



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ – DISTRITO JUDICIAL DEL TOLIMA

Ibagué, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Clase de Proceso: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Demandante: DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ

Demandado: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E. - IBAGUÉ

Radicación: No. 73001-33-33-007-2019-00295-00

Asunto: Reintegro.

Como toda la actuación de la referencia se ha surtido conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual, el **Juzgado Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito de Ibagué / Distrito Judicial del Tolima**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente...

S E N T E N C I A

I.- COMPETENCIA

Tal y como se expuso en el auto admisorio de la demanda, este Despacho es competente para conocer y decidir el presente asunto, conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 155 y en el numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

II.- ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA:

A través de apoderado judicial, la señora DIANA JULIETH GAITÁN NUÑEZ ha promovido demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes

2.1. DECLARACIONES Y CONDENAS:

- 2.1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 3659 del 26 de diciembre de 2018, por medio de la cual se declaró insubsistente un nombramiento en provisionalidad.
- 2.1.2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho:
 - 2.1.2.1. Se ordene al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E reintegrar a la señora DIANA JULIETH GAITAN NUÑEZ al cargo que venía desempeñando o a uno de superior categoría, de funciones y requisitos afines para su ejercicio, con retroactividad a la fecha de la insubsistencia.
 - 2.1.2.2. Se ordene al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E, reconocer y pagar a la señora DIANA JULIETH GAITAN NUÑEZ, todas las sumas correspondientes a salarios, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, inherentes al cargo, y desde la fecha de la insubsistencia hasta la fecha en que efectivamente se reintegre al servicio, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia.
 - 2.1.2.3. Se declare para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de DIANA JULIETH GAITAN NUÑEZ, desde el momento de su desvinculación, hasta la fecha de reintegro.
 - 2.1.2.4. Se condene a la demandada a que sobre las sumas adeudadas se paguen las necesarias para hacer los ajustes del valor de dichas sumas conforme al IPC, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, a título de indexación.
 - 2.1.2.5. Dar cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
 - 2.1.2.6. En caso de no efectuarse el pago de forma oportuna, se condene a la demandada a reconocer y pagar los intereses comerciales y moratorios, conforme a lo preceptuado en el Código General del Proceso.
 - 2.1.2.7. Se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.
- 2.2. Como fundamentos fácticos de la **CAUSA PETENDI DEL PRESENTE MEDIO DE CONTROL**, expuso los siguientes:
 - 2.2.1. La señora DIANA JULIETH GAITAN NUÑEZ fue nombrada en provisionalidad en el HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E, para ocupar el cargo de Auxiliar en el Área de la Salud, código 412, grado 19, desde el 16 de junio de 2008 hasta el 14 de enero de 2019.
 - 2.2.2. Mediante Resolución 3659 del 26 de diciembre de 2018 fue desvinculada de su cargo, al declarar la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad, en la planta global del Hospital a partir del 14 de enero de 2019, en cumplimiento del acto administrativo por medio del cual se dispuso la lista de elegibles del concurso de mérito para proveer cargos de planta de la Empresa Social del Estado. Decisión notificada a través del oficio No. 1206GTH000183 del 11 de enero 2019.
 - 2.2.3. La señora DIANA JULIETH GAITAN NUÑEZ previo a la desvinculación, es decir desde el 09 de julio de 2018 inició con un cuadro clínico descrito en los folios 131 al 133 del archivo

01CuadernoPrincipal del expediente digital, que en aras de la brevedad se tendrán reproducidos en el presente numeral.

Afirma que durante todas las etapas del concurso se desencadenó su enfermedad, encontrándose incapacitada desde el día 13 de julio de 2018 hasta el 04 de marzo de 2019, generando que al momento de su desvinculación se encontrara en estado de estabilidad reforzada por su condición de salud.

2.2.4. Conforme lo anterior, radicó acción constitucional de tutela correspondiendo por reparto al Juzgado Primero Laboral del Circuito, quien, en primera instancia, a través de providencia del 27 de marzo del 2019 negó el amparo constitucional solicitado.

2.2.5. Actualmente, la señora DIANA JULIETH GAITAN NUÑEZ continúa con incapacidad debido a su enfermedad, encontrándose en tratamientos médicos con miras a lograr la recuperación y rehabilitación integral, pero debido a la desvinculación laboral en pleno tratamiento médico, fue obligada a pasar al grupo familiar en calidad de beneficiaria de su esposo.

2.2.6. Radicó solicitud de calificación de pérdida de la capacidad laboral ante el Fondo de Pensiones, COLPENSIONES.

2.2.7. El 26 de marzo de 2019 radicó queja ante el Ministerio de Trabajo, toda vez que la entidad desconoció su condición de salud por enfermedad catastrófica.

2.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

La parte demandante anunció como normas violadas, las siguientes:

- Constitución Política: artículos 48, 13
- Sentencia de tutela No. 153/2016 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa de fecha del 10 de abril de 2016.
- Expediente T- 4.538.765 (Asunto: Calificación de pérdida de capacidad en enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas).
- Decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.5.3.2

Concepto de Violación.

Inicia su relato señalando que el artículo 48 de la Constitución Política establece que la seguridad social es un derecho irrenunciable, el cual debe ser garantizado a todos los colombianos en forma de servicio público obligatorio, acorde con la dignidad del ser humano, y deberá ser administrado por el Estado.

Respecto al desarrollo jurisprudencial que realiza, indica que, al tratarse de personas solicitantes de la pensión de invalidez, que sufren enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, la petición de reconocimiento del derecho debe ser estudiada por la entidad administradora de pensiones considerando que, al tratarse de estas enfermedades, cuyos efectos se manifiestan con mayor gravedad con el tiempo, la fuerza de trabajo va menguándose de manera paulatina.

Cita el expediente T-4.538.765, cuya situación considera se aplica al caso en concreto, en donde se dijo que al tratarse de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas es posible tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, cuando aún la persona conserva

su capacidad laboral residual, al punto de continuar con su vinculación laboral, realizando los correspondientes aportes al sistema de seguridad social pues hasta el momento en el que se le practique el examen de calificación de la invalidez, la persona pierde la capacidad efectiva para seguir trabajando. Por ello, concluye la Sala que la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales del accionante, tanto por omitir las condiciones especiales en las que se encontraba, dado su grado de invalidez que o hacia sujeto de especial protección constitucional.

Refiere que el artículo 13 de la Constitución Política consagra la protección especial para las personas que se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta, es decir, en una situación de evidente desigualdad debido a las circunstancias particulares que las rodean, sean estas físicas, psíquicas o económicas, por lo que merecen una mayor protección de sus derechos, y así lo deberán entender los operadores jurídicos.

Afirma que, con relación a las medidas afirmativas en favor de las personas en mención, se deberá tener en cuenta que el Decreto 1083 de 2015, estipula que en el evento en que la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta en primer lugar “enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad”.

III.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 26 de julio de 2019¹ y finalmente admitida a través de auto del 11 de octubre de ese mismo año², proveído en el que igualmente se ordenó la vinculación de la señora ARELLY JOHANA PERDOMO OVALLE, de conformidad con lo establecido en el artículo 61 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 227 de la Ley 1437 de 2011.

Surtidas las notificaciones al Hospital Federico Lleras Acosta y a la vinculada, se aprecia que la entidad contestó la demanda, mientras que la vinculada guardó silencio, conforme la constancia secretarial vista a folio 01 del archivo denominado *04VencimientoTrasladoArt172CorreTrasladoArt173* que reposa dentro de la carpeta *01CuadernoPrincipal* del expediente digital.

3.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E (fls. 429 a 445)

La apoderada de la entidad demandada manifiesta que se opone a cada una de las declaraciones y condenas, argumentando **frente a la vinculación de la demandante** que, esta tiene la categoría de empleada pública al ostentar un cargo en provisionalidad en una Empresa Social del Estado, al cual se accede a través de un concurso de méritos ofertado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Adiciona que, los concursos para proveer los empleos públicos serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño, y es la CNSC el organismo facultado por la Constitución y la Ley para administrar la carrera administrativa, así como para adelantar los procesos de selección. Sin embargo, resulta necesario que las personas vinculadas con el Estado mediante nombramiento provisional y que deseen acceder a un empleo publico de carrera administrativa en

¹Folio 2 del cuaderno principal del expediente

² Folios 143 a 148 del cuaderno principal del expediente.

propiedad, participen en los concursos de mérito abiertos para tal fin, y con ello garantizar la meritocracia, toda vez que de no presentarse al concurso alegando una situación especial de indefensión no lograría demostrar su capacidad y mérito en igual de condiciones.

Respecto a la **declaratoria de insubsistencia**, indica que el Despacho deberá tener cuenta que la entidad demandada tiene la calidad de ser una Empresa Social del Estado, de naturaleza pública y cuyos cargos al tratarse de servidores públicos, como la señora Gaitán Núñez, son provistos en virtud del principio del mérito y en desarrollo del artículo 125 de la Constitución, situación que no se presentó en el caso en concreto pues la demandante no participó en el concurso de méritos para asumir a la vacante en el empleo de carrera administrativa denominado Auxiliar Área de salud, Código 412, Grado 19.

Al referirse al Decreto Ley 1083 de 2015, a través del cual se dispuso el orden que deberá atenderse para realizar la provisión definitiva de los empleos de carrera, y se dijo que antes de efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba y retirar a los provisionales, se deberá tener en cuenta si presentan enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad, destacó que ello tiene aplicabilidad, cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección, esté conformada por número menor de aspirantes al de los empleos ofertados a proveer.

En cuanto al **fuego de estabilidad laboral reforzada con ocasión al estado de salud**, luego de realizar un recuento jurisprudencial, concluye que, la estabilidad laboral reforzada es una garantía que está dirigida a proteger a aquellas personas en situación de discapacidad, cuya relación laboral finaliza como consecuencia de esa condición, es decir por un criterio discriminatorio, motivo por el cual, en los eventos en los que el empleador requiera dar por terminada una relación laboral con una persona que goza de fuego, precisa de la configuración de un hecho objetivo que demuestre que el despido no está relacionado con la discapacidad, y además deberá de contar con la autorización de la autoridad de trabajo. Situación que en el caso en concreto no ocurrió pues la señora Gaitán Núñez fue separada de su cargo por el concurso de méritos adelantado por la CNSC, por lo tanto, no es beneficiaria del fuego de estabilidad laboral reforzada por su estado de salud.

Para sustentar sus razones de defensa, propuso las siguientes excepciones:

Prescripción

Cita los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal Laboral para precisar, que el simple reclamo sobre un derecho que hace el trabajador, recibido por el empleador interrumpe la prescripción por un periodo igual, y que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años.

