

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Expediente escritural**

Demandante : **GRADE ALEJANDRA MILLAR MONTAÑEZ**

Demandado : **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR
OCCIDENTE E.S.E. – Hospital Occidente de Kennedy
III Nivel**

Radicación : **No. 11001-33-42-047-2016-00157-00 (2011-00532)**

Asunto : **Insubsistencia de nombramiento provisional del cargo
como consecuencia de nombramiento en periodo de
prueba. Reintegro – Acto Legislativo No. 4 de 7 de julio de
2011**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado 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 Cuarenta y siete Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. DEMANDA:

1.1.1. ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Con fundamento en los artículos 206, 267 del C.C.A. y 280 del C.G.P., procede el Despacho a decidir en primera instancia, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho regulada por el artículo **85 del C.C.A.**, promovida por la señora **GRADE ALEJANDRA MILLAR MONTAÑEZ** actuando mediante apoderado judicial contra el

Hospital Occidente de Kennedy III Nivel hoy **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.**

La actora solicita las siguientes:

1.1.2 PRETENSIONES

1. Se declare la **nulidad de la Resolución No. 0083 del 13 de abril de 2011**, por medio de la cual se hizo un nombramiento en periodo de prueba y se declaró insubsistente el nombramiento de la señora GRADE ALEJANDRA MILLAR MONTAÑÉS.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, ordenar a la entidad demandada el reintegro de la señora GRADE ALEJANDRA MILLAR MONTAÑÉS al mismo cargo o a otro de igual categoría y el pago de todos los sueldos, primas, bonificaciones y demás derechos que le corresponden de acuerdo con el cargo que ocupaba de auxiliar de enfermería, código 412, grado 17 del Departamento de Enfermería, División Diagnóstico y Tratamiento Subdirección de Prestación de Servicio de Salud del Hospital Occidente de Kennedy hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.
3. Se declare que, para efectos de las prestaciones sociales en general, no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, desde cuando fue desvinculada hasta cuando se efectúe el reintegro.
4. La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda en curso legal en Colombia y se ajustarán tomando como base el IPC, conforme a lo dispuesto en el artículo 179 del Código Contencioso Administrativo.
5. Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará la aplicación de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

1.1.3. HECHOS

Los principales hechos en que se fundamenta la demanda se resumen así:

1. La demandante prestó sus servicios desde el 23 de marzo de 1999 por contrato hasta que el Hospital Occidente de Kennedy E.S.E., mediante Resolución

0023 del 19 de enero de 2006, la nombró en forma provisional para ocupar el cargo de Auxiliar de enfermería, código 555, grado 17.

2. Durante más de 12 años, la demandante se desempeñó en el cargo, siendo evaluada por el órgano competente del Hospital obteniendo resultados favorables que la mantuvieron activa en su desempeño laboral en la entidad hospitalaria.

3. Se inscribió a la convocatoria de la Comisión Nacional del Servicio del Servicio Civil, en el año 2005, pero perdió el examen de conocimientos.

4. Pese a estar en curso un acto legislativo que amparaba a los trabajadores estatales que por largos años venían desempeñándose en cargos públicos y entregaba a quienes estaban vinculados al 31 de diciembre de 2010 la posibilidad de seguir en el concurso en trámite y como tal en el desempeño de sus funciones; el gerente del Hospital Occidente de Kennedy procedió a declarar insubsistente el nombramiento de la demandante mediante Resolución 083 del 13 de abril de 2011.

1.1.4. Normas Violadas

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

CONSTITUCIONALES: artículos 29, 122, 123, 124 y 209.

LEGALES: Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1. Demandante

La posición de la parte demandante la podemos extraer del acápite de *concepto de violación*¹, contenido en libelo introductorio de la acción, y que se concretan así:

Consideró que se presentaron una serie de irregularidades por parte de la administración, que vulneraron los procedimientos señalados en la Ley 909 de 2004, en las interpretaciones de la Corte Constitucional y en lo regulado en los artículos 35 y 36 del C.C.A., en cuanto al deber de motivar los actos administrativos que declaran insubsistentes a los funcionarios que están en provisionalidad. Además de no tener en cuenta la existencia de un acto legislativo que determinaba la condición de aquellas

¹ Ver fls. 9 - 24 del exp.

personas que, aunque habían perdido el examen de conocimiento se les permitía continuar en el concurso de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, generándose así un derecho a quienes cumplieron con los requisitos señalados en dicho acto.

Si bien, el acto legislativo fue expedido con posterioridad al retiro de la demandante, se presentan causas que dejan sin efecto el acto administrativo expedido por el Hospital Occidente de Kennedy y que permiten a la demandante continuar en el concurso.

Advirtió una *desviación de poder* por parte del Director del Hospital Occidente de Kennedy al retirar del servicio en forma selectiva y a su capricho a unos funcionarios y a dejar a otros que en igualdad de condiciones estaban con la demandante, lo que se ve en cuanto existen personas en la planta del Hospital, que perdieron los dos exámenes de conocimiento y sin embargo, los mantuvo en la planta por amistad, por compromiso político o por cualquier otra razón, generando entonces discriminación en cuanto al trato dado a quienes fueron retirados.

