Rama Judicial
República de Colombia

Juzgado Once (11) Administrativo del Circuito de Ibagué

Ibagué (Tolima), diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO: **73001-33 -33- 011-2019-00101-00**
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YINETH BOTERO BOHORQUEZ
DEMANDADO: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA DE IBAGUÉ E.S.P.
TEMA: Insubsistencia empleado en provisionalidad por nombramiento de empleado en carrera

I. ASUNTO

Surtidas las etapas procesales pertinentes sin que se advierta causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a proferir la sentencia anticipada dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora Yineth Botero Bohórquez contra el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. De Ibagué.

II. ANTECEDENTES

1-. La Demanda[1]

1.1.- Pretensiones[2]

Declaraciones:

1-. Que es nula la Resolución No. 3626 del 26 de diciembre de 2018, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de Yineth Botero Bohórquez en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 13, el cual ocupaba el día 14 de enero de 2019 y fue notificado mediante Oficio No. 1206 del día 11 del mismo mes y año.

2-. Que se declare la nulidad del Oficio 1206 – GTH del 11 de enero de 2019, mediante el cual se notificó la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad en la planta Global del Hospital Federico Lleras Acosta a partir del 14 de enero de 2019.

Condenas:

[1] Folios 2 al 9.
[2] Folio 2-3.

1-. Reintegrar a la señora Yineth Botero Bohórquez al cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407 - Grado 13 o a otro de igual o superior categoría y salario, pero de requisitos afines.

2-. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho se condene al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. De Ibagué – Tolima, a reconocer y pagar a la demandante, los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir a partir de su retiro hasta el reintegro efectivo, incluyendo el valor de los aumentos o incrementos que se decreten con posterioridad y al pago de aportes al sistema general de seguridad social.

3-. Que se actualice la condena, ajustando el valor reconocido mes por mes, desde la fecha de retiro hasta el día que se produzca el reintegro.

4-. Que se declare, para todos los efectos, que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

5-. Que se condene en costas a la parte demandada.

1.2.- Hechos [3]

1-. Mediante Resolución No. 1912 del 25 de noviembre de 2009, la señora Yineth Botero Bohórquez fue vinculada en provisionalidad como Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 04 del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. de Ibagué, tomando posesión con Acta No. 123 del 30 de noviembre de 2009.

2-. La demandante ostenta la condición de madre cabeza de familia, razón por la cual, desde el 12 de mayo de 2010, mediante comunicación No. 7992 del 12 de mayo de 2010 había advertido tal situación al Hospital hoy accionado, lo cual, indicaba estabilidad laboral.

3-. Con Resolución No. 491 del 21 de mayo de 2010, a la demandante le fue prorrogada la designación como Auxiliar Administrativo Código 407 – Grado 04, siendo posesionada mediante Acta No. 011 del 27 de mayo de 2010.

4-. El día 11 de enero de 2019 el Agente Especial Interventor del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. de Ibagué, mediante Oficio No. 1206 GTH del 11 de enero de 2019, le comunicó que el cargo ocupado había sido declarado insubsistente mediante Resolución No. 3626 del 26 de diciembre de 2018, con efectos a partir del 14 de enero de 2019.

5-. En el cargo, fue nombrado en reemplazo, el señor Andrés Augusto Flórez Molina, en periodo de prueba por un término de seis (6) meses.

---

[3] Folio 3-4.

6-. Para el momento de la desvinculación, la demandante devengaba una asignación básica mensual equivalente a $1.416.171, $60.170 por concepto de subsidio de alimentación y $88.211 pesos del auxilio de transporte.

7-. Argumentó, que el acto acusado adolece de violación directa a la ley y desviación de poder, en tanto infringió el parágrafo 2º del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017, ya que, al momento de la desvinculación, no se tuvo en cuenta la condición de madre cabeza de familia.

1.3. Normas violadas

Se consideran vulnerados los artículos 2º, 6º, 11, 13, 25, 29, 53, 83 y 123 inciso 2º, 125 inciso 4º y 209 C.P..