Actuación en cumplimiento de un deber legal

Indica que el actuar del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E se enmarca en el cumplimiento de un deber legal según lo consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, el cual deja claro que el ingreso y permanencia en los empleos de carrera administrativa debe hacerse exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección a través de concursos de méritos. Y que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la competente para adelantar dicho concurso, los cuales serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño. Es por lo anterior, que la entidad demandada una vez notificada la Resolución No. CNSC – 20182110173945 del 05 de diciembre de 2018, mediante de la cual se conformó la lista de elegibles

para la vacante del empleo de carrera denominado Auxiliar Área de la Salud, Código 412, Grado 19, procedió a dar cabal cumplimiento en los términos establecidos en la Ley y Jurisprudencia.

Posteriormente, y por considerar que el presente asunto se encuadraba dentro de los parámetros establecidos en el Decreto 806 del 04 de junio de 2020 para emitir sentencia anticipada, mediante proveído del 11 de septiembre de 2020³ se incorporaron las pruebas allegadas por las partes y, a través de auto de fecha 9 de abril de 2021⁴ se ordenó correr traslado para alegar de conclusión, llamado que fue atendido por la parte demandante y la entidad demandada⁵, quienes se pronunciaron en los términos que a continuación se sintetizan:

3.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.2.1. PARTE DEMANDANTE (fls. 01 y 55 del archivo denominado 15EscritoAlegacionesApoderadoParteDemandante de la carpeta 01CuadernoPrincipal del expediente digital)

Aunado a lo expuesto en la presentación de la demanda, señala que, el problema jurídico se centra en determinar la vulneración de los derechos laborales, en razón a que la señora GAITAN NUÑEZ fue desvinculada encontrándose bajo el seguimiento médico en aras de determinar un diagnóstico que comprometía su estado de salud, tanto así que estuvo hospitalizada y, por ende, incapacitada, por lo que la entidad demandada hizo caso omiso a su condición de estabilidad laboral reforzada en razón a su estado de salud, y mediante acto administrativo la declaró insubsistente.

Por lo anterior y con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de la demandante, y con base en el desarrollo jurisprudencial sobre estabilidad laboral reforzada en razón al estado de salud, y en concordancia con la protección de los derechos laborales, y en aplicación al artículo 53 de la Constitución Política, solicita reconocer favorablemente las pretensiones incoadas.

Adicionalmente indica que, no existen fundamentos de hecho ni de derecho para que la entidad desconozca los derechos adquiridos de la señora Julieth Gaitán, toda vez que cumplía con igualdad de requisitos para desempeñar dicho cargo, sin embargo, una situación de salud le impidió sustancialmente continuar con el Concurso de Méritos para proveer cargos de planta de la E.S.E, llevado a cabo por la Comisión Nacional del Servicio Civil, conforme al acuerdo No. CNSC – 2016000001276 y 20161000001416 del 2016, emitido por esta entidad y a través de los cuales se convocó a Concurso de Méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Hospital Federico Lleras por la convocatoria 426 de 2016.

Así la cosas, por mandato expreso de la constitución le asiste el derecho a reclamar el pago de los respectivos derechos laborales al reintegro y acreencias laborales que le adeudan, ya que estos son considerados derechos mínimos e irrenunciables con que cuenta todo trabajador.

Finaliza manifestando que, existe en el expediente obra prueba suficiente que permite establecer que le asiste el derecho a la demandante, pues se evidencia el quebrantamiento del derecho a la igualdad y al reconocimiento de la garantía de estabilidad laboral reforzada, en virtud de que existen elementos objetivos, claros y evidentes que demuestran que estando desempeñando el cargo, habiendo iniciado

³ Ver archivo denominado 09AutoIncorporaPruebas del expediente digital.

⁴ Ver archivo denominado 11CorreTrasladoAlegar del expediente digital.

⁵ Ver archivo 18VencimientoTrasladoAlegacionesPasaDespachoSentencia del expediente digital.

el proceso para concursar, se desencadenó un diagnóstico que lamentablemente le impidió el desempeño de sus funciones, situación que fue conocida por la entidad demandada desde el inicio de su proceso de seguimiento médico y, por ende, nunca existió una causal objetiva.

Aporta 49 folios de la historia clínica que se encuentran en el archivo denominado *15EscritoAlegacionesApoderadoParteDemandante* de la carpeta *01CuadernoPrincipal* del expediente digital, los cuales coinciden en su integridad con los aportados con el escrito de demanda inicial.

3.2.2. HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E (fls. 01 a 04 del archivo denominado *12EscritoAlegacionesHospitalFedericoLlerasAcostalbague* de la carpeta *01CuadernoPrincipal* del expediente digital)

La apoderada de la parte demandada indica que, en cumplimiento del ordenamiento legal, el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E reportó a la Comisión Nacional del Servicio Civil un total de 61 empleos con 243 vacantes, incluyendo 11 vacantes correspondientes a la OPEC No. 32381. Por lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil a efectos de proveer, a través del mérito, las vacantes de los empleos de carrera administrativa existentes en la planta de personal del Hospital, ofertó dichas plazas a través de la convocatoria 426 y, en consecuencia, se obtuvo la lista de elegibles conformada por 126 aspirantes para proveer 92 vacantes al cargo de Auxiliar Área de la Salud código 412, grado 19, OPEC 32381.

Afirma que el principal argumento para justificar la presunta desvinculación irregular de la señora Diana Gaitán, se finca en que al momento de ser desvinculada del cargo que desempeñaba en provisionalidad se encontraba en debilidad manifiesta por el estado de salud que presentaba, es una teoría que resulta inaplicable al caso en concreto, teniendo en cuenta que a la fecha de reporte y apertura de la convocatoria No 426 de 2016 para Empresas Sociales del Estado, no había sido diagnosticada con enfermedad catastrófica, y tampoco se trató de un acto de discriminación, conforme al juicio de la Corte Constitucional en sentencia SU-040 de 2018.

Finaliza reiterando los argumentos de la contestación de la demanda para concluir, que la actuación desplegada por el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. de Ibagué, en calidad de entidad nominadora, estuvo revestida de legalidad y conducencia, por lo que solicita sean denegadas las pretensiones de la demanda.

En ese orden de ideas, surtido el trámite procesal, el Despacho procede a elaborar las siguientes:

IV.- CONSIDERACIONES

4.1 PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico objeto de estudio se centra en determinar *si el acto administrativo contenido en la Resolución No. 3659 del 26 de diciembre de, expedida por el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E, por medio del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento efectuado a la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ, en el cargo de Auxiliar Área de la Salud Código 412, Grado 19, vulneró lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, que promueve la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas en condición de discapacidad, lo que quebranta sus garantías superiores al debido proceso, igualdad y trabajo*

4.2. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

- Constitución Política, artículo 125.
- Ley 361 de 1997.
- Ley 909 de 2004, artículo 1º y 5º.
- Ley 790 de 2002.
- Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, expediente 17001-23-33-000-2017-00138-01 (AC), C.P. María Elizabeth García González
- Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2016, expediente 19001-23-31-000-2002-08000-01(0412-10) C.P. Cesar Palomino Cortés.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 22 de octubre de 2015, expediente: 19001-23-33-000-2015-00354-01(AC). C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 21 de julio de 2011, radicación número: 11001-03-15-000-2011-00769-00(AC). C.P. William Giraldo Giraldo.
- Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia de 21 de julio de 2011, expediente 11001-03-15-000-2011-00769-00(AC). C.P. William Giraldo Giraldo.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 23 de septiembre de 2010, expediente 25000-23-25-000-2005-01341-02. No. interno 0883-2008. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.
- Corte Constitucional, sentencias SU 917 de 2010, SU 250 de 1998, C-514 de 1994, C-292 de 2001, C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392, C-114, C-392 de 2001, T-222 de 2005, T-610 de 2003, T-800 de 1998, T-884 de 2002, T- 572 de 2003, T- 1206 de 2004 y T-007 de 2008 entre otras.

4.2.1. Sobre la obligación de motivar los actos de insubsistencia de un nombramiento realizado en provisionalidad.

La línea jurisprudencial de la H. Corte Constitucional ha establecido la necesidad de motivar los actos de desvinculación de funcionarios que ejercen en provisionalidad un cargo de carrera administrativa. A manera de ejemplo, se cita la sentencia T-007 de 2008, en la cual además de lo anterior, se hace alusión a la diferencia que existe entre la declaratoria de insubsistencia del empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, y la de un empleado de libre nombramiento y remoción:

“... la Legislación prevé que en ciertos casos no se requiere la motivación. Esto sucede, por ejemplo, cuando quien se desvincula del servicio es un empleado de libre nombramiento y remoción. Ha manifestado la Corte Constitucional que al “tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador⁶.” Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que “el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación⁷.”

“Bajo estas circunstancias, el nominador goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Ha sostenido la Corporación

⁶ Así lo expresó en las sentencias C-514 de 1994, en la SU 250 de 1998 y en la sentencia C-292 de 2001.

⁷ Ver Corte Constitucional. Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001.

en numerosas ocasiones que, “la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución⁸.” Ha recalcado, además, que la no motivación de esos actos constituye “una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno⁹.”

“Cosa distinta ocurre con los cargos de carrera. Las personas que acceden a estos cargos deben reunir un conjunto de condiciones de mérito y sólo cuando demuestran que cumplen con los requisitos para acceder pueden ocupar un puesto de carrera. La provisión de estos cargos se somete, por consiguiente, a los procesos de selección y a los concursos públicos que determine la ley. De ahí, que quienes ejercen cargos de carrera gocen de mayor estabilidad y su desvinculación únicamente proceda por razones disciplinarias, por calificación insatisfactoria de labores o por otra causal previamente determinada por la Ley¹⁰. La Legislación exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa deba ser motivado.

“La legislación ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad cuando se presentan vacancias definitivas o temporales “mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”¹¹. En numerosas ocasiones¹² y recientemente en la sentencia T- 222 de 2005 la Corte Constitucional ha dicho que:

“pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción. En tal sentido esta Corporación ha reiterado que ‘el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. Así pues, ha precisado que procede la desvinculación como consecuencia de una falta disciplinaria o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar¹³ .”

“Los actos por medio de los cuales se desvincula a una funcionaria o a un funcionario nombrado en provisionalidad para ejercer un cargo de carrera deben ser motivados, pues, de lo contrario, se incurre en desconocimiento del derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso.”¹⁴

“Visto lo anterior, no cabe duda a la Sala de que la jurisprudencia reiteradísima de esta Corporación en todas sus Salas ha sostenido que el derecho al debido proceso administrativo involucra la garantía que cobija a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, de ser desvinculados mediante resolución motivada. En tal virtud este tipo de funcionarios gozan de cierta estabilidad laboral.” (Negrillas del Juzgado).

Esta tesis ha sido reiterada en innumerables ocasiones por la Corte Constitucional, entre ellas se destacan las Sentencias S-691 de 2011, T- 1083 de 2012 y la sentencia T-147 de 2013, última en la cual se expresó:

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2005.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2003.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002, T- 572 de 2003 y T- 1206 de 2004.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T- 1206 de 2004.