Agregó que igualmente se presenta irregularidad, por cuanto el nominador procede a retirar a una persona sin ningún tipo de análisis para suplir 35 cargos de la lista de elegibles contenida en la Resolución 0553 del 15 de marzo de 2011, de 64 que hay en la planta de personal y, si se tiene en cuenta que 10 personas de la lista ya estaban ocupando cargos en provisionalidad, solo quedaban por posesionar 25, quedando un gran número de plazas que aún están siendo ocupadas por varios empleados en provisionalidad.

Adujo *falsa motivación* del acto administrativo demandado porque en este se da a entender que la señora Lesly Marcela Barreto Urrego participó en forma exclusiva en el cargo que desempeñaba la demandante quien fue retirada como si no existieran otros cargos vacantes, sino como único participante y cargo a proveer, sin indicar cuál fue la forma en la que se eligió a la demandante de esos 35 funcionarios que igualmente podían ser escogidos para el retiro, si era que GRADE tenía antecedentes disciplinarios, llamados de atención, era mala empleada, no cumplía con sus deberes o con el objeto del cargo que estaba desempeñando.

El retiro del personal que está en provisionalidad tiene fundamento en el artículo 125 de la Carta, que señala con claridad que el retiro de los empleados que estén en concurso se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación al régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la Ley.

2.2. Demandada

La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, se opuso a las pretensiones e hizo referencia a la declaratoria de inexecutable, por la Corte Constitucional del Acto Legislativo 04 de 7 de julio de 2011.

Indicó que en vigencia del mencionado acto legislativo la Comisión Nacional del Servicio Civil señaló como beneficiarios a los servidores con nombramiento provisional, inscritos en convocatorias en curso a la fecha de su promulgación en el empleo que ocupaban al 7 de julio de 2011 y que estaban desempeñando al 31 de diciembre de 2010 y llevaran al menos 5 años de ejercicio ininterrumpido en el mismo empleo y en la misma entidad, sin perjuicio de la aplicación de las listas de elegibles proferidas y que adquirieron firmeza antes del 7 de julio de 2011, teniendo en cuenta que para los elegibles se constituyó un derecho cierto frente a las vacantes existentes al momento en que las listas cobraron firmeza.

Mediante la Resolución 553 del 14 de marzo de 2011, fecha anterior a la promulgación del Acto Legislativo 04 de 7 de julio de 2011, se conformó la lista de elegibles para ocupar el cargo Auxiliar del Área de la Salud, código 555, grado 17 del Hospital Occidente de Kennedy, por lo que a su juicio no se vulneró ningún derecho.

Propuso la excepción previa de: i) falta de agotamiento del requisito de procedibilidad y, de fondo: i) inexistencia del derecho, ii) mala fe de la demandante, iii) pago y iv) innominada.

2.3. Llamado en garantía – Compañía de Seguros del Estado

El apoderado de la Compañía respecto de la demanda, indicó que el acto administrativo atacado lo que hizo fue ajustar la situación del cargo en cuestión a las exigencias constitucionales emanadas de la sentencia C-588/11, C-249/12 de la Corte Constitucional y demás normatividad aplicable, en tanto la permanencia de cualquier funcionario en provisionalidad se hacía insostenible en tanto estuvieran dadas las condiciones para adelantar una normalización del cargo a partir del proceso de contratación basado en la meritocracia; recordó que la demandante alega haber ingresado a la carrera administrativa de forma extraordinaria, es decir, bajo el amparo del acto legislativo 04 de 2011 que fue declarado inexecutable, pareciendo entonces que la actora desconoce la Sentencia C-249/2012 de la Corte Constitucional.

En cuanto a las pretensiones del llamamiento se opuso a una eventual condena invocando ausencia de cobertura sobre hechos dolosos de conformidad con el artículo 1055 del Código de Comercio y el límite del valor asegurado con aplicación del artículo 1111 del Código de Comercio.

Propuso la excepción genérica de cualquier circunstancia que llegare a ser probada a lo largo del proceso y que constituya un acontecimiento de hecho que pueda ser interpretado como exculpatario de las pretensiones presentadas por la demandante.

2.4. Lesly Marcela Barreto Urrego

De acuerdo con la documental obrante a folio 318 se retiró del Hospital Occidente de Kennedy a partir del 1 de octubre de 2016, fue debidamente notificada al correo electrónico suministrado por la entidad², pero no contestó la demanda.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó el 15 de noviembre de 2011³, siendo conocida inicialmente por el Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito de Bogotá, que la admitió el 18 de noviembre de 2011⁴; y notificada en debida forma a la entidad demandada⁵, la cual contestó la demanda dentro de la oportunidad legal⁶ y el 28 de septiembre de 2012 aportó la Resolución 083 del 13 de abril de 2011 en cumplimiento del oficio expedido por el Juzgado Diecinueve que le solicitó aportar los antecedentes administrativos⁷.

En el mismo término presentó una solicitud de llamamiento en garantía a la Compañía Seguros del Estado, la cual fue negada en primera instancia por auto del 5 de octubre de 2012, cuya decisión fue revocada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en proveído del 31 de agosto de 2015⁸ y, propuso nulidad de todo lo actuado que fue rechazada por providencia del 8 de febrero de 2013⁹.