Así como los artículos 25 y 45 de la ley 909 de 2004; leyes 1437 de 2011; 100 de 1993, 797 de 2003, 82 de 1993; el decreto 648 de 1997 y la ley 1232 de 2008.

1.4. Concepto de la violación [4]

Argumentó que la Resolución No. 3626 del 26 de diciembre de 2018 proferida por el agente especial interventor de la entidad demandada, fue proferida con desviación de poder, pues aunque estaba sustentada en el concurso de méritos, no se tuvo en cuenta, en los términos de la Corte Constitucional, que los servidores en provisionalidad tienen derechos y gozan de una estabilidad relativa, en la medida que solo pueden ser desvinculados para proveer el cargo ocupado con la persona que ha pasado el concurso de méritos; sin embargo, no se tuvo en cuenta que la demandante tenía condición especial por ser madre cabeza de familia.

Señaló que en el presente caso se pudo haber solicitado autorización a la Comisión Nacional de Servicio Civil (CNSC) para autorizar a favor de la demandante un encargo o nombramiento provisional, tal como dispone el Decreto 4968 de 2007.

Indicó que la CNSC mediante Convocatoria No. 426 de 2016, dio apertura a proceso abierto para la provisión de empleos en el Hospital demandado, para lo cual, ofertó 243 cargos en vacancia definitiva, incluyendo el ocupado por la actora, lo cual no debió ser así, dada la condición de madre cabeza de familia de quien lo ocupaba en provisionalidad.

1.5.- Contestación de la demanda [5]

La apoderada de la entidad demandada presentó oportunamente escrito de contestación, en donde se opuso a los hechos y pretensiones expuestos en la demanda, afirmando que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante obedeció a la expedición de la lista de elegibles por parte de la

[4] Folios 7 al 14.
[5] Folios 53 al 58.

Comisión Nacional del Servicio Civil de cara al concurso de méritos N°. 426 de 2016, llevado a cabo conforme a la Resolución N°. 2018 2 110 173 946 del 05-12-2018, en tal sentido no hay lugar al reintegro.

Como medios exceptivos propuso los siguientes:

1.5.1-. Prescripción

Refirió que de conformidad con el artículo 489 del C.S.T., la reclamación escrita del trabajador recibida por el empleador, interrumpe la prescripción por una sola vez y por un lapso igual señalado en la regla de prescripción correspondiente.

1.5.2.-. Actuación en cumplimiento de un deber legal

Señaló que de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política, la entidad demandada obró en cumplimiento de un deber legal, ya que el ingreso y permanencia de los empleos catalogados como de carrera administrativa, debe hacerse exclusivamente con base en el mérito mediante procesos de selección, como instrumento óptimo para la provisión de cargos, en tanto se relaciona estrechamente con el principio de acceso al desempeño de cargos públicos, en condiciones de igualdad, estabilidad y demás garantías contenidas en el artículo 53 Superior.

Adicionalmente indicó que, dada la competencia de la Comisión Nacional de Servicio Civil para adelantar los respectivos procesos de selección, con miras a la provisión de cargos en carrera administrativa, se adelantó la convocatoria No. 426 de 2016, por medio de la cual se ofertaron sesenta (61) empleos con doscientas cuarenta y tres (243) vacantes, dentro de las cuales se incluyó el cargo Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 13 por once (11) vacantes, el cual venía siendo ocupado en provisionalidad por Yineth Botero Bohórquez.

Por lo anterior, surtidas todas las etapas de concurso, mediante Resolución No. CNSC – 2018 2 110 173 945 del 5 de diciembre de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer las once (11) vacantes del empleo Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 13 de la E.S.E. Hospital Federico Lleras Acosta, bajo el código OPEC N°. 31.170 con veintiocho (28) elegibles, por lo que una vez el hospital fue notificado de dicho acto administrativo, se dio cumplimiento estricto en los términos precisados en la ley y la jurisprudencia.