¹² Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002 y T-519 y T-610 de 2003.

¹³ Ver sentencia T- 800 de 1998. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias T-884 de 2002 y T-610 de 2003.

¹⁴ T-132 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

Es así como, la Corte Constitucional, de manera pacífica ha precisado que los actos de insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad deben ser motivados, pues solo de esta manera, el afectado puede verificar si se ajusta o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico.

Por su parte, el Consejo de Estado ha definido dos posiciones frente a este tema, la primera, parte de un análisis de la legislación anterior a la ley 909 de 2004 (entre ellas el artículo 13 y 30 de la Ley 443 de 1998 y 120 del Decreto 1572 de 1998) y, la segunda, tiene como sustento la ley 909 de 2004 y sus Decretos reglamentarios.

En la primera posición (Ley 443 de 1998), el empleado nombrado en provisionalidad no goza de ninguna estabilidad, pues su nombramiento y desvinculación se realiza en virtud de la facultad discrecional del nominador. En ese sentido, la entidad administrativa puede desvincular a sus funcionarios sin observar ningún procedimiento previo, ni motivación expresa, al presumirse con dicho acto el mejoramiento del servicio.

En sentencia del 12 de febrero de 2004, el Consejo de Estado consideró que los empleados designados de manera provisional podían ser retirados discrecionalmente, según lo previsto en los decretos reglamentarios 1950 de 1973, art. 107 y 1572 de 1998, art. 7°. En efecto, el Decreto 1950 de 1973, en su artículo 107 establecía: *“En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”*.

En consecuencia, a la luz de la Ley 443 de 1998, el retiro del servicio para los empleados provisionales podía disponerse mediante un acto de insubsistencia que, formalmente, no requería ser motivado, por tratarse del ejercicio legítimo de la facultad discrecional del nominador,

Posteriormente, el régimen de carrera administrativa sufrió varias modificaciones, de las cuales se destacan las siguientes:

“...LEY 909 DE 2004. ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) <Literal INEXEQUIBLE>
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>

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.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado” (Negrillas del Juzgado).

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005 consagró:

“Artículo 9°. 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. Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”

En atención al cambio legislativo que sufrió el régimen de carrera administrativa con la expedición de la ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, el H. Consejo de Estado matizó su posición para adecuarse a la misma; es así como, en sentencia del 23 de septiembre de 2010, con ponencia del H. Magistrado Gerardo Arenas Monsalve, realizó un completo análisis de las normas que han regulado la función pública en Colombia, para finalmente concentrar su atención en lo establecido en la ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, destacando lo siguiente:

“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO¹⁵, 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).

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

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos¹⁶ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado¹⁷.

Aclara el Consejo de Estado que, en vigencia de la ley 443 de 1998, el nominador podía disponer el retiro del servicio de los empleados nombrados en provisionalidad, mediante acto administrativo que no requería ser motivado, presumiendo que fue expedido por razones del servicio público pues consideró que el ejercicio de dicha facultad discrecional no podía estar condicionado a la celebración de un concurso de méritos para proveer los cargos de carrera administrativa, so pena de desnaturalizar la

¹⁵ 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.

¹⁶ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente GERARDO ARENAS MONSALVE. Referencia 25000-23-25-000-2005-01341-02. No. interno 0883-2008. Actor MARIA STELLA ALBORNOZ MIRANDA.

esencia de la misma, en la medida en que se exigía el cumplimiento de un requisito no previsto por el propio legislador.

Sin embargo, las disposiciones normativas consagradas en la Ley 909 de 2004, restringieron los nombramientos provisionales y se privilegió el encargo para proveer los empleos de carrera en espera a que se hiciera efectivo el proceso de selección. Por su parte, el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909, dispuso en el artículo 9 que las vacancias de los empleos de carrera podían ser ocupadas por medio de nombramientos en provisionalidad, como situación subsidiaria al encargo dirigido a empleados inscritos en carrera, caso en el cual, solo mediante acto motivado, el nominador podía darlos por terminados.

Esta posición ha sido reiterada por la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, especialmente en fallos de tutela contra providencias judiciales que dejaron incólume el acto de retiro de los empleados nombrados en provisionalidad a pesar de la falta de motivación. Para dicha Corporación, el acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado en provisionalidad no puede expedirse en virtud de la facultad discrecional y, en consecuencia, debe ser motivado con el fin de garantizar el principio de publicidad y que el destinatario cuente con algunos elementos mínimos para controvertir los actos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en caso de considerar que existe desviación de poder.

Reitera que, en estas circunstancias, la competencia para el retiro está reglada en las causales consagradas por la Constitución Política y en los artículos 41 de la Ley 909 de 2004 y 10 del Decreto 1227 de 2005. Enfatiza que en vigencia de la Ley 909 de 2004, el retiro de los empleados nombrados en provisionalidad debe ser motivado por razones de índole constitucional que la Corte Constitucional precisó anteriormente, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, pues lo contrario configura una vía de hecho por defecto sustantivo.

Es por ello, que se trae a colación la sentencia de tutela 769 del 21 de julio de 2011, que retoma el tema de la siguiente manera:

“En observancia de lo anterior, se tiene que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, cuando se desvincula un funcionario que se encuentra desempeñando un cargo de carrera en provisionalidad, el nominador tiene la obligación de expresar las razones de su retiro, es decir, que el acto administrativo de desvinculación debe ser motivado. En el caso bajo estudio se tiene que la Resolución No. 129, mediante la que el Personero Distrital de Barranquilla declaró insubsistente al señor JAIRO ANTONIO HENRIQUEZ FERREIRA, fue dictada el 3 de junio de 2005, es decir con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, lo que quiere significar que el Tribunal accionado debió aplicar la mencionada ley al estudiar la legalidad de la resolución de desvinculación. Sin embargo, en el fallo dictado el 2 de febrero por el Tribunal Administrativo del Atlántico se afirmó que “...la resolución No. 129 del 3 de junio de 2005, fue expedida por la administración en ejercicio de la facultad discrecional con que se encuentra investida, por tratarse de un empleado nombrado en provisionalidad, que no contaba con fuero de estabilidad, y en consecuencia, podría ser desvinculado en cualquier momento, sin ninguna motivación...”, por lo que resulta evidente que en dicho fallo se incurrió en indebida interpretación de la Ley 909 de 2004”¹⁸.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 21 de julio de 2011. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00769-00(AC). Consejero ponente: William Giraldo Giraldo.

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, en sentencia del 12 de abril de 2012, el H. consejo de Estado, con ponencia del H.C. Luís Rafael Vergara Quintero, señaló lo siguiente¹⁹:

“La Sala encuentra que la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, muy a pesar de que se dirige a condensar la manera como la Ley 909 de 2004 consagra el ingreso y retiro al servicio público de, entre otros, los funcionarios provisionales, concluye que por su estabilidad precaria, pueden ser retirados sin necesidad de motivación alguna, incluso, con fundamento en el Decreto 1950 de 1973. Asimismo, de manera escueta, manifiesta en la providencia que en gracia de discusión, de aceptarse la necesidad motivación del acto, visto su contenido literal, este se encuentra motivado en la facultad discrecional del nominador. Dicho criterio no sólo contraviene la ley vigente, Ley 909 de 2004 –a la que por mandato constitucional está sometido-, sino la jurisprudencia de unificación dictada por la Corte Constitucional y por esta Corporación, a partir de lo cual se exige la motivación adecuada del acto que retire a un provisional. Así las cosas, el entonces ad quem debió efectuar un análisis del caso concreto bajo el imperio de la ley vigente y la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo y Constitucional al respecto, empero, al no hacerlo, incurrió en vulneración del debido proceso que amerita protección constitucional”²⁰.

Así las cosas, a partir de la vigencia la ley 909 de 2004, las entidades públicas están obligadas a motivar de manera expresa los actos que dispongan el retiro del servicio de los empleados nombrados en provisionalidad, así el nombramiento se haya realizado en vigencia de la ley 443 de 1998, a fin de salvaguardar el principio constitucional de igualdad, para lo cual deberán exponer las razones por las cuales se da por terminada la provisionalidad. Lo anterior, encuentra su justificación en el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley, y lo regulado en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2.005²¹.

4.2.2. El principio del mérito en nuestro ordenamiento jurídico.

El principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido en el artículo 125 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“...ARTÍCULO 125. 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.

¹⁹ Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00378-00(AC).

²⁰ Sobre el mismo tema consultar las sentencias del 5 de mayo de 2011, C.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01401-01(AC); Sentencia del 16 de abril de 2012. C. P: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00398-00(AC); Sentencia del 23 de octubre de 2012. C. P: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00671-01(AC)

²¹ Ver sentencias del Consejo de Estado del 127 de enero de dos mil once. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-05348-02(2288-08) y del doce (12) de octubre de dos mil once (2011) Radicación número: 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11)

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

Parágrafo. Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2003, artículo 6°. 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 este fue elegido...”.

Como se puede apreciar a partir de la norma, en el artículo 125 se estableció la carrera administrativa como regla general, la cual se concretiza en la realización de concursos como principal forma de ingresar a la administración pública, a fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades²².

En relación con el mérito la Corte Constitucional en la sentencia C- 901 señaló: “...En suma, el mérito, como fundamento del ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, no solo se ajusta a los principios y valores constitucionales, sino que al encaminarse al logro de los fines consagrados en el artículo 209 Superior, propende por la supresión de los factores subjetivos en la designación de servidores públicos y la eliminación de prácticas anti-modernas como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo...”²³.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta las funciones que se le otorgaron a la Comisión Nacional del Servicio Civil como garante del mérito y la vigencia de las listas de elegibles, de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

En cuanto al primer aspecto, en el artículo 11 de la mencionada ley se señaló que le corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil “a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley”, y “k) Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa”.

Por su parte, en el artículo 12 “h) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley”.

A partir de lo expuesto, es claro que la Comisión Nacional del Servicio Civil debe establecer las medidas para darle correcta aplicación a los principios de mérito, y absolver las consultas de las entidades.

Ahora bien, en el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, se estableció que “con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso”.

4.2.3. De la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad

²² Cfr. Jorge Iván Rincón Córdoba. «Propuestas desde la función pública para la creación de un escenario de paz», en: Alberto Montaña Plata, Andrés Fernando Ospina Garzón, (editores), *La constitucionalización del derecho administrativo. El derecho administrativo para la paz*. Tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

²³ Corte Constitucional, sentencia C – 901 de 17 de septiembre de 2008, magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

A través de la Ley 361 de 1997, nuestro legislador estableció mecanismos de integración social de las personas con limitación y otras disposiciones, la cual en su artículo 26, consagró lo siguiente:

“Artículo 26. Modificado por el art. 137, Decreto Nacional 019 de 2012. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

(...)”