En cumplimiento del Acuerdo PSAA15-10414 del 30 de noviembre de 2015, el Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito de Bogotá ordenó remitir el expediente a los Juzgados Administrativos permanentes que continuaran

² Ver fl. 318 del exp.

³ Ver fl. 133 del exp.

⁴ Ver fl. 135 del exp.

⁵ Ver fl. 138 del exp.

⁶ Ver fls. 172-190 del exp.

⁷ Ver fls. 206 y 211 a 213 del exp.

⁸ Ver fls. 300 a 304 del exp.

⁹ Ver fls. 242 a 244 del exp.

conociendo de procesos tramitados bajo el sistema escritural –Decreto 01 de 1984, C.C.A-¹⁰, correspondiendo por reparto a este Despacho Judicial, de acuerdo con el acta del 24 de febrero de 2016¹¹, asignando un nuevo radicado al expediente.

Mediante auto del 5 de julio de 2016, esta instancia aprehendió su conocimiento y procedió a obedecer y cumplir lo dispuesto por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en consecuencia, admitió el llamamiento en garantía, ordenando notificar al Presidente de la Compañía Seguros del Estado y a la señora Lesly Barreto Urrego como tercero vinculado¹², asimismo, impuso poner en conocimiento al Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. la existencia del presente proceso para que compareciera al proceso como sucesor procesal, ordenes que fueron cumplidas¹³. Seguros del Estado contestó el llamamiento¹⁴, la Subred Integrada de Servicios se pronunció¹⁵ y la señora Barreto Urrego, guardó silencio.

Mediante auto del 10 de febrero de 2017 se dio apertura a la etapa probatoria, incorporando las pruebas documentales allegadas, negando y decretando algunas de las solicitadas¹⁶. En la misma providencia se señaló que el llamado en garantía no contestó en oportunidad, decisión que se repuso el 31 de mayo de 2017, para en su lugar tener en cuenta el escrito de contestación¹⁷.

Recaudadas las pruebas y vencido el término probatorio, el 8 de noviembre de 2017 se corrió traslado para alegar de conclusión por el término común de diez (10) días¹⁸, dentro del cual ninguno de los sujetos procesales presentó alegatos; quedando así surtidas todas las etapas procesales previas a la sentencia.

3.1. Alegatos de Conclusión

3.1.1. Las partes y la vinculada.

Vencido el término, las partes ni la tercera vinculada presentaron alegaciones finales.

3.1.2. Ministerio Público.

¹⁰ Ver fl. 309 del exp.

¹¹ Ver fl. 311 del exp.

¹² Ver fls. 313 y 314 del exp.

¹³ Ver fls. 316 vto., 319 y 321 del exp.

¹⁴ Ver fls. 332 y 337 del exp.

¹⁵ Ver fls. 323 a 331 del exp.

¹⁶ Ver fls. 349 a 351 del exp.

¹⁷ Ver fls. 365 y 366 del exp.

¹⁸ Ver fl. 387 del exp.

El Ministerio Público no emitió concepto en la presente controversia.

Cumplido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

4. CONSIDERACIONES

Por razones de orden metodológico el Despacho en primer término, se referirá a las excepciones propuestas por la entidad accionada, enseguida, de no prosperar ninguna, planteará el problema jurídico, para finalmente darle solución de conformidad con los hechos probados y la normatividad aplicable al caso concreto.

4.1 Excepciones propuestas

La entidad accionada presentó como excepciones las de: i) falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, ii) inexistencia del derecho, iii) mala fe de la demandante, iv) pago y v) innominada.

Al respecto de las denominadas: inexistencia del derecho, mala fe de la demandante, y pago, el Despacho encuentra que en realidad constituyen argumentos de defensa que deberán ser resueltos en las consideraciones de la presente providencia.

Respecto de la excepción innominada corresponde al deber del juzgador declarar de oficio las excepciones que encuentre probadas dentro del expediente en la sentencia definitiva, de conformidad con el inciso segundo del artículo 164 del C.C.A. Por lo cual, no está llamada a prosperar ni a ser tenida como una excepción.

Así entonces, se procede resolver sobre la denominada falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, formulada como excepción previa.

4.1.2. Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad¹⁹:

Asegura la demandada que la petición elevada por la demandante no guarda identidad con lo pretendido en la demanda con la que se dio inicio a la acción en

¹⁹ Ver fl. 187 del exp.

curso, ya que el contenido adolece de la solicitud de revocatoria del acto que hoy se ataca.

Al respecto, el Despacho advierte que en el presente asunto no hay petición alguna, por cuanto el acto administrativo sometido a juicio de legalidad es la Resolución 083 del 13 de abril de 2011, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante como consecuencia del nombramiento en periodo de prueba de quien superó el concurso de méritos, decisión que de conformidad con el C.C.A agota la vía gubernativa, dado que de manera general, esta se entiende agotada cuando contra los actos administrativos no procede ningún recurso (artículo 62 inciso primero), como ocurrió en el presente asunto, pues el acto administrativo, ni siquiera señaló su procedencia.

Así las cosas, no hay lugar a exigir este requisito en temas como el que nos ocupa, y por tanto no se configura la excepción así propuesta.