Enfatizó, que la legalidad de la mencionada lista no fue cuestionada por la demandante, con todo, aclaró que la demandante fue una de las ultimas personas en ser declaradas insubsistentes, además, fue vinculada a la planta temporal de la entidad a través de Resolución No. 1332 del 31 de mayo de 2019 y posesionada desde el 01 de junio del mismo año y hasta el 31 de diciembre de 2019, nombramiento que fue prorrogado desde el 1º de enero de 2020 hasta el 30 de abril de 2020.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto el 11 de junio de 2019, mediante auto del 2 de septiembre de 2019 fue admitida[6], efectuadas las notificaciones de rigor, la demanda fue contestada oportunamente por la parte accionada, con auto del 02 de septiembre de 2021 se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión en atención a una posible configuración de caducidad del medio de control a declararse por sentencia anticipada[7] (oportunidad en la que la entidad demanda presentó escrito). No obstante, posteriormente con auto del 1º de julio de 2022[8] se reconsideró la posición y en su lugar se dispuso declarar no probada la excepción de caducidad, fijar el litigio y correr traslado para alegar de conclusión, oportunidad en la que sólo la parte demandante presentó escrito.

Finalmente, como se aprecia en constancia secretarial[9], el 25 de julio de 2022, el proceso ingresó al despacho para proferir sentencia.

2.1. Alegatos de Conclusión

2.1.1. Parte demandante [10]

Señaló que la Agente Especial Interventora del Hospital Federico Lleras Acosta incurrió en una ostensible desviación de poder ya que el ejercicio de este debe hacerse dentro del marco legal y el rebasamiento de esos límites, cuando las facultades que se tiene se ejercen lesionando derechos, implica desviación de poder, con vicio oculto y falsa motivación como ocurrió con la expedición de la Resolución 3626 del 26 de diciembre de 2018, ya que fue proferida con protuberante desviación de poder pues aunque fue sustentada en el concurso de méritos, no se tuvo en cuenta que tal como lo ha expresado la Corte Constitucional los servidores en provisionalidad tienen derechos y gozan de una estabilidad laboral relativa en la medida en que solo pueden ser desvinculados para proveer el cargo ocupado, con una persona que ha pasado el concurso de méritos, pero no se tuvo en cuenta la vinculación que traía el demandante de vieja data y que se indicó en el libelo demandatorio.

2.1.2. Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. de Ibagué.[11]

Argumentó, que la acción afirmativa solo es posible aplicarla cuando se dan las causales del parágrafo segundo del artículo 2.2.5.32 del Decreto 1083 de 2015, esto es, cuando existiendo vacantes para proveer la lista de elegibles resulta menor a ellos, situación que para el caso en particular no aconteció, toda vez que la lista de elegibles superó el número de vacantes a proveer -once (11)-, y la lista fue

---

[6] Folio 49 a 50 del Archivo 011 del Cuaderno Principal del expediente digitalizado.
[7] Archivo 01 del Cuaderno Principal N°. 2 del expediente digitalizado.
[8] Archivo 01 del Cuaderno Principal N°. 2 del expediente digitalizado.
[9] Archivo 12 del Cuaderno Principal N°. 2 del expediente digitalizado.
[10] Archivo 10 del Cuaderno Principal N°. 2 del expediente digitalizado.
[11] Anexo 04 del expediente digital.

conformada por veintiocho (28) elegibles. Tampoco puede nombrarse a la demandante en un cargo similar porque no hay vacantes.

2.1.4. Ministerio Público

No presentó concepto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

En armonía con la fijación del litigio efectuada dentro del presente asunto, se contrae a determinar, si la condición de madre cabeza de familia invocada por la demandante, tornaba improcedente declarar insubsistente su nombramiento provisional como Auxiliar Administrativo, Código N°. 407, Grado 13, y si el acto acusado incurrió en falsa motivación y desviación de poder, al invocar como causal de retiro del servicio la provisión definitiva por vía del concurso de méritos.