Sobre el particular, y en especial sobre el tema objeto de debate, resulta oportuno traer a colación el pronunciamiento realizado por parte de nuestro Órgano de cierre, en sentencia de la Sala de Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, de fecha 1 de septiembre de 2016, con ponencia del C.P Cesar Palomino Cortés, en donde se señaló lo siguiente:

“...marco constitucional y legal sobre la protección especial de la población que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta. A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991²⁴, se ha venido consolidado en el país un marco jurídico que determina los derechos de la población con discapacidad y al mismo tiempo las obligaciones del Estado y la sociedad para con ellos. En este sentido, se observa que el artículo 13 de la Constitución consagra una cláusula de protección especial en favor de las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Por su parte, el legislador se ha encargado de desarrollar dicha protección especial mediante la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación, y la Ley 762 de 2002, que aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad²⁵.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dispone:

“Artículo 26.- Modificado por el art. 137, Decreto Nacional 019 de 2012. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

La anterior disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en Sentencia C-531/00, por considerar que se trata de una “protección del trabajador que sufre de una disminución física, sensorial o síquica, en cuanto impide que ésta se configure per se en causal de despido o de terminación del contrato de trabajo, pues la misma sólo podrá alcanzar dicho efecto, en virtud de la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada”.

Indicó la Corte que el requerimiento de la autorización de la oficina de trabajo para proceder al despido o terminación del contrato de trabajo debe entenderse como una intervención de la autoridad pública encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo según el ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente sobre estas materias, para corroborar la situación fáctica que describe dicha causa legal de despido y proteger así al trabajador.

En torno a la indemnización prevista en dicha norma, afirmó que constituye una sanción adicional para el patrono

²⁴ Los artículos 47 y 54 de la Constitución Política, establecen el deber del Estado de adelantar políticas encaminadas a la previsión, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, y brindarles la atención especializada que requieran, así como garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud

²⁵ Para los efectos de dicha Convención, se entiende por Discapacidad, la existencia de “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

que actúa contradiciendo la protección de la estabilidad laboral reforzada de los minusválidos aunque reconoció que no resulta suficiente para la protección de la discapacidad, por lo cual consideró que una interpretación constitucional de la norma exige su integración con los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54). Así entonces, declaró la exequibilidad del inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria.

En el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo OIT, se ha ocupado del tema de la discriminación laboral contra personas discapacitadas, así se observan, entre otros instrumentos, en el Convenio No. 159 de 1983 sobre adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, ratificado por Colombia el 7 de diciembre de 1989 y en las Recomendaciones Nos. 99 de 1955 y 168 de 1983; mediante las cuales se consideró que la adaptación y la readaptación de estas personas son imprescindibles para que puedan recuperar al máximo posible su capacidad física y mental y reintegrarse a la función social, profesional y económica que puedan desempeñar.

Así pues, una importante regla de protección laboral prohíbe obstaculizar el ingreso o perder el trabajo por razón de la limitación...”

Bajo esa misma senda, y siendo igualmente importante y relevante para el tema objeto de sentencia, se traen los argumentos expuestos, por parte del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera, en sentencia del 25 de mayo de 2017, con ponencia del C.P María Elizabeth García González, se precisó:

“...De la estabilidad laboral reforzada frente a los derechos de carrera administrativa.

El artículo 53 de la Constitución Política consagra un catálogo de principios que deben regir las relaciones laborales, dentro de los que se encuentra la igualdad de oportunidades de los trabajadores, la protección especial a la mujer y la estabilidad laboral. Respecto de este último, la Corte Constitucional en sentencia T-449 de 2008²⁶, consideró que se manifiesta en “la conservación del cargo por parte del empleado, sin perjuicio de que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral al verificar que se ha configurado alguna de las causales contempladas en la ley como “justa” para proceder de tal manera o, que dé estricto cumplimiento a un procedimiento previo”.

En sentencia T- 320 de 2016²⁷, la Corte precisó que de acuerdo con su Jurisprudencia, el derecho a la estabilidad reforzada consiste en: “(i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena de que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz”.

El derecho a la estabilidad laboral reforzada se predica de los trabajadores que ostentan una condición de debilidad manifiesta, tales como las madres o padres cabeza de familia, los que estén próximos a pensionarse, o los que se encuentren en situación de discapacidad o su estado de salud no sea óptimo²⁸.

(...)

En contraposición al derecho a la estabilidad reforzada, se encuentran los derechos derivados de la carrera administrativa, que garantizan que una persona que hubiese cumplido los requisitos y condiciones fijadas en la ley en relación con el mérito y calidad de los aspirantes, pueda acceder a los empleos en los órganos y entidades del Estado, salvo los de elección popular, libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los

²⁶ Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁷ Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos.

²⁸ En relación con los trabajadores que no gozan de un estado de salud óptimo, esta Sala refiriéndose a la Sentencia T-320 de 2016, adujo que tales personas deben ser protegidas por el Juez Constitucional en virtud de su derecho a gozar de una estabilidad laboral reforzada, con el fin de garantizar que no sean despedidas con ocasión de su enfermedad. Para el efecto, véase la sentencia de 23 de febrero de 2017 (Expediente núm. 2016-05172. Consejera ponente María Elizabeth García González.)

demás que determine la Ley. Su retiro, solamente se justifica por la calificación no satisfactoria en el desempeño del cargo, por violación al régimen disciplinario y por las demás causales que prevea la Constitución y la Ley.²⁹ (...)

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional y esta Sala ha sido clara en establecer que, en los eventos en que un cargo de carrera ofertado está provisto en forma provisional por una persona en condición de debilidad manifiesta, el retiro del servicio de esta última a causa del nombramiento de quien aprobó todas las etapas del concurso de méritos, se encuentra claramente justificado, pues es evidente que el retiro del funcionario obedeció a una causal objetiva expresamente consagrada en la Ley y no con ocasión de su condición de debilidad..." (Subrayado del Juzgado)

Por otra parte, y frente al **Decreto 1083 de 2015**, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", en virtud de la protección de las personas en situación de discapacidad, y frente al orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera, en el párrafo segundo del artículo 2.2.5.3.2, consagra lo siguiente:

"...PARÁGRAFO 2º. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. *Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
2. *Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
3. *Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
4. *Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical..."*

Para el efecto, resulta oportuno referirnos al Concepto Marco 09 de 2018, emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en donde, respecto al retiro de las personas que ocupan cargos en provisionalidad se dijo:

"...ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados".

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

En efecto, la Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial consolidada sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación de los empleados públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la cual fue sentada desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). En esta providencia, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta con ocasión de la desvinculación de una mujer madre cabeza de familia, que desempeñaba en provisionalidad el cargo de auxiliar de enfermería, el cual era de carrera. La Corte confirmó las sentencias de instancia, mediante las cuales se ordenaba el reintegro de manera transitoria, mientras la jurisdicción de lo contencioso decidía sobre la legalidad del acto por medio del cual se dispuso su desvinculación. Para tal efecto, la Corte explicó que el derecho a permanecer en un cargo determinado no es fundamental; sin embargo, consideró que, por las particularidades del caso, procedía la acción de tutela para proteger otros derechos fundamentales a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues con

²⁹ El artículo 125 de la Constitución Política prevé: "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. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción..."

base en las circunstancias particulares de la peticionaria se vislumbraba que “la pérdida del trabajo [...] y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo, si no es porque la acción de tutela permite evitarlo”.

Además, la Corte sostuvo por vez primera que “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”.

Esta postura ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). En esa ocasión, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de 24 expedientes de tutela, los cuales fueron acumulados luego de advertir la existencia de conexidad temática ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieran sido motivados. En dicha sentencia la Corte: (i) reiteró la posición sentada por la Corte desde el 1998 referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y (ii) resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar los actos administrativo con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático, la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso y el principio de publicidad.

La Sala Plena de la Corte Constitucional señaló en relación con el contenido de la motivación lo siguiente:

*“En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde **motivar los actos**, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.*

“(...)”

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 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**”.*
(Negrilla fuera de texto)

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

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la **provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo**, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado concreto.*

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos.² En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean

reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.³

Por consiguiente, y dada la realización del correspondiente concurso de méritos para la provisión de los empleos de carrera resulta procedente la desvinculación de los empleados provisionales siempre que la misma se efectuó mediante acto administrativo motivado a fin que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y ejerza su derecho de contradicción...” (Subrayas del Juzgado)

4.3. DE LO PROBADO EN EL PROCESO

4.3.1 Copia de la Resolución No 3659 del 26 de diciembre de 2018, expedida por la Agente Especial Interventora del Hospital Federico Lleras Acosta, por medio de la cual se efectuó un nombramiento en periodo de prueba y se declaró insubsistente un nombramiento en provisionalidad, indicando textualmente lo siguiente:

“...CONSIDERANDO:

Que los artículos 23 de la Ley 909 de 2004 y 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015 establecen que los empleos de carrera en vacancia definitiva se proveerán en periodo de prueba con los seleccionados mediante el sistema de mérito.

Que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales, mediante Convocatoria Número 426 de 2016, dio apertura a concurso abierto de méritos para la provisión de los empleos el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué Tolima E.S.E., convocó 243 cargos en vacancia definitiva.

Que cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió acto administrativo No 20182110174315 del 05/12/2018, por el cual conformó las listas de elegibles para proveer los citados empleos de carrera del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué Tolima E.S.E., que fueron convocados a través de la Convocatoria No 426 de 2016, según lo dispuesto en el Acuerdo No. 2016000001276 del 28 de julio de 2016.

Que las listas de elegibles del proceso de selección quedaron en firme el 15 de diciembre de 2018, y la Comisión Nacional del Servicio Civil envió copia al nominador del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué Tolima E.S.E., mediante el oficio Radicado No. 20182110683741 del 18 de diciembre de 2018 para efectuar nombramientos en periodo de prueba en los empleos convocados a concurso, en estricto orden de mérito y de conformidad con el puntaje obtenido por las personas que ocupan un lugar de elegibilidad.

Que la señora ARELLY JOHANA PERDOMO OVALLE, identificada con cédula de ciudadanía número 1.110.476.059 ocupó el puesto número 15 en las listas de elegibles en firme de la Convocatoria No 426 de 2016 para proveer el empleo Auxiliar Área Salud Código 412 Grado 19, del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué Tolima E.S.E.

Que en consecuencia es procedente efectuar el nombramiento en periodo de prueba y se hace necesario por los argumentos ya expuestos desvincular a GAITAN NUÑEZ DIANA YULIETH, quien se encontraba ocupando el cargo de Auxiliar Área Salud en provisionalidad...” (Folios 17 a 19 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digitalizado)

4.3.2 A folio 9 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital, obra el oficio No 1206-GTH 000183 de fecha 11 de enero de 2019, por medio del cual la Agente Especial Interventora del Hospital Federico Lleras Acosta comunica a la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ, el contenido de la Resolución No 3659 del 26 de diciembre de 2018.