4.2 Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si prosperan los cargos de nulidad, infracción a norma superior, falsa motivación y desviación de poder, argumentados en la demanda contra el acto administrativo, Resolución 083 del 13 de abril de 2011, por medio del cual realiza un nombramiento en periodo de prueba, dispone que el nombramiento en provisionalidad del cargo desempeñado por la demandante, devendría en la declaratoria de insubsistencia y, por ende la demandante debe ser reintegrada sin solución de continuidad al cargo que ocupaba al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento - auxiliar área de la salud, código 412, grado 17, Subdirección de Prestación de Servicios de Salud- o a otro de igual categoría, junto con el pago de los salarios y demás prestaciones desde el 3 de mayo de 2011, fecha efectiva de su desvinculación, hasta la fecha de su reintegro.

Para determinar si a la demandante le asiste derecho a lo pretendido, se hace necesario realizar el análisis normativo correspondiente, luego, la valoración de las pruebas aportadas para así resolver el caso concreto.

4.3 Desarrollo del problema jurídico – Normatividad aplicable al caso

Ahora bien, respecto de las normas que le son aplicables a las entidades del nivel territorial en materia de carrera administrativa y empleo público, se tiene que, la

Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, dispuso:

ARTÍCULO 3o. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.
(...).

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:
(...).

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

Para la fecha de su insubsistencia, la actora desempeñaba en provisionalidad el cargo de carrera denominado auxiliar área de la salud código 412 grado 17 de la Planta Global del Hospital Occidente de Kennedy.

El Decreto 1227 del 21 de abril 2005²⁰, “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998” aplicable al caso concreto, previó:

“ARTÍCULO 8o. Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 4968 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Con respecto a la forma de desvinculación del servicio, la Ley 909 de 2004, dispone:

²⁰ Derogado por el Decreto 1083 de 2015.

“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”.

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005 “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998”, consagra en sus artículos 9 y 10, sobre la provisión en provisionalidad de empleos de carrera:

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

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”.

De la lectura de las normas transcritas, se observa que el nombramiento en provisionalidad en cargos de carrera fue autorizado por la ley, de manera excepcional en los siguientes casos: i) cuando el titular del cargo se encuentre en situaciones administrativas que impliquen su separación temporal del mismo, cuando no fuere posible proveerlo mediante encargo con servidores públicos de

carrera y ii) sin previa convocatoria concurso cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad en caso de vacancia del cargo por no haberse proveído el mismo por concurso de méritos, siempre que no hayan empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ocuparlo en encargo y que no haya lista de elegibles vigente; en el primer caso sólo por el tiempo que dure la situación administrativa y en el segundo caso hasta por 6 meses tiempo en el cual deberá ser convocado en concurso de méritos para proveerlo de manera definitiva.

Ahora bien, respecto de la motivación del acto de desvinculación de los empleados nombrados en provisionalidad, el Consejo de Estado²¹, hizo un estudio de la Ley 909 de 2004 y de su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, realizando un cambio en la línea jurisprudencial del alto Tribunal que sostenía que, respecto de los empleados que estuviesen desempeñando cargos de carrera en provisionalidad, el nominador al haber efectuado el nombramiento en discrecionalidad, su retiro se podía ejercer en los mismos términos, es decir aplicando la discrecionalidad, concluyendo que, a partir de la entrada en vigencia de esta normatividad la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción, pues en los cargos ocupados en provisionalidad la facultad es reglada y el acto de retiro debe ser motivado, lo expresó en los siguientes términos:

*“(...) 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, 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 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

²¹ Sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, rad. No. 15001-23-31-000-2001-00354-01(0319-08), Sala Laboral.

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 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 motivado. (Subrayado fuera de texto).

Esta posición se ha mantenido en la jurisdicción contenciosa, e incluso en sede constitucional, la Corte en la SU-556/14, frente al empleado nombrado en provisionalidad, que no supera el concurso de méritos, advierte que no lo ampara la prerrogativa a la estabilidad laboral reforzada, así discurrió:

*“3.5.6. Así las cosas, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Como se estableció arriba, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; **en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.**”*

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe “atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo”²².²³ En concordancia con lo anterior, el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas” (Negrilla y subrayado del Despacho).

4.4 Análisis crítico del material probatorio

²² Nota interna. Sentencia T-1310 de 2005 MP: Álvaro Tafur Galvis: “En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.” A su vez la sentencia T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández dijo: “La Corte ha precisado que un empleado o funcionario de carrera sólo puede ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley. Así, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario de un cargo de carrera administrativa o judicial debe ser motivado.” Ver, entre otras, sentencias; T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-1206 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentería; y T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

²³ Nota interna. C-279 de 2007.