3.2. Tesis del Despacho.

Analizados los argumentos expuestos por las partes, y de conformidad con lo probado en el proceso, el Juzgado concluye, que al haber sido nombrada la señora Yineth Botero Bohórquez en provisionalidad, es claro que no ostenta derechos de carrera administrativa, por lo que, al haber sido desvinculada con ocasión a la provisión definitiva del cargo luego de adelantarse el correspondiente concurso de méritos, y no habiendo sido probadas las causales de anulación de falsa motivación o desviación de poder que se invocaron en la demanda, debe mantenerse la legalidad de los actos acusados, y en consecuencia, negarse las pretensiones de reintegro deprecadas.

3.3. Argumentos que sustentan la tesis propuesta por el Despacho.

3.3.1. Desvinculación de empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

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, con el fin de resolver el caso concreto, 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" (Resaltado del Despacho).

A su turno, el Decreto 1227 de 2005 reglamentó lo siguiente:

"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 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 Magistrado Dr. 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, frente al deber de motivar el acto de insubsistencia, allí se indicó:

"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 MOTIVADO[12], 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 empleos[13] 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

[12] 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.
[13] La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

> ***un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas*** *(art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado"*[14].

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, 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 2005.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia SU-917 de 2010 indicó que sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como **la <u>provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo</u>**, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria *"u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto"*.

Así mismo, en la sentencia SU-054 de 2015[15] la Corte señaló que la estabilidad laboral de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad se garantiza mediante el deber impuesto a la administración de motivar el acto de desvinculación, con lo que se satisface la garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso. En este orden, lo que se busca con la motivación, no es nada distinto a que el servidor tenga la posibilidad de defenderse en juicio, si así lo considera, y poder contradecir las razones por las cuales lo declararon insubsistente en el cargo, de lo contrario, se vería transgredido su derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, pues es indispensable para el control de los actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así, es indispensable que el acto administrativo por medio del cual se va a retirar del servicio a un funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, esté motivado, para que se le garantice de manera efectiva la estabilidad laboral relativa a la que tiene derecho, dado que su situación no es asimilable a la de un funcionario de libre nombramiento y remoción, pues el primero, fue nombrado para satisfacer la necesidad del servicio y no por la existencia de una relación de confianza para desempeñar funciones de dirección y manejo. De la misma forma, el deber de motivación impone la carga de que la misma sea clara, exponga de manera cierta y precisa las circunstancias de hecho y de derecho en las cuales se fundamenta la decisión de prescindir del funcionario, sin que se admitan justificaciones genéricas.

---

[14] 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.
[15] Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. Bogotá D.C., doce (12) de Febrero de dos mil quince (2015)

Ahora bien, con relación a las reglas sobre reintegro y monto de la indemnización debida como restablecimiento del derecho, según sentencia SU-556-14, la Corte Constitucional indicó que, en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, se deben adoptar las siguientes directrices:

(i) El reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso;

(ii) A título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Finalmente, en Concepto 73701 de 2019 el Departamento Administrativo de la Función Pública concluyó que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional 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 funcionario concreto.

3.3.2. Caso concreto.

3.3.2.1. Hechos relevantes que se encuentran probados.

Dentro del expediente se encuentran acreditados los siguientes hechos relevantes para adoptar decisión:

1. Mediante Resolución Nº. 1912 del 25 de noviembre de 2009 el Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E de Ibagué, nombró en **provisionalidad** a la señora Yineth Botero Bohórquez en el cargo de Auxiliar Administrativo (Archivo y correspondencia), Código 407, Grado 04, por el término de seis meses, tomando posesión del cargo con efectos fiscales a partir del 12 de diciembre de 2009. *Este hecho se encuentra probado a folios 41 a 43 del Archivo 011 de Cuaderno Principal 1 del Expediente Digitalizado.*

2. Acta de Declaración Extraproceso Nº. 01414 efectuada ante la Notaría Séptima del Círculo de Ibagué, el 12 de mayo de 2010, donde la demandante afirma que su hija menor de catorce años depende económica y totalmente de ella. *Este hecho se encuentra probado a folios 38 del Archivo 011 de*

Cuaderno Principal 1 del Expediente Digitalizado.

