda vez que no se observa temeridad o mala fe que justifique una condena de dicha índole.

VI). DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA.

PRIMERO: Declara probada la excepción de Inexistencia de la obligación y causa demandada, y legalidad del acto administrativo demandado, propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO: **Negar** las pretensiones de la demanda a la señora MARIA CLEMENCIA RIAÑO CARDENAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

43 338

*Fallo Sistema Escritural - Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013331007-2008-00222*

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO.- NOTIFIQUESE esta providencia a través de la secretaría del Juzgado de Origen en la forma y términos previstos en el artículo 173 del C.C.A

QUINTO.- Cumplido lo anterior y Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría del Juzgado de origen, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el sistema único de información de la rama judicial "Justicia Siglo XXI". Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

SEXTO. Devuélvase el expediente al Juzgado de Origen a fin de que se Continúe con el trámite procesal que corresponda y se surtan Las Notificaciones pertinentes. Déjense las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO

JUEZ