Se encuentran demostrados en el proceso, con los medios de prueba documentales legalmente incorporados, los siguientes hechos que interesan al debate:

4.4.1 Sobre la vinculación de la señora Grade Alexandra Millar Montañez en el Hospital Occidente de Kennedy E.S.E.:

- Obra certificación suscrita por la Secretaria de la Subdirección Administrativa del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel, en la que se deja constancia que la demandante se encuentra vinculada con la entidad en calidad de contratista por Prestación de Servicios como Auxiliar de Enfermería desde el 23 de marzo de 1999²⁴.
- Mediante Resolución No. 000023 del 19 de enero de 2006, el Gerente del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel, nombró con carácter provisional, por un periodo de 6 meses, a la señora Grade Alejandra Millar Montañez en el cargo de Auxiliar Área Salud Código 412 Grado 17²⁵.
- El 23 de enero de 2006 la demandante se posesionó en el cargo con efectividad a partir del 24 de enero de 2006, según consta en acta de posesión de esa fecha²⁶.

4.4.2. Sobre el trámite de la convocatoria No. 001 de 2005:

- Conforme lo consignado en la documental obrante a folio 140, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil publicó convocatoria No. 001 de 2005, mediante la cual se convoca a concurso abierto de méritos los empleos en vacancia definitiva provistos o no mediante nombramiento provisional o encargo.
- La Coordinadora del grupo de provisión de empleo público de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC certificó que la señora GRADE ALEJANDRA MILLAR MONTAÑÉZ se inscribió a la Convocatoria 001 de 2005 y presentó la prueba básica general de preselección PBGP, el 10 de diciembre de 2006, obteniendo un puntaje de 56, siendo esta de carácter eliminatorio, implicando que no podía continuar en el proceso de selección²⁷.

²⁴ Ver fls. 32, 61 a 131 del exp.

²⁵ Ver fls. 132 y 368 y vto. del exp.

²⁶ Ver fl. 369 del exp.

²⁷ Ver fl. 361 y 362 del exp.

- Mediante Resolución 0553 del 14 de marzo de 2011 se conformó la lista de elegibles para proveer 64 vacantes del empleo señalado con el No. 20843 ofertado en la etapa 1 del grupo 1 de la convocatoria No. 001 de 2005, cargo AUXILIAR AREA SALUD-412-17 del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E.²⁸.

4.4.3 Sobre el nombramiento de la señora Lesly Marcela Barreto Urrego:

- Según Resolución No. 083 del 13 de abril de 2011 se nombró a la señora Lesly Marcela Barreto Urrego en el cargo AUXILIAR ÁREA DE LA SALUD, Código 412 grado 17, Subgerencia de Prestación de Servicios de Salud de la planta globalizada del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel Empresa Social del Estado²⁹, quien hacía parte de la lista de elegibles conformada mediante Resolución 0553 del 14 de marzo de 2011³⁰.
- Según Acta de Posesión No. 36 del 3 de mayo de 2011, la señora Lesly Marcela Barreto Urrego tomó posesión del cargo de Auxiliar Área Salud Código 412 Grado 17³¹.

4.4.4 Otros documentos – Acto Legislativo 04 del 7 de julio de 2011:

- Obra circular No. 08 del 19 de agosto de 2011 de la CNSC, dirigida a los Representantes legales, servidores públicos de entidades regidas por sistemas de carrera cuya administración y vigilancia corresponde a la CNSC y aspirantes en procesos de selección en curso, en la que se explica los alcances, aplicación y aspectos generales del Acto Legislativo 04 del 7 de julio de 2011³².
- Reposición de comunicación externa dirigida al apoderado en el presente asunto, de fecha 5 de septiembre de 2011, por medio de la cual se da respuesta a una solicitud de copia de documentos³³.
- Fue aportada Circular 037 del 22 de agosto de 2011 cuyo asunto es orientar a las subdirectivas departamentales, Distrito Capital de Bogotá y Municipales sobre el trámite de homologación de experiencia y estudios por pruebas de conocimiento conforme al Acto Legislativo 04 de 2011³⁴.

4.5. Caso concreto

²⁸ Ver fl. 140 a 143 del exp.

²⁹ Ver fl. 373 vto. y 374 del exp.

³⁰ Ver fls. 44 a 46 del exp.

³¹ Ver fl. 380 del exp.

³² Ver fl. 49 a 51 del exp.

³³ Ver fls. 52 y 53 del exp.

³⁴ Ver fls. 54 a 57 del exp.

La presente demanda se dirige contra la Resolución No. 083 del 13 de abril de 2011, por la cual el Gerente del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel resolvió nombrar en periodo de prueba de la carrera administrativa a la señora LESLY MARCELA BARRETO URREGO para desempeñar el cargo de Auxiliar Área de la Salud código 412 grado 17, Subgerencia de prestación de servicios de salud de la planta globalizada y como consecuencia el nombramiento provisional de la señora GRADE ALEJANDRA MILLAR MONTAÑEZ quien desempeñaba dicho cargo se entendía declarado insubsistente automáticamente, una vez la señora Lesly Barreto tomara posesión del empleo para el cual fue nombrada.

Como cargos de nulidad contra el acto acusado, la demandante presentó los de **desviación de poder en su expedición y falsa motivación;** por lo cual es del caso aclarar en qué condiciones se configura cada una de ellas, no sin antes advertir que la presunción de legalidad que cobija al acto demandado, es susceptible de ser desvirtuada a través del material probatorio allegado; así pues, para efectos de su anulación, quien la pretende tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya los cargos aducidos como causal de anulación.