3. A través de la Resolución Nº. 0491 del 21 de mayo de 2010 el Gerente del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E de Ibagué, prorrogó el nombramiento en provisionalidad de la señora Yineth Botero Bohórquez en el cargo de Auxiliar Administrativo (Archivo y correspondencia), Código 407, Grado 04, de conformidad con la autorización concedida mediante Comunicación Nº. 0-0352 del 07 de enero de 2010 radicado Nº. 0-31-0282 radicación interna Nº. 00798 del 18 de enero de 2010 por la Comisión Nacional del Servicio Civil de manera indefinida hasta el momento en que se expidan las correspondientes listas de elegibles producto del concurso de méritos, tomando posesión con efectos fiscales a partir del 01 de julio de 2010. *Este hecho se encuentra probado a folios 39 a 40 del Archivo 011 de Cuaderno Principal 1 del Expediente Digitalizado.*

4. Resolución Nº. CNSC-20182110173945 del 05 de diciembre de 2018 a través del cual la Comisión Nacional del Servicio Civil conforma la lista de elegibles para proveer once (11) vacantes del empleo de carrera denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 13, de la E.S.E. Hospital Federico Lleras Acosta, ofertado a través de la Convocatoria N°. 426 de 2016, bajo el código OPEC N° 31170. *Este hecho se encuentra probado a folios 276 a 278 del Archivo 011 de Cuaderno Principal 1 del Expediente Digitalizado.*

5. Que mediante Resolución Nº. 3626 del 26 de diciembre de 2018 la Agente Especial Interventora del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E de Ibagué, nombró en periodo de prueba a quien superó el concurso de méritos para el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 13, conforme la lista de elegibles remitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, y en consecuencia, declaró insubsistente el nombramiento de la hoy demandante Yineth Botero Bohórquez a partir del 14 de enero de 2019. *Este hecho se encuentra probado a folios 18 a 20 y 306 a 308 del Archivo 011 de Cuaderno Principal 1 del Expediente Digitalizado.*

6. Oficio Nº. 1306-GTH del 11 de enero de 2019 a través del cual la Agente Especial Interventora del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E de Ibagué, comunicó a la demandante Yineth Botero Bohórquez lo decidido en la Resolución Nº. 3626 del 26 de diciembre de 2018. *Este hecho se encuentra probado a folios 17 y 315 del Archivo 011 de Cuaderno Principal 1 del Expediente Digitalizado.*

7. Oficio del 02 de enero de 2019 suscrito por Andrés Augusto Flórez Medina quien, conforme a la lista de elegibles remitidas por la CNSC, fue nombrado en periodo de prueba, aceptando el nombramiento efectuado en el cargo de Auxiliar Administrativo que ocupaba la hoy demandante. *Este hecho se encuentra probado a folios 311 del Archivo 011 de Cuaderno Principal 1 del Expediente Digitalizado.*

8. Certificación laboral de fecha 22 de enero de 2019 expedida por el Área

de Talento Humano del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. de Ibagué, en donde se indica: "*Que YINETH BOTERO BOHÓRQUEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 65.730.996 expedida en Ibagué, tuvo Nombramiento Provisional con el Hospital, desde el 01 de Diciembre de 2009 hasta el 13 de enero de 2019, en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 13, con asignación básica mensual de $1.416.171.00, subsidio de alimentación de $60.170.00, auxilio de transporte de $88.211.00. (…).". Este hecho se encuentra probado a folios 21 a 22 y 31 a 32 del Archivo 011 de Cuaderno Principal 1 del Expediente Digitalizado.*

9. Acta de Posesión del señor Andrés Augusto Flórez Medina en el cargo Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 13, el cual ocupada hasta entonces la demandante, con efectos fiscales a partir del 14 de enero de 2019. *Este hecho se encuentra probado a folios 312 del Archivo 011 de Cuaderno Principal 1 del Expediente Digitalizado.*

Enlistado el material probatorio, se tiene que la parte demandante señala que los actos administrativos demandados, incurrieron en violación de la ley, desviación de poder y falsa motivación, por cuanto no tuvieron en cuenta que los servidores en provisionalidad tienen derechos y gozan de estabilidad laboral relativa en la medida que solo pueden ser desvinculados para proveer el cargo con una persona que ha pasado el concurso de méritos, y que la demandante fue retirada del servicio a pesar de su condición de madre cabeza de familia, encontrándose en reten social, lo cual conocía la entidad, por lo que no ha debido incluirse en la convocatoria del concurso el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 13 ocupado por la demandante.