4.3.3 A folio 8 del del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital, obra certificación de fecha 6 de febrero de 2019, suscrita por la Profesional Universitaria del Área de Gestión de Talento Humano del Hospital Federico Lleras Acosta de la ciudad de Ibagué, en donde se precisa lo siguiente: *“Que DIANA YULIETH GIATÁN NUÑEZ, identificada con cédula de ciudadanía N° 65.759.274, Tuvo un nombramiento Provisional con el Hospital, desde el 16 de junio de 2008, hasta el 13 de enero de 2019, en el cargo de Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 19, con asignación básica mensual de \$1.687.255.00, subsidio de alimentación de \$60.170.00...”*

4.3.4 Copia de la Historia Clínica correspondiente a la señora Diana Yulieth Gaitán Núñez, de fecha 28 de junio de 2019, expedida por parte de MEDICADIZ S.A.S., en la cual se aprecia como motivo de consulta *“Macroadenoma hipofisiario con resección parcial sep/18”*, y diagnóstico: *“D443 TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO O DESCONOCIDO DE LA GL Tipo PRINCIPAL”* (folio 20 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital)

4.3.5 Copia de la Historia Clínica correspondiente a la señora Diana Yulieth Gaitán Núñez, de fechas 17 de junio y 17 de julio de 2019, expedida por la Clínica los Remansos Instituto Tolimense de Salud Mental S.A.S., en cuya atención inicial se aprecia como tipo de consulta: *“CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA PSIQUIATRIA”*, y como enfermedad actual: *“al examen mental: paciente valorada en consultorio al que ingresa por sus propios medios, con presentación personal ordenada, con edad aparente menor a la cronológica, establece contacto visual y verbal de forma adecuada, con actitud de interés, sin inquietud psicomotora, afecto modulado apropiado inadecuado, fondo constreñido, pensamiento lógico, realiza crítica de forma superficial de síntomas descritos, no describe contenidos delirantes o ideas de agresión, muerte o suicidio, sin actitud alucinatoria, orientada en las tres esferas, memorias globalmente conservadas, euproséxica, juicio y raciocinio adecuados, inteligencia impresionas promedio, introspección y prospección pobres, análisis: paciente con cuadro clínico de corte afectivo reactivo a condición vital actual sobre base emocional (“siempre he sido muy sentimental”), en el momento sintomatología que amerita manejo conjunto (psicofármacos y psicoterapia), en adecuado contacto con la realidad, sin ideas de auto o heteroagresión se decide dar salida y continuar fase ambulatoria, salida con formula de egreso y orden de control con psiquiatría, para abordar posibles temáticas de personalidad patológica permanecer en compañía de un adulto responsable que garantice buen comportamiento, se prohíben actividades que demanden atención o animo vigilante como manejo automóvil, maquinaria o similares de responsabilidad y conductas de riesgo que atenten contra el bienestar propio como el consumo de bebidas alcohólicas, continuar tratamientos médicos previamente indicados salvo consejo médico contrario, cumplimiento de la medicación indicaciones y controles, se advierte a paciente respecto del control y tenencia de la medicación para evitar accidentes, incumplimientos u autoformulación, orden de asistir por urgencias al hospital más cercano en caso de conducta agresiva o desorganizada...”*

Y, en la atención posterior, esto fue la del 17 de julio de 2019, se consignó como Enfermedad Actual: *“a/ evolución clínica sintomática, por lo que se ajusta esquema y se motiva implementar rutinas saludables como ejercicio periódico p/ se realiza sesión de psicoeducación, se estimula estilo de vida saludable, recomendaciones de cuidado domiciliario y signos de alarma, continuar tratamientos previos salvo consejo médico en sentido contrario y control en 2 meses...”* (folios 20 a 24 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital).

4.3.6 Copia de la Historia Clínica correspondiente a la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ, de fecha 9 de julio de 2018, expedida por parte de la SOCIEDAD N.S.D.R. S.A. CLINICA NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO, de la cual se logra extraer lo siguiente: *“Consulta: DOLOR OCULAR*

Enfermedad Actual: PACIENTE QUIEN REFIERE CUADRO CLINICO DE 1 DIAS DE EVOLUCION CONSISTENTE EN DOLOR DE CABEZA DE FORMA GENERAL REGULAR SENSACION DE VISION BORROSA ORINA NORMAL DEPOSICION NORMAL NIEGA FIEBRE NIEGA DIFICULTAD RESPIRATORIA (...) NIEGA MAREO NIEGA ALTERACION DE LA CONCIENCIA NIEGA SANGRADO NIEGA MORADOS EN TRATAMIENTO NAPROXENO"

Igualmente, aportó Historia Clínica de la misma entidad hospitalaria de fecha 18 de julio de 2018, en la cual se evidencia lo siguiente: *"análisis: PACIENTE FEMENINA EN LA QUINTA DECADA DE LA VIDA CON ANTECEDENTE DE ENFERMEDAD HIPERTENSIVA E HIPOTIROIDEA, CON CEFALEA GLOBAL Y LUEGO FOCALIZADA EN REGIÓN FRONTAL CON DISMINUCION ABRUPTA DE LA AGUDEZ VISUAL Y FUNDOSCOPIA DE DIFICIL IDEALIZACION, SIN CLARO PAIPLEDEMA, EN QUIEN SE CONSIDERA COMO PRIMERA PROBABILIDAD DIAGNOSTICA NEURITIS ÓPTICA POR LO QUE SE CONSIDERA INICIO DE PULSOS DE CORTICOIDES Y MANEJO POR NEUROLOGIA. DIAGNOSTICO: NEURITIS OPTICA..."* (folios 25 a 29 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digitalizado).

4.3.7 Copia de la Historia Clínica de fecha 1 de agosto de 2018, de la Clínica MEDICADIZ S.A.S., correspondiente a la demandante, de la cual se extracta lo siguiente: *"ENFERMEDAD ACTUAL Persiste déficit visual derecho y dolor orbitario derecho con los movimientos oculares" con "DIAGNOSTICO NEURITIS OPTICA"* (folio 30 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital).

4.3.8 Copia de la Historia Clínica correspondiente a la señora DIANA YULIETH GAITÁN NÚÑEZ, de fecha 22 de agosto de 2018, expedida por parte de la SOCIEDAD N.S.D.R. S.A. CLINICA NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO, de la cual se logra extractar lo siguiente: *"análisis: PACIENTE FEMENINA CON ANTECEDENTE DE NEURITIS OPTICA EN MANEJO CON NEUROLOGIA EVIDENCIANDO CUADRO DE CEFALEA Y SINTOMAS CONGESTIVOS NAALES SE CONSIDERA EN EL MOMENTO INICIAR MANEJO SINTOMATICO, RECOMENDACIONES, SIGNOS DE ALARMA Y RECONSULTA, SE INDICA INCAPACIDAD HASTA EL LUNES POR CEFALEA"* (folios 31 y 32 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital).

4.3.9 Copia de RESONANCIA MAGNÉTICA DE CEREBRO – ÓRBITAS CON CONTRASTE, de fecha 27 de agosto de 2018, practicada a la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ, en IDIME, en el cual se consignó como conclusión la siguiente: *"Masa selar y supraselar, lobulada, heterogenea. Compromete al seno cavernoso izquierdo y desplaza ligeramente el derecho. En sentido cefálico se extiende comprimiendo el quiasma óptico y adelgazándolo. Corresponde a Macroadenoma Hipofisiario como primera posibilidad"* (folio 33 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital).

4.3.10 Copia de la Historia Clínica correspondiente a la señora DIANA YULIETH GAITÁN NÚÑEZ, de fecha 28 de agosto de 2018, expedida por parte de MEDICADIZ S.A.S., de la cual se logra extractar lo siguiente: *"ANÁLISIS IRM cerebral contrastada. Lesión selar con efecto compresivo sobre el quiasma óptico: Meningioma vs adenoma hipofisiario"* igualmente se aprecia qué como PLAN Y MANEJO, se estableció: *"Se remite a urgencias para valoración por neuroqx"* (folio 34 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital).

4.3.11 Copia de la Historia Clínica correspondiente a la señora DIANA YULIETH GAITÁN NÚÑEZ, de fecha 28 de agosto de 2018, expedida por parte de la SOCIEDAD N.S.D.R. S.A. CLINICA NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO, de la cual se destaca lo siguiente: *"ANALISIS: PACIENTE QUIEN ES REMITIDA POR PRESENTAR HEMIANOPSIA LATERAL, CON EVIDENCIA DE LESIÓN COMPRESIVA SOBRE QUIASMA OPTICO, CON SIGNOS QUE SUGIEREN NEURITIS OPTICA, SE*

INGRESA A OBSERVACIÓN, SE INDICA MANEJO MÉDICO, SE SOLICITA VALORACION POR NEUROCIRUGÍA, SE ORDENA RNM DE SILLA TURCA, SE EXPLICA A LA PACIENTE, QUIEN REFIERE ENTENDER Y ACEPTAR” igualmente se consignó como DIAGNOSTICO lo siguiente: “Dx. Principal: H474-TRASTORNOS DEL QUIASMA OPTICO Dx Relacionado 2: H474-D433-TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO O DESCONOCIDO DE LOS NERVIOS CRANEALES”. (folios 35 a 39 del archivo denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital).

4.3.12 Copia de examen de RM BASE CRANEO – SILLA TURCA CON CONTRASTE, de fecha 31 de agosto de 2018, practicado a la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ en IDIME, en el cual se consignó como conclusión la siguiente: “Masa selar y supraselar, lobulada, heterogénea, con asimetría izquierda. Compromete al seno cavernoso izquierdo y desplaza lateralmente el derecho. En sentido cefálico comprime y adelgaza el quiasma óptico. Corresponde a Macroadenoma como primera posibilidad” (folio 40 del archivo denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital).

4.3.13 Copia de la Historia Clínica de fecha 8 de septiembre de 2018, correspondiente a la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ, expedida por parte del Centro Policlínico del Olaya – CPO de la ciudad de Bogotá D.C., en donde se consignó como análisis lo siguiente: “PACIENTE CON ADENOMA HIPOFISIARIO SE CONFIRMA FECHA DE CIRUGÍA SABADO 15 DE SEPTIEMBRE 8AM. YA CUENTA CON AVAL DE ANESTESIA, UNA VEZ CONFIRMADA AUTORIZACIÓN DE PROCEDIMIENTO SE DARA EGRESO CON FORMULA MEDICA RECOMENDACIONES GENERALES SIGNOS DE ALARMA. PACIENTE INFORMADA”, y como Impresión Diagnóstica: “Dx Principal: d443-TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO O DESCONOCIDO DE LA GLANDULA HIPOFISIS...” (folio 41 del archivo denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital).