En primer lugar, se tiene que la *desviación de poder* se configura cuando la autoridad que expide el acto administrativo busca un fin diferente al previsto por el legislador. Es entonces deber de la parte demandante que invoca este vicio, demostrar que el acto fue proferido haciendo uso ilegítimo e ilegal del poder con el cual cuenta la administración para ello.

Sobre el punto, la demandante considera que el Gerente del Hospital Occidente de Kennedy tenía un fin personal al retirar a quien él quisiera, sin cumplir las reglas, principios y fines de la administración, por cuanto las lista de elegibles era menor al número de vacantes, en su criterio, procedía un proceso de selección para saber, conocer y tener claro cuáles eran los provisionales que debían ser retirados.

En cuanto a la anterior afirmación no se halla prueba siquiera sumaria que demuestre que la actuación desplegada por el Gerente del Hospital Occidente de Kennedy haya tenido una finalidad distinta a la del buen servicio, pues no obra prueba en contrario y el hecho de que se hayan ofertado 64 vacantes y la lista solo la conformaran 35 personas, según lo asevera la parte actora porque el acto que conforma la lista se encuentra incompleto³⁵, per se no es demostrativo de la existencia de motivos distintos al buen servicio. Por el contrario, lo único que se vislumbra de dicha actuación es que obedeció a las pautas constitucional y legalmente

³⁵ Ver fls. 44 a 46 del exp.

establecidas para proveer los cargos de carrera administrativa, como es una lista de elegibles en firme, en la que la persona nombrada en el cargo de la demandante ocupó el puesto 19 (para 64 vacantes), por tanto tenía derecho a ser nombrada en carrera administrativa al superar el concurso de méritos y el ejercicio del cargo en provisionalidad de la demandante, expiraba, al imperar el nombramiento en carrera administrativa, pues, es claro que su nombramiento provisional era precario, de manera alguna, otorgaba la prerrogativa laboral de estabilidad o permanencia en el cargo, tal y como lo ha señalado el órgano de cierre.

Sobre el punto, por efectos de la presunción de derecho que ampara los actos administrativos, estos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario, de manera que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

El Consejo de Estado de tiempo atrás ha hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener las pruebas necesarias "**que no dejen la más mínima duda** de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley."³⁶

Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo³⁷.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda sentencia de 31 de agosto de 1988. Consejero ponente: CLARA FORERO DE CASTRO.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, sentencia del dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 70001-23-33-000-2014-00035-01(0147-15), Actor: Andrés Felipe Henao Castaño, Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

Con lo cual, al estudiar el cargo endilgado con las pruebas que obran en el expediente considera el Despacho que no se prueba el nexo causal entre la insubsistencia decretada por el Gerente del Hospital Occidente de Kennedy E.S.E., y la presunta amistad o favores políticos alegada por la demandante con quienes se quedaron en el cargo de manera provisional.

En segundo lugar, sobre la *falsa motivación* el Consejo de Estado ha explicado que se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos que se exponen no están acordes con la realidad fáctica³⁸. Posición que se mantiene desde antaño en reiterados pronunciamientos:

*“Adicionalmente la jurisprudencia, en lo relativo a la revisión judicial de la falsa motivación de un acto administrativo, ha señalado que quien aduce que se ha presentado dicha causal **“tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos”***³⁹”.

*De acuerdo con lo anterior, se concluye lo siguiente: (i) la falsa motivación puede estructurarse **cuando en las consideraciones que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico,** y (ii) quien impugna un acto administrativo bajo el argumento de encontrarse falsamente motivado, tiene la carga probatoria (onus probandi) de demostrarlo, dado que sobre los actos de la administración gravita una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien pretenda impugnarlos⁴⁰.*

Además también se puede afirmar que los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son: i) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; ii) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y iii) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado⁴¹ (Subraya el Despacho).

En armonía con lo argumentado por la H. Corporación, es de advertir que, en el caso, no se demostró falsa motivación por alguno de los supuestos en mención, esto es: (i) no se demostró que los hechos en que se fundamentó la resolución atacada de nulidad, no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que se les ha dado; (ii) no se demostró que los motivos no sean de tal naturaleza que justifique la decisión tomada. Por el contrario, los motivos expuestos en la resolución No. 083 del 13 de abril de 2011, sí existieron y tuvieron origen en la ley y en la actuación administrativa dispuesta para tal fin; lo cual se justifica tanto en el buen servicio de la entidad, como

³⁸ Cfr. CONSEJO DE ESTADO –Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda. Sentencias del 12 de febrero de 2014, exp. 63001-23-31-000-2000-01156-01(27776), y del 26 de julio de 2018, exp. 11001-03-25-000-2012-00134-00(0552-12), entre otros.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de octubre de 1999, expediente: 3.443, C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de octubre de 2003, expediente 16.718, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO –Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 08 de septiembre de 2017, radicado No. 54001-23-31-000-2009-00182-01(3555-14).

en los derechos de carrera de quienes optaron por los cargos vacantes en ella.