A su turno, la entidad demandada sostuvo, que la declaratoria de insubsistencia de la demandante obedeció a la expedición de la lista de elegibles por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil de cara al concurso de méritos N°. 426 de 2016, llevado a cabo conforme a la Resolución N°. 20182110173946 del 05-12-2018. Que de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política, obró en cumplimiento de un deber legal, ya que el ingreso y permanencia de los empleos catalogados como de carrera administrativa, debe hacerse exclusivamente con base en el mérito mediante procesos de selección, como instrumento óptimo para la provisión de cargos, en tanto se relaciona estrechamente con el principio de acceso al desempeño de cargos públicos, en condiciones de igualdad, estabilidad y demás garantías contenidas en el artículo 53 Superior.

Afirmó que, dada la competencia de la Comisión Nacional de Servicio Civil para adelantar los respectivos procesos de selección, con miras a la provisión de cargos en carrera administrativa dentro de la convocatoria No. 426 de 2016, y surtidas todas las etapas de concurso, mediante Resolución No. CNSC – 20182110173945 del 05 de diciembre de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer las once (11) vacantes del empleo Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 13 de la E.S.E. HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA, bajo el código OPEC N°. 31170 con veintiocho (28) elegibles, por lo que una vez el hospital fue notificado de dicho acto administrativo, se dio cumplimiento estricto en los términos precisados en la ley y la jurisprudencia, y que la demandante fue una de las últimas personas en ser declaradas insubsistentes, además, que posteriormente fue vinculada a la

planta temporal de la entidad a través de Resolución No. 1332 del 31 de mayo de 2019 y posesionada desde el 01 de junio del mismo año y hasta el 31 de diciembre de 2019, nombramiento que fue prorrogado desde el 01 de enero de 2020 hasta el 30 de abril de 2020, por lo que aun siendo legal su desvinculación, no quedó desprotegida como se afirma en la demanda.

Bajo esta orbita y de conformidad con los hechos probados dentro del expediente, es claro para el Juzgado que al ser la demandante, Yineth Botero Bohórquez, nombrada con carácter provisional, no tiene los derechos que ostentan los empleados de carrera; por lo tanto, el Gerente del Hospital demandado terminó válidamente su nombramiento como Auxiliar Administrativo al existir lista de elegibles vigente enviada por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil para el mencionado cargo y en consecuencia no es posible acceder al reintegro solicitado, en los términos explicados con anterioridad (3.3.1.) y lo ha reiterado la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, entre otras, en sentencias del 8 de agosto de 2011[16], del 18 de octubre de 2012[17] y del 22 de marzo de 2007[18].

Ahora bien, en lo que corresponde a la afirmación de ser madre cabeza de familia solo obra dentro del expediente una declaración extrajuicio hecha por la propia demandada, quien constituye su propia prueba, para indicar que su hija de catorce años de edad para el año 2010, dependía económica y totalmente de ella para sus subsistencia, alimentación, vivienda, salud y bienestar, al respecto, sea oportuno citar lo dicho por la H. Corte Constitucional entre otras en sentencia SU-388 de 2005, en donde se ha venido precisando, que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar, (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia.

Así mismo, la Corte Constitucional se ocupó de otra arista especifica de estos conflictos, en sede constitucional, respecto de un padre que adujo ser fuente única

---

[16] C.P. dr. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. No 25000-23-15-000-2010-03396-02(AC).

[17] C.P. dr. Victor Hernando Alvarado Ardila. Rad. No 08001-23-31-000-2009-01032-01(1090-12).

[18] C.P. dr. Jesús María Lemos Bustamante. Rad. No 25000 23 25 000 2002 00110 01 (0353-06).

del sustento de su familia y depender exclusivamente del ingreso laboral en empleo público que servía en provisionalidad; se trató de examinar si debía prevalecer el llamado retén social a favor de prepensionados en dicha situación, por sobre los derechos de quien lo ganó por el sistema de carrera, la conclusión fue negativa[19].