4.3.14 Copia de la Historia Clínica de fecha 6 de septiembre de 2018, correspondiente a la señora GAITÁN NUÑEZ, expedida por parte de la Fundación Oftalmológica Nacional, en la cual se evidencia la realización de Toma de Campo Visual cuya conclusión indicó lo siguiente: “Examen de baja confiabilidad para establecer resultados conclusivos. Los cambios podrían sugerir una hemianopsia temporal asociado a defecto paracentral nasal moderado”, igualmente como observaciones se consigno lo siguiente: “Se sugiere corroborar hallazgos con el examen neurológico. Datos archivados para futuras comparaciones” (folios 42 a 44 del archivo denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital).

4.3.15 Copia del Informe Quirúrgico expedido por parte del Centro Policlínico del Olaya – CPO, correspondiente a la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ, de fecha 15 de septiembre de 2018, en el cual se consignó como Procedimiento Realizados, lo siguiente: “015310 RESECCION DE TUMOR DE LA BASE DEL CRANEO FOSA MEDIA POR VIA TRANSSESFENOIDAL 021204 CORRECCION FISTULA LCR EN BASE DE CRANEO ANTERIOR POR VIA TRANSESFENOIDAL” (folios 45 a 54 del archivo denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digitalizado).

4.3.16 Copia de la Historia Clínica de fecha 26 de octubre de 2018, correspondiente a la señora GAITÁN NUÑEZ, expedida por parte de la Sociedad N.S.D.R. S.A., Clínica Nuestra Señora del Rosario, en donde se aprecia que como Enfermedad Actual se consignó lo siguiente: “PACIENTE FEMENINA DE 46 AÑOS CON ANTECEDENTES DE RESECCION DE ADENOMA HIPOFISIARIO, QUIEN ACUDE A CONSULTA MEDICA CON CUADRO DE CEFALEA INTENSA QUE NO HA MEJORADO, ADEMAS SE SENSACION DE MALESTAR GENERAL”, seguidamente, como análisis: “PACIENTE CONCUADRO DE CEFALEA GENERALIZADA SENSACION DE MALESTAR GENERAL SENSACION DE MIALGIAS Y ARTRALGIAS GENERALIZADAS SE ORDENA MANEJO MEDICO Y RECOMENDACIONES SIGNOS DE ALARMA CONTROL CON REPORTE DE TOMOGRAFIA” (folios 56 y 57 del archivo denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital).

4.3.17 Oficio de fecha 1 de noviembre de 2018, expedido por parte del Instituto Oftalmológico del Tolima, por medio del cual se indica que a la señora GAITÁN NÚÑEZ se le practicó Campimetría Visual Computarizada, prueba central 24-2 de umbral completo estrategia SITA-Standard con analizador de Campo Visual HUMPHREY HFA 745, con los siguientes resultados: *“EN EL OD: Se encontró sensibilidad central promedio disminuida con defectos absolutos y relativos en el campo visual periférico. Apreciando defectos severos en los cuatro cuadrantes los cuales persisten con el patrón de desviación como escotoma Total con islas de visión. Los patrones de desviación total y modelo muestran estar Fuera de límites normales. Prueba de hemiscampo anormal.*

EN EL OI: Se encontró sensibilidad central promedio disminuida con defectos absolutos y relativos en el campo visual periférico, Apreciando defectos severos en los cuatro cuadrantes los cuales persisten con el patrón de desviación como escotoma Total con islas de visión. Los patrones de desviación total y modelo muestran estar Fuera de límites normales. Prueba de hemiscampo anormal” (folios 58 a 60 del archivo denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital).

4.3.18 Copia de la Historia Clínica, expedida por parte de la EPS VIRREY SOLIS, correspondiente a la señora GAITÁN NÚÑEZ, de la cual se extrae lo siguiente:

2 de noviembre de 2018

“Enfermedad Actual: PACIENTE DE 46 AÑOS, CON ANTECEDENTE DE RESECCION DE TUMOR HIPOFISIARIO EN SEPTIEMBRE DEL 2018, ESTANCIA EN UCI PROLONGADA, REFIERE CEFALEA PERSISTENTE DE PREDOMINIO RETROOCULAR INTENSO, TIENE PENDIENTE CITA CON MEDICINA INTERNA PARA DERIVACION A NEUROLOGIA, NIEGA SINTOMAS ADICIONALES, NO HA CONSULTADO POR URGENCIAS”
(...)

“Análisis y Manejo

PACIENTE EN BUENAS CONDICIONES GENERALES DE SALUD, ESTABLE HEMODINAMICAMENTE, SIN SIGNOS DE DIFICULTAD RESPIRATORIA, NI DE RESPUESTA INFLAMATORIA SISTEMICA, CON ANTECEDENTE DE RESECCION DE TUMOR HIPOFISIARIO, CON PERSISTENCIA DE CEFALEA INCAPACITANTE, LO QUE CONSTITUYE SIGNO DE ALARMA, ANTECEDENTE DE ESTANCIA PROLONGADA EN UCI, PERDIDA DE CAMPO VISUAL DERECHO EN SEGUIMIENTO TAMBIEN POR OFTALMOLOGIA, DOY INCAPACIDAD MEDICA POR 7 DIAS, REPOSO ABSOLUTO, EXPLICO, ENTIENDE Y ACEPTA”

3 de noviembre de 2018.

“Enfermedad Actual: PACIENTE DE 46 AÑOS, CON ANTECEDENTE DE RESECCION DE TUMOR HIPOFISIARIO EN SEPTIEMBRE DEL 2018, ESTANCIA EN UCI PROLONGADA, REFIERE CEFALEA PERSISTENTE DE PREDOMINIO RETROOCULAR INTENSO, TIENE PENDIENTE DE MEDICINA INTERNA PARA DERIVACION A NEUROLOGIA EL 15/11/2018, TIENE CITA PARA RMN 15/11/2018, HOY TIENE CITA DE OTORRINOLARINGOLOGIA, NIEGA SINTOMAS ADICIONALES, NO HA CONSULTADO POR URGENCIAS”

8 de noviembre de 2018.

“Análisis y Manejo.

PACIENTE EN BUENAS CONDICIONES GENERALES DE SALUD, ESTABLE HEMODINAMICAMENTE, SIN SIGNOS DE DIFICULTAD RESPIRATORIA, NI DE RESPUESTA INFLAMATORIA SISTEMICA, CON ANTECEDENTE DE RESECCION DE TUMOR HIPOFISIARIO, CON PERSISTENCIA DE CEFALEA INCAPACITANTE, LO QUE CONSTITUYE SIGNO DE ALARMA, ANTECEDENTES DE ESTANCIA PROLONGADA EN UCI, PERDIDA DE CAMPO VISUAL DERECHO, EN SEGUIMIENTO TAMBIEN POR OFTALMOLOGIA, PENDIENTE NUEVA RMN CEREBRAL, VALORACION POR MEDICINA INTERNA...”

15 de noviembre de 2018

“Enfermedad Actual: SE TRATA DE PACIENTE FEMENINA DE 46 AÑOS, CON ANTECEDENTE DE HTA – HIPERTRIGLICERIMEDIA HERNIA DISCAL – DEPRESION – ANSIEDAD – HIPOTIROIDISMO. STC BILATERAL SEVERO, TUMOR HIPOFISIARIO OPERADO EN SEPTIEMBRE DE 2018 COMPLICADA CON PARO CARDIORESPIRATORIO EN TRATAMIENTO CON LOSARATIN 50X2, FUROSEMIDA 40X2, ASA 100X1, LEVOTIROXINA 150X1, GEMIBROZIL 600X1 QUIEN ACUDE A CONTROL POR MEDICINA INTERNA POR PRESENTAR CEFALEA RETROOCULAR DE FUERTE INTENSIDAD DESDE HACE 10 DÍAS.”

“Análisis y Manejo.

SE TRATA DE PACIENTE FEMENINA DE 46 AÑOS DE EDAD CON ANTECEDENTE DE HTA – HIPERTRIGLICERIMEDIA HERNIA DISCAL – DEPRESION – ANSIEDAD – HIPOTIROIDISMO. STC BILATERAL SEVERO, TUMOR HIPOFISIARIO OPERADO EN SEPTIEMBRE DE 2018 COMPLICADA CON PARO CARDIORESPIRATORIO EN TRATAMIENTO CON LOSARATIN 50X2, FUROSEMIDA 40X2, ASA 100X1, LEVOTIROXINA 150X1, GEMIBROZIL 600X1 QUIEN ACUDE A CONTROL POR MEDICINA INTERNA POR PRESENTAR CEFALEA RETROOCULAR DE FUERTE INTENSIDAD DESDE HACE 10 DÍAS. AL EXAMEN FISICO EN BUENAS CONDICIONES GENERALES TANTO RESPIRATORIO COMO CARDIOVASCULAR RESTO SIN ALTERACION APARENTE, PACIENTE EN POST OPERATORIO TARDIO CON RESECCION DE TU HIPOFISIARIO QUIEN PRESENTE DESDE HACE 10 DIAS CEFALEA DE FUERTE INTENSIDAD, TIENE PENDIENTE RESULTADO DE RMN DE CRANEO. SE DA REMISION PRIORITARIA PARA NEUROLOGIA.” (folios 61 a 71 del archivo denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital).

4.3.19 Copia de la Historia Clínica de la señora DIANA YULIETH GAITÁN NÚÑEZ, de fecha 2 de diciembre de 2018, expedida por parte de la Sociedad N.S.D.R. S.A., Clínica Nuestra Señora del Rosario, en donde se aprecia con motivo de consulta la siguiente: “CEFALEA”, Enfermedad Actual: “PACIENTE INGRESA POR SUS PROPIOS MEDIOS REFIERE ANTECEDENTE DE TUMOR HIPOFISIARIO, SOSPECHA DE FISTULA CR ACTUAL”; y como análisis lo siguiente: “PACIENTE CON ANTECEDENTES MENCIONADOS, CUADRO DE CEFALEA ACTUAL RESCRITO, NO DEFICIT NEUROLOGICO PERO BASTANTE SINTOMATICA” (folios 61 a 71 del archivo denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital).

4.3.20 Copia del oficio de fecha 23 enero de 2019, expedido por CEDICAF RESONANCIA MAGNETICA, en el cual se evidencia que a la señora GAITAN NÚÑEZ le fue realizado el procedimiento denominado RESONANCIA DE HIPOFISIS O SILLA TURCA CON CONTRASTE, el día 18 de enero de 2019, en el cual se consignaron los siguientes hallazgos: “Se observa comprometiendo la región selar, en la glándula hipofisaria en el lado izquierdo una masa de baja señal en T1, señal intermedia en el T2 con componente microquistico, de comportamiento hipovascular luego de la administración de medio de contraste con diámetro transversal de 14mm, longitudinal de 12mm, anteroposterior de 14mm en relación a macroadenoma. El seno cavernoso izquierdo con invasión en su aspecto superior, sin

trombosis u oclusión de la arteria carótida interna de este lado. El infundíbulo desplazado hacia la derecha. La neurohipófisis conservada. Existe contacto de los nervios ópticos en la región prequiasmática...” (folios 77 del archivo denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital).

4.3.21 Copia de la Historia Clínica de fecha 27 de marzo de 2019, expedida por el Neurocirujano Pedro José Penagos González, en el que se evidencia como paciente a la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ, en la cual se consignó como Motivo de la Consulta y Enfermedad Actual, lo siguiente: *“PO de adenoma de hipófisis el 15 de Septiembre del 2018. Yo opere en el CPO y presento dos paros cardiacos. Se hizo solo un control PO. No indicación controles en el CPO la valoro el Dr. Arna en el Hospital San José. Tiene de nuevo cefalea. Disminución de la AV, tiene amaurosi del OD. Tiene 3 campos visuales. En el seguimiento de imágenes se presenta nuevamente la recaída tumoral. Reviso la RM de Agosto del 2018 con un tumor selar y supselar que desplaza la vía visual con invasión al seno cavernoso izquierdo. La RM de control del 18 de enero de 2019 con una recaída del lado derecho de la silla turca con invasión al seno cavernoso izquierdo, pero con la vía visual libre. Ella tiene déficit de memoria, somnolencia”;* y como Análisis y Plan, lo siguiente: *“Se trata de un Tumor de Hipofisi no producto por el nivel de Hormonas. Se considera necesario la inmunohistoquímica para déficit el mano complementario.. Ella tiene derecho de reclamar la Patología sus bloques para hacer inmunohistoquímica que es necesaria para hacer en IDIME de Ibagué con esta autorizada. Control en Nogales con resultados”* (folio 92 del archivo denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital).

4.3.22 Copia de la Historia Clínica de Endocrinología de fecha 28 de febrero de 2019, correspondiente a la señora GAITÁN NUÑEZ, expedida por parte del Instituto de Endocrinología C.I.PARHOM BUCAREST-RUMANIA, en la cual se consignó como ANÁLISIS, lo siguiente: *“Hipotiroidismo primario, pésimo control, adenoma de hipófisis resecado en septiembre de 2018, presenta recidiva importante al momento, No se constató otra alteración hormonal hipofisiaria pre quirúrgica, manejada hasta la fecha por medicina familiar. Presenta clínica severa de insuficiencia tiroidea. PLAN: Continúa levotiroxina 200mcg día, control glucemia pre post prandial, sin carga, TSH, T4 libre, prolactina serica, cortisol urinario 24 horas, sodio, potasio, somatomedina C, hemograma en 2 meses”* (folio 93 del archivo denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital).

4.3.23 Copia del REPORTE DE ANATOMÍA PATOLÓGICA, expedido por el Laboratorio de Patología Especializado de Alta Tecnología, de fecha 9 de abril de 2019, en el que se observa como paciente a la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ, en cuyo diagnóstico se expuso lo siguiente: **“TUMOR SELAR, RESECCION BIOPSIA E INMUNOHISTOQUIMICA:**

- ADENOMA HIPOFISIARIO PRODUCTOR DE ACTH (ADENOMA CORTICOTROPO).

-VER INFORME ADICIONAL” (folios 98 a 100 del archivo denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital).

4.3.24 Copia del fallo de acción de tutela de fecha 27 de marzo de 2019, proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué – Tolima, en el que aparece como demandante la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ, contra el HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA de esta ciudad, en el que pretendía la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo en condiciones dignas, solicitando igualmente el reintegro inmediato al cargo que desempeñó en el Hospital demandado, así como el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social, la cual fue denegada por parte de la mentada Dependencia Judicial. (folios 118 a 127 del archivo denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital).

4.3.25 Copia de la totalidad de los antecedentes que conformaron el concurso de méritos realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el cual se identificó con la Convocatoria 426 de 2016, en donde

se aprecia que la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ no hizo parte de la misma, que a la postre conllevó a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la hoy demandante señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ. (folios 209 a 428 del archivo denominado *01CuadernoPrincipal* del expediente digital).

4.3.26 Finalmente, tenemos la concesión de las siguientes incapacidades médicas en favor de la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ:

Fecha de consulta	No. días de incapacidad	Entidad que expide la incapacidad.
13 de julio de 2018	4 días	Armando Orjuela – Médico Oftalmólogo ³⁰
16 de julio de 2018	16 días	Armando Orjuela – Médico Oftalmólogo ³¹
16 de agosto de 2018	6 días	Sociedad N.S.D.R.S.A., Clínica Nuestra Señora del Rosario ³²
22 de agosto de 2018	6 días	Sociedad N.S.D.R.S.A., Clínica Nuestra Señora del Rosario ³³
08 de septiembre de 2018	17 días	Centro Policlínico del Olaya - CPO ³⁴
18 de septiembre de 2018	20 días	Centro Policlínico del Olaya - CPO ³⁵
22 de septiembre de 2018	20 días	Centro Policlínico del Olaya - CPO ³⁶
26 de octubre de 2018	7 días	Sociedad N.S.D.R.S.A., Clínica Nuestra Señora del Rosario ³⁷
2 de noviembre de 2018	7 días	VIRREY SOLIS IPS ³⁸
8 de noviembre de 2018	7 días	VIRREY SOLIS IPS ³⁹
15 de noviembre de 2018	15 días	Salud Total EPS-S.S.A. ⁴⁰
30 de noviembre de 2018	2 días	Sociedad N.S.D.R.S.A., Clínica Nuestra Señora del Rosario ⁴¹
2 de diciembre de 2018	3 días	Sociedad N.S.D.R.S.A., Clínica Nuestra Señora del Rosario ⁴²
10 de diciembre de 2018	30 días	MEDICADIZ – SALUD TOTAL ⁴³
15 de enero de 2019	30 días	MEDICADIZ – SALUD TOTAL ⁴⁴

³⁰ Folio 102 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
³¹ Folio 101 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
³² Folio 106 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
³³ Folio 107 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
³⁴ Folio 103 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
³⁵ Folio 104 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
³⁶ Folio 108 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
³⁷ Folio 110 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
³⁸ Folio 109 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
³⁹ Folio 112 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
⁴⁰ Folio 111 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
⁴¹ Folio 113 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
⁴² Folio 115 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
⁴³ Folio 114 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
⁴⁴ Folio 116 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital

06 de febrero de 2019	30 días	Dr. Larmont A. Aljuri L. - Neurocirujano ⁴⁵
-----------------------	---------	---

4.4. DE LA SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

Sea lo primero indicar, que la parte activa dentro del presente medio de control no indicó o señaló cargo alguno con el cual atacara la legalidad del acto administrativo objeto de control judicial, atendiendo a que básicamente se limitó a reprochar que la entidad Hospitalaria demandada, con la declaración de insubsistencia del nombramiento de la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ, no dio aplicación a lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, norma que promueve la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas en condición de discapacidad, lo que quebranta sus garantías superiores al debido proceso, igualdad y trabajo; ni al decreto 1083 de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”*, bajo el argumento de que en el evento en que la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta en primer lugar a quienes presenten “enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad”.

Así las cosas, en atención a los argumentos expuestos por la parte demandante a lo largo de su libelo demandatorio, tenemos que los mismos se encuadran dentro de las causales denominadas *Falsa Motivación e Infracción de las normas en que debían fundarse*, razón por la cual para una mayor claridad frente al tema propuesto, se harán las siguientes reseñas:

De la Falsa Motivación

Al respecto, tenemos que nuestro Órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha reiterado⁴⁶ que, la falsa motivación se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Y, para su prosperidad, es necesario que se demuestre una de dos circunstancias:

- a) Que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o
- b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.

En este orden de ideas, se tiene que la misma hace relación al elemento “causa” o “motivo” del acto administrativo, a las razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento o determinan la decisión o declaración contenida en el acto, razón por la cual, el vicio se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad; es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad⁴⁷. En otros términos, esta causal plantea para el juzgador un problema probatorio, de confrontación entre dos extremos, como son lo dicho en el acto y la realidad fáctica y/o jurídica atinente al mismo, con miras a comprobar la veracidad.

Sobre el particular, vale la pena traer a colación el pronunciamiento efectuado en la sentencia SU-917

⁴⁵ Folio 100 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta C.P. Hugo Bastidas Bárcenas, sentencia del 15 de marzo de 2012, Radicación: 25000-23-27-000-2004-92271-02- (16660)
⁴⁷ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. MANUAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO, Quinta edición, Págs. 499 y 500

de 2010, en donde se sostuvo:

“... a.- Motivación de los actos de retiro En cuanto tiene que ver con el retiro de los servidores públicos, ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad. La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”. Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo “no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo”. En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas.

- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

– En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que “las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional” [54], de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que “sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores” [55]. En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es “reglada” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “discrecional” mediante “acto no motivado” [56]. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos [57].

- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aun cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera. Desde la Sentencia C-514 de 1994, reiterada en varias oportunidades[58], la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que los cargos de libre nombramiento y remoción constituyen una excepción para la provisión de empleos, de modo que “no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades”. Pero como no existe una ley que considere los cargos de provisionalidad asimilables a los cargos de libre nombramiento y remoción, no tiene cabida una interpretación analógica en esta dirección. Por lo tanto, el nominador tampoco puede desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad con la misma discrecionalidad (relativa) con la que puede hacerlo para aquellos cargos, esto es, sin el deber de motivar sus actos.

La regla sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación fue sentada desde las primeras decisiones [59] y se ha mantenido inalterada en los más recientes fallos sobre el particular [60], aun cuando se han presentado algunos matices en cuanto a las medidas puntuales de protección constitucional [61].

En este sentido la Corte considera, de un lado, que quien ejerce un cargo en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado vinculado en carrera, ni pretender que le sean aplicables los derechos que de ella emanan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios (realizar con éxito el concurso de méritos, superar el periodo de prueba, etc.). De otro lado, estima que tampoco pueden asimilarse

a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública mientras se surten los procedimientos ordinarios para proveerla con absoluto rigor. (...)

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

b.- Contenido de la motivación:

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

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente 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 predicen directamente de quien es desvinculado”[63].

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”[64].

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”[65].

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[66] 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”[67].

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”[68], no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario[69]. 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 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[70]. 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[71], siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación “implícita” de los actos administrativos...”.

Siendo igualmente importante citar, los siguientes apartes de la sentencia T-360 de 2015:

“...Como se mencionó en las consideraciones, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no es 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.

En este orden, si bien jurisprudencia constitucional ha determinado constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la (i) provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo; (ii) la imposición de sanciones disciplinarias; (iii) la calificación insatisfactoria; u (iv) otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto[71]. También es cierto que estas causales no son taxativas, es así como la SU-917 de 2010 dejó abierta la posibilidad de invocar dentro de las motivaciones, fundamentos basados en la realización de los principios que orientan la función administrativa, dando razones suficientes para desvincular al empleado; asunto que, se insiste, corresponde al juez contencioso analizar a la luz de las normas vigentes y la jurisprudencia.

En cambio sí, la misma sentencia de unificación estableció cuáles son los argumentos inválidos de motivación de estos actos, a saber: (i) la naturaleza provisional de un nombramiento; (ii) al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa; (iii) la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional; (iv) o la simple “cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular”[72], por no ser razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario[73]...”

Todo lo anterior implica que, quien acude a la jurisdicción para alegar la falsa motivación, debe, como mínimo, señalar cuáles son el hecho o hechos que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión y que en realidad no existieron, o, en qué consiste la errada interpretación de esos hechos.

De la infracción de las normas en que debían fundarse.

El inciso segundo del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, consagra, entre otras causales de nulidad, la derivada de la infracción de las normas en las que ha debido fundarse el acto administrativo o mejor, la nulidad por violación de una norma superior, como se conoce genéricamente a esta causal de nulidad, la cual puede tener lugar, en cualquiera de los siguientes eventos:

- i) falta de aplicación,
- ii) aplicación indebida o,
- iii) interpretación errónea.

En el presente caso, tenemos que la parte actora finca su reproche en la falta de aplicación a lo preceptuado en la Ley 361 de 1997 y en el Decreto 1083 de 2015, lo que se encuadra en la primera de las situaciones mencionadas en precedencia.

Decantado lo anterior, procede esta Administradora de Justicia, a pronunciarse frente a los cargos propuestos, así:

Frente al cargo denominado **Falsa Motivación** se ha de señalar que, de conformidad con lo expuesto en la normatividad y jurisprudencias reseñadas en precedencia, y examinado la totalidad del material probatorio que reposa en el expediente, considera esta Dependencia Judicial que el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué – Tolima no incurrió en una *Falsa Motivación* al momento de la expedición de la *Resolución No 3659 del 26 de diciembre de 2018*, por medio de la cual se desvinculó a la accionante, pues, en efecto, las actuaciones que desencadenaron en la declaratoria de insubsistencia de dicho nombramiento, tuvieron su razón o justificación, en el estricto cumplimiento de la realización del principio

de mérito que orienta la función administrativa.

Recordemos que el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué – Tolima, precisó que la declaratoria de insubsistencia de la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ no obedeció a razones de su limitación o enfermedad, sino al cumplimiento de un deber constitucional y legal que le imponía a la entidad realizar el nombramiento de la persona que concursó para el cargo y se encontraba dentro de la lista de elegibles.

Lo anterior, atendiendo a que la entidad demandada dispuso el retiro de la demandante porque su empleo, *Auxiliar Área Salud Código 412 Grado 19*, fue ofertado en cumplimiento de un mandato legal y, en tal virtud, se abrió Convocatoria 426 de 2016, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil (v. núm. 4.3.25) cuyo resultado arrojó una lista de elegibles que imponía el nombramiento en periodo de prueba de quien aprobó el concurso.

No pasa por alto esta administradora de justicia, el argumento expuesto por la parte actora en el sentido de afirmar que, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante obedeció a su estado de salud o enfermedad; sin embargo, lo cierto es que dentro del expediente no existe prueba de ello, sin que puedan considerarse para el efecto, las historias clínicas, certificados de salud y demás, pues esto sólo da cuenta de la situación de la salud de la demandante, más no de que esta hubiese sido la causa de su desvinculación, pues como se vio, la entidad esgrimió una causa diferente que sí probó dentro del cartulario, sin que se pueda hacer uso de la presunción en ese sentido, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar.

Ahora bien, con relación al cargo de ***Infracción de las normas en que debían fundarse, por falta de aplicación***, recuerda el Despacho que el extremo demandante lo fundamenta en la no aplicación de lo dispuesto en la Ley 361 de 1997 y en el parágrafo segundo del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, último respecto del cual, el Despacho no realizará mayores elucubraciones, toda que la norma en mención, no resulta aplicable al presente caso, atendiendo a que como bien se estableció, el Hospital Federico Lleras Acosta no contaba con diferentes vacantes en las que pudiera realizarse el nombramiento y garantizar a su vez, la permanencia de la demandante en su cargo, pues se reitera, la lista de elegibles contenida dentro de la Resolución No CNSC – 20182110174315 del 5 de diciembre de 2018⁴⁸, se encuentra integrada por 126 concursantes que aprobaron la misma, frente a 92 empleos ofertados, siendo claro que no existe cargo alguno en donde la administración hubiere podido reubicar a la demandante, afirmación que no fue controvertida por la parte actora.

Superado lo anterior, resta pronunciarnos frente a la falta de aplicación de lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, norma que promueve la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas en condición de discapacidad, que a voces de la parte actora fue soslayada por el hospital demandado al desvincular a la demandante cuando se encontraba debidamente incapacitada, y a sabiendas de que su estado de salud le otorgaba una estabilidad reforzada.

Ante todo, se hace imperioso reiterar que, tal y como se enuncio anteriormente, el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué expidió el acto de insubsistencia del cargo que ocupaba la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ, en acatamiento de un deber de rango Constitucional y legal, el cual le imponía a la realización del nombramiento de la persona que concursó para el cargo, y se encontraba dentro de la lista de elegibles; y no, como lo adujo el extremo activo, por razones de su limitación o

⁴⁸ Folios 424 a 428 del archivo PDF denominado 01CuadernoPrincipal del expediente digitalizado

enfermedad.

Aunado a lo anterior, se tiene que si bien el artículo 26 de la norma en comento establece que ninguna persona podrá ser despedida o retirada del servicio oficial en atención a su condición de discapacidad, salvo que el empleador tramite y obtenga la respectiva autorización del Ministerio del Trabajo para ello, lo cierto es que – como ya se vio – el retiro se produjo en cumplimiento de un deber legal, sin que exista prueba alguna que permita evidenciar, que la demandada procuró el retiro en atención a las condiciones de salud de la demandante, o que no hubiese adoptado las medidas necesarias para evitar su desvinculación en caso de existir otros empleos disponibles en la respectiva planta de personal, tal como lo ha indicado el Consejo de Estado, al decidir asuntos análogos al presente.

Adicionalmente, esta Administradora de Justicia advierte que, en el presente caso, la parte actora tampoco allegó prueba alguna que le indicara al Despacho la existencia de otros empleos de *Auxiliar Área Salud Código 412 Grado 19* en la planta de personal del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué - Tolima, en los que hubiere podido ser reubicada, lo cual impide concluir una vulneración de sus derechos por parte de la entidad demandada. En igual sentido, era necesario demostrar, que si existían otras plazas equivalentes, que estuvieran vacantes o se encontraran provistas con servidores en provisionalidad, lo cual habría evidenciado un mejor derecho de la demandante a ser reubicada y un desconocimiento de sus derechos por parte de la entidad Hospitalaria, lo cual tampoco ocurrió en el *sub examine*.

En suma, para esta servidora judicial, el hecho de que se hubiere dado por terminada la vinculación en provisionalidad, porque la plaza respectiva debió ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoció los derechos de la demandante en su calidad de servidora amparada con estabilidad laboral reforzada, pues la modalidad de su vinculación la obligaba a ceder frente al mejor derecho que ostentaba la persona que ganó el concurso público de méritos, aunado a que no fue posible determinar, que la entidad demandada hubiese omitido las posibilidades a su alcance para evitar su desvinculación.

Ahora bien, no desconoce esta Dependencia Judicial el estado de salud de la demandante, el cual se probó debidamente y se relacionó en el presente proveído (*Ver nums. 4.3.4 a 4.3.23 y 4.3.26*), del cual se puede apreciar el padecimiento de diferentes patologías inclusive la realización de cirugías en razón a las mismas; sin embargo, lo anterior no es suficiente para lograr la reubicación de la señora GAITÁN NUÑEZ, a un cargo igual o equivalente al que venia ocupando, atendiendo a que no se demostró, la existencia de plazas o cargos similares, en los cuales se hubiere podido reubicar a la demandante.

En este orden de ideas, se ha de concluir que, los cargos estudiados, (*Falsa Motivación y De la Infracción de las normas en que debían fundarse*) no tienen vocación de prosperidad, pues tal como se precisó, no se logró demostrar que la decisión de declarar insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la señora DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ, hubiese obedecido a razones de su limitación u enfermedad, sino, al cumplimiento de un deber constitucional y legal que le imponía a la entidad realizar el nombramiento de la persona que concursó para el cargo y se encontraba dentro de la lista de elegibles; razones por las cuales se mantiene incólume su presunción de legalidad y de contera, habrán de negarse las pretensiones de la demanda.

Consecuencia de lo anterior, el Despacho declarará probada la excepción de mérito propuesta por la Entidad demandada, denominada “**ACTUACIÓN EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL**”, de conformidad con las razones expuestas a lo largo de la presente sentencia.

4.5.DE LA CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a lo anterior y atendiendo a que este último cuerpo normativo fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Es así como, el artículo 365 del C.G.P. dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y como quiera que la parte demandante, ha resultado como parte vencida, resulta ajustado a derecho aplicar este criterio, y en consecuencia, se procederá a condenarla al pago de las costas procesales. Para el efecto, y como quiera que se trata de un asunto contencioso administrativo en donde se negaron pretensiones por valor de diez millones trescientos cuarenta y cinco mil ochocientos veintitrés pesos (\$10.345.823), se fijan como Agencias en Derecho a favor de la Entidad demandada, el equivalente al cinco por ciento (5%) de dicha cuantía, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

V.- DECISIÓN

Como natural corolario de lo expuesto, la Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de mérito propuesta por el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué – Tolima, que denominó “*ACTUACIÓN EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL*”, de conformidad con las razones expuestas en las consideraciones de la presente sentencia.

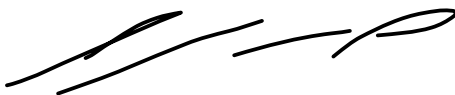
SEGUNDO: **NEGAR** las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en este proveído.

TERCERO: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandante. Por secretaría procédase a su liquidación, para ello se fijan como agencias en derecho a favor de la demandada, el equivalente al cinco por ciento (5%) de la cuantía de las pretensiones de la demanda, como se explicó en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: **ORDENAR** se efectuó la devolución de los dineros consignados por la parte demandante por concepto de gastos del proceso, si los hubiere, lo cual deberá realizarse por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, acorde con lo establecido en la Circular DEAJC19-43 del 11 de junio de 2019, y los lineamientos establecidos para tal fin.

QUINTO: En firme la presente sentencia, **ARCHÍVESE** la actuación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



INÉS ADRIANA SÁNCHEZ LEAL
JUEZ

Nulidad y Restablecimiento del Derecho. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2019-00295-00
Demandante: DIANA YULIETH GAITÁN NUÑEZ
Demandado: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA

Firmado Por:

INES ADRIANA SANCHEZ LEAL
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 007 ADMINISTRATIVO DE IBAGUE

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

2c7d376df32b944c87cafb041ee6ac1783670c16c0d1bd7e053a01e3d24ffc5e

Documento generado en 30/06/2021 10:24:17 p. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>