Pues bien, en relación con la motivación del acto acusado, encuentra el Despacho que sus argumentos no difieren de la realidad probada, es decir, del concurso adelantado por la CNSC para la provisión de los nombramientos en propiedad, en virtud del cual se profirió la respectiva lista de elegibles que, al cobrar firmeza, era necesario agotar. Tal motivación se puede evidenciar, en resumen, así:

(i) que la entidad convocó a concurso abierto de méritos para proveer vacantes definitivas de los empleos de carrera de la planta de personal;

(ii) que se conformó y se adoptó la lista de elegibles, mediante Resolución 0553 del 14 de marzo de 2011, la cual cobró firmeza el 4 de abril de 2011⁴²;

NIT ENTIDAD	NOMBRE DE LA ENTIDAD	RESOLUCIÓN	FECHA	CODIGO EMPLEO (OPEC)	FIRMEZA A PARTIR DE	PLAZO MAXIMO PARA REALIZAR NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA
800196939	HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY III NIVEL E.S.E.	553	14/03/2011	20843	4/04/2011	18/04/2011
				20922	4/04/2011	18/04/2011

(iii) que el empleo con No. 20843 denominado Auxiliar Área de la Salud Código 412 Grado 17 fue ofertado para proveer 64 vacantes.

(iv) que mediante Resolución 0553 del 14 de marzo de 2011, se conformó la lista de elegibles para proveer 64 vacantes, se precisa que en la copia aportada no se puede corroborar el número de personas en lista porque está incompleta, del empleo denominado Auxiliar Área de la Salud Código 412 Grado 17 de la planta global, entre quienes se encontraba la señora Lesly Marcela Barreto Urrego en el puesto 19;

(v) en consecuencia, para dar cumplimiento al nombramiento de las personas que conformaban dicha lista se declaró la insubsistencia de unos nombramientos en provisionalidad, entre estos el de la demandante.

(vi) que no era necesario, como lo manifiesta la parte actora, hacer un proceso de selección interno para escoger las personas a las cuales se debía declarar insubsistentes.

Así entonces, no se halla motivación sobre hechos que no estuvieran debidamente acreditados, ni se omitió tener en cuenta alguna situación, trámite o solicitud en particular para tomar la decisión. En resumen, no se acreditó que la resolución 083

⁴² Información tomada de la página web www.cnsc.gov.co <https://www.cnsc.gov.co/index.php/firmeza-de-listas>

estuviera viciada de falsa motivación.

Ahora bien, descendiendo a los argumentos específicos esgrimidos por la parte actora, encuentra el Despacho que, de conformidad con la normatividad aplicable y las pruebas allegadas al plenario previamente analizadas, la demandante estuvo vinculada en provisionalidad en el Hospital Occidente de Kennedy entre el 23 de enero de 2006 y el 3 de mayo de 2011 y la terminación de dicho nombramiento tuvo lugar por la necesidad de nombrar en período de prueba a las personas que conformaron la lista de elegibles en firme para entonces, entre quienes se encontraba la señora Lesly Marcela Barreto Urrego.

Es claro para el Despacho que la demandante fue vinculada al Hospital Occidente de Kennedy en un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, es decir, sin ostentar derechos de carrera sobre el mismo; por lo cual, la motivación del acto que da por terminado su nombramiento, es viable tal como lo dispone la Ley 909 de 2004 y resulta inicialmente conforme a los presupuestos legales que le son aplicables, pues no sólo da por terminado ese nombramiento, **sino el de 14 personas más, en la misma fecha⁴³, a fin de proceder a nombrar a las personas que superaron el concurso por convocatoria No. 001 de 2005.**

De acuerdo con lo anterior, se encuentra que la demandante no tenía fuero de estabilidad para la permanencia en el empleo, pues su vinculación al servicio se efectuó en calidad de provisionalidad.

En ese sentido, se resalta el contenido de la sentencia SU-446 de 2011 que discurre en cuanto a la terminación de una vinculación en provisionalidad, en la que hace referencia a lo señalado por el Consejo de Estado, lo siguiente:

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

Así las cosas, los empleados nombrados en provisionalidad pueden ser retirados cuando su cargo deba proveerse con la persona que superó el concurso de méritos, una vez se encuentra en firme la lista de elegibles, tal como ha sucedido en este caso.

⁴³ Ver fl. 43 del exp.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido ciertas excepciones frente a casos en los cuales las personas que ocupen un empleo en forma provisional sean sujetos de especial protección constitucional⁴⁴. Excepciones que tampoco son absolutas, en la medida en que aún en los eventos en que el cargo en provisionalidad esté ocupado por un sujeto de especial protección, el derecho de estas personas debe ceder frente al de la persona perteneciente a la lista de elegibles, sólo que el nominador deberá implementar las medidas que correspondan para procurar la protección de los derechos fundamentales de este grupo de personas. En el caso analizado, la demandante no ha invocado situación especial alguna en este sentido.

Así entonces, esta instancia no encuentra acreditada la falsa motivación de la que se acusa el acto demandado, pues en modo alguno ha dispuesto la terminación del nombramiento de la demandante sin justificación, ni la provisión del cargo con una persona ajena al concurso de méritos adelantado con ese fin. Por el contrario, el resultado de la decisión de la entidad, no fue otro que la provisión de un empleo de carrera administrativa, con las personas que ocuparon la lista de elegibles para el cargo de Auxiliar Área de la Salud, Código 412 Grado 17; y al tratarse de un cargo de la planta global de la entidad, en armonía con las consideraciones tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, la dependencia o ubicación del mismo, no devienen del cargo como tal, sino de las necesidades del servicio. Argumento que ha expuesto la entidad en su contestación, y que la demandante no logró desvirtuar.

En conclusión, la señora Lesly Marcela Barreto Urrego superó todas las etapas del concurso de méritos para ser nombrada en propiedad en el cargo de Auxiliar Área de la Salud Código 412 Grado 17 y tenía derecho por tanto a acceder a sus derechos de carrera, como finalmente procedió la entidad.

Es por lo anteriormente expuesto, que el Despacho encuentra que la demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto acusado, pues no prosperan los cargos de desviación del poder ni de falsa motivación, habida cuenta que como ya se expresó, la terminación de su nombramiento provisional a través de la resolución No. 083 del 13 de abril de 2011, obedeció a una causa legal, esto es el nombramiento de la señora Lesly Marcela Barreto Urrego quien fue nombrada en el empleo en carrera administrativa y, teniendo en cuenta que la demandante no demostró tener mejor derecho que cualquier otro servidor, sus argumentos carecen de apoyo legal y fáctico, pues existían derechos de carrera administrativa que amparan al titular del cargo, los cuales de manera alguna podían ser desconocidos

⁴⁴ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL –Sentencia T-462 de 2011.

por la administración.

Por último, aunque en el concepto de violación no se hace referencia al **Acto Legislativo 04 del 7 de julio de 2011**, en los hechos de la demanda sí se menciona que pese a estar en curso un acto legislativo que amparaba a los trabajadores estatales que por largos años venían desempeñándose en cargos públicos y otorgaba a quienes estaban vinculados al 31 de diciembre de 2010 la posibilidad de seguir en el concurso en trámite y como tal en el desempeño de sus funciones; el gerente del Hospital Occidente de Kennedy procedió a declarar insubsistente el nombramiento de la demandante mediante Resolución 083 del 13 de abril de 2011, lo cual se desvirtúa así:

- i) Como bien se expone, el Acto Legislativo 04, fue expedido el 7 de julio de 2011.
- ii) La declaratoria de insubsistencia de la demandante ocurrió el 13 de abril de 2011 con efectividad a partir del 3 de mayo de 2011, fecha anterior a la promulgación del Acto Legislativo, lo que de manera alguna impedía la desvinculación del cargo desempeñado en provisionalidad.
- iii) Con todo, el Acto Legislativo 04 del 7 de julio de 2011 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-249/12, al considerarse, entre otros, que *“quebranta al igual que lo hizo el Acto Legislativo No 1 de 2008 el principio axial de la carrera administrativa y sus componentes de mérito y de igualdad. En el primer caso la sustitución de dichos principios se evidenció por la inscripción automática de los empleados en provisionalidad o en encargo, en el segundo por el mayor puntaje que se establece en el concurso a los mismos empleados por su experiencia y por los estudios realizados que relativiza el principio de igualdad de oportunidades para los que quieran participar en dicho concurso”*.

Por los argumentos expuestos, esta Instancia Judicial no accederá a las pretensiones de la demanda, pues, no se observa causal de nulidad que invalide la actuación del Hospital Occidente de Kennedy hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. al expedir la Resolución No. 083 del 13 de abril de 2011, por cuanto lo que impulsó la misma no fue más que las razones del buen servicio.

No está por demás decir que, no habrá pronunciamiento respecto de la Compañía Seguros del Estado, en el entendido que *“[e]l llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero, para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del*

perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia (...) y según la cual aquél debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena en contra del llamante"⁴⁵, hecho que no ocurrió en el presente asunto.

Analizada la demanda, su contestación, el material probatorio allegado al informativo, la normatividad aplicable al caso controvertido, se llega a la conclusión que deben ser negadas las súplicas de la demanda.

Costas:

Finalmente, la Instancia no condenará en costas, teniendo en cuenta que el artículo 188 del C.P.A.C.A, no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial y teniendo en cuenta que este Despacho no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, no se hace necesaria la sanción.

Reconocimiento de personería:

Por último, se reconocerá personería al doctor Jaime Fajardo Cediél, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.434.230 y portador de la T.P. No. 102.248 del C.S. de la J.⁴⁶, para representar a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., para los efectos del poder conferido por la Gerente de la Empresa Social del Estado.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida por la señora **GRADE ALEJANDRA MILLAR MONTAÑEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.314.787 **contra el Hospital Occidente de Kennedy hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.**, de conformidad con lo expuesto en la motivación de la presente providencia.

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, auto del 28 de julio de 2010, Radicación número: 15001-23-31-000-2007-00546-01(38259).

⁴⁶ Ver fls. 393 a 395 del exp.

TERCERO: Sin costas en la instancia.

CUARTO: Reconocer personería al Dr. Jaime Fajardo Cediell, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.434.230 y portador de la T.P. No. 102.248 del C.S. de la J., para representar a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte actora el remanente de los gastos del proceso de haber lugar al mismo y, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ NUBIA GUTIÉRREZ RUEDA
Juez