Así pues, la jurisprudencia constitucional permite establecer que no bastará que una persona (madre o padre cabeza de familia) se haya quedado sin empleo por tener que cederlo forzadamente a un titular de carrera, para que se vulneren derechos fundamentales suyos o deba quebrarse la legalidad del acto administrativo del nominador.

Se precisa, que la demandante fue nombrada en provisionalidad en el año 2009, la convocatoria a concurso de méritos fue en el año 2016, y la posesión del cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 13 de la E.S.E. Hospital Federico Lleras Acosta, bajo el código OPEC N°. 31170, por parte de la persona según lista de elegibles remitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil fue en el año 2019. Así las cosas, en la dimensión del conflicto que se estudia, una persona vinculada en provisionalidad, por años que lleve en el cargo, antes de la apertura de la convocatoria por el sistema del mérito, ejerciendo las mismas funciones auxiliares, tuvo abierta la posibilidad de competir, con la ventaja relativa de la experiencia acumulada; y si no lo hizo, o no superó las pruebas y filtros, no es de recibo acudir a los mecanismos excepcionales del retén social para afianzarse en el empleo a costa del titular de carrera, sin que la invocada extrema vulnerabilidad se haya probado.

En este orden de ideas, analizados los argumentos expuestos por las partes, y de conformidad con lo probado en el proceso, el Juzgado concluye, que los cargos de nulidad que se le imputaron a los actos administrativos acusados no fueron probados fehacientemente, por tanto, la insubsistencia de la señora Yineth Botero Bohorquez quien había sido nombrada en provisionalidad, a causa de la provisión definitiva del cargo luego de adelantarse el correspondiente concurso de méritos, deben mantener la legalidad, y en consecuencia, se denegaran las pretensiones de la demanda.

4. Condena en costas

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado[20] en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

---

[19] Corte Constitucional, sentencia de unificación SU-897 del 31 de octubre del 2012, ponente: Alexei Julio Estrada; sentencia T-326 del 3 de junio de 2014, ponente: María Victoria Calle Correa: sentencia T-326 de 2013, ponente: María Victoria Calle Correa entre otras.
[20] C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

En este orden de ideas, el numeral 8º del artículo 365 C.G.P. establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Así mismo, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P. las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

Teniendo en cuenta la argumentación antes efectuada y descendiendo al caso que nos ocupa se condenará al pago de las costas del proceso a la parte demandante.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la apoderada de la parte demandada presentó escrito de contestación, formuló excepciones y alegó de conclusión, se observa que se causaron agencias en derecho.

Por consiguiente, el Despacho condenará en costas a la parte demandante, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de $ 376,864 equivalente al 4% de las pretensiones, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se ordenará que por Secretaría se efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el ***JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ*****,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

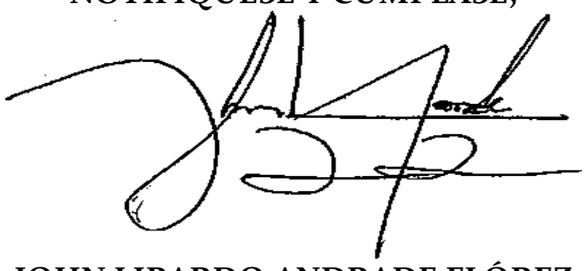
RESUELVE:

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte demandante y a favor del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. de Ibagué. Para tal efecto, inclúyase como agencias en derecho la suma de $ 376.864. Por Secretaría tásense.

TERCERO. En firme esta decisión, **ARCHÍVESE** el expediente previas constancias y anotaciones de rigor en el Sistema de Información Judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
Juez

Firmado Por:
John Libardo Andrade Florez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
11
Ibague - Tolima

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: **233dd892b2f218b4e4294884e156355cfd4f61f0526fc186adaa0f3878178bea**
Documento generado en 10/03/2023 03:03:41 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica