

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – Desviación de poder. No reubicación laboral por motivos de salud

Las lesiones sufridas por la demandante motivaron a la EPS SaludCoop, a solicitar a la entidad demandada la reubicación de la señora Chacón Suarez el 10 de diciembre de 2001, de la siguiente manera: "...en sitio de trabajo que permanezca sentada preferencialmente. Ejemplo recepcionista, cajera, auxiliar de contabilidad entre otros. No manipular cargas, no subir ni bajar escaleras respectivamente." A pesar de lo anterior, el Gerente del Hospital del Municipio de San Roque, omitió la recomendación de reubicación y procedió a expedir el acto de insubsistencia el 27 de junio de 2002, es decir, cuatro meses y 25 días después que la demandante regresó del período vacacional. Tal situación evidencia el nexo de causalidad entre la situación medico laboral de la demandante y la decisión de insubsistencia de su nombramiento que desvirtúa la presunción de legalidad del acto demandado. En tal sentido, resulta claro que el acto demandado no se sustentó en razones de mejoramiento del servicio público sino como un mecanismo para excluir de la función pública a un servidor que, debido a su estado de salud, debía ser reubicado en la planta de personal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil trece (2013).

Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04388-01(2105-11)

Actor: ELVIA TERESITA CHACON SUAREZ

Demandado: HOSPITAL MUNICIPAL DE SAN ROQUE E.S.E.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 8 de abril de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que negó las súplicas de la demanda incoada por ELVIA TERESITA CHACON SUAREZ contra el HOSPITAL MUNICIPAL DE SAN ROQUE, E.S.E., Antioquia.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 145 de 27 de junio de 2002, expedida por el Gerente de la E.S.E. Hospital Municipal de San Roque,

Antioquia, a través de la cual declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de Auxiliar Administrativo, Facturación, código 550.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada a reintegrarla al cargo que venía desempeñando sin solución de continuidad o a otro de igual o superior categoría; reconocerle y pagarle los salarios, reajuste, primas y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta que sea reintegrada; dando cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

La actora ingresó al Hospital Municipal de San Roque mediante nombramiento provisional el 19 de agosto de 1999 en el cargo de Auxiliar Administrativo, Facturación, Código 550. Luego se desempeñó en el cargo de Auxiliar Administrativo, Digitadora, y posteriormente fue trasladada al Almacén, según lo ordenado en la Resolución 155 del 13 de julio de 2000.

El 26 de junio de 2001 la actora sufrió un accidente de tránsito que le generó una incapacidad de 178 días hasta el 21 de diciembre de 2001. Después de dicha incapacidad se le concedió un período de vacaciones.

La ARP a la que se encontraba afiliada la demandante le solicitó a la EPS enviarla a la Administradora del Fondo de Pensiones para realizar los estudios de capacidad laboral.

El 28 de noviembre de 2001, el Gerente de la ESE le solicitó al Ortopedista del Hospital Manuel Uribe Ángel del Municipio de Envigado, certificar el estado de salud de la actora y determinar si podía continuar desempeñando el cargo público.

Mediante comunicación 00088588 de 7 de diciembre de 2001, el Gerente de la entidad demandada le informó a la demandante que conforme a la asesoría brindada por la ARP COLMENA no era posible reintegrarla hasta que tuviera las certificaciones de reintegro de la Auditoría de Salud Ocupacional de la EPS SALUDCOOP y la A.R.P. COLMENA, en razón a que el concepto solicitado al Ortopedista era de carácter particular.

El 21 de diciembre de 2001, el Gerente de la ESE Hospital Municipal de San Roque, le envió al Director Integral de Servicios COLMENA A.R.P., las recomendaciones dadas por un médico especialista en salud ocupacional de la E.P.S. SALUDCOOP, para proceder a la reubicación y reincorporación laboral de la actora.

La ARP COLMENA dio respuesta a la solicitud de evaluación indicando que es la EPS la encargada de realizar esa valoración porque es dicha entidad la que emite los conceptos en casos de accidente o enfermedad de origen común; la ARP sólo se encarga en los casos de accidente de trabajo que, en este caso, no figuran.

Por Resolución No. 145 de 27 de junio de 2002, el Gerente de la entidad demandada declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de Auxiliar Administrativo (Facturación), a partir del 30 de junio de 2002. La decisión le fue notificada a la señora Chacón Suárez el 28 de junio del mismo año.

Para la fecha en que se profirió el acto de insubsistencia la demandante ocupaba el empleo de Auxiliar Administrativo (Digitadora) y había sido trasladada al Almacén del Hospital.

El cargo que realmente desempeñaba era el de manejo del Almacén, que fue ocupado por el señor Fabián Eduardo Rodríguez, compañero permanente de la señora Lina Sánchez, sobrina del Alcalde Municipal.

La accionante estaba en capacidad de desempeñar cualquiera de los dos cargos, dada su preparación académica y por ello, a través de la Resolución No. 155 de 13 de julio de 2002 (sic), fue ubicada "en el manejo del almacén".

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes: Artículos 4, 25, 29, 53, 209 de la Constitución Política y artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado del Hospital San Roque E.S.E, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y la genérica o innominada (fl.50).

Aclaró que de acuerdo con la recomendación dada por el Especialista de la E.P.S., SALUDCOOP el 10 de diciembre de 2001 sobre la evaluación ocupacional realizada a la actora, el Hospital no tiene cargos con esa denominación, ni un empleo similar vacante.

La demandante fue vinculada a la ESE con carácter provisional mientras se adelanta el concurso de méritos destinado a la provisión de empleos de carrera, en tal sentido, su vinculación se realizó como de libre nombramiento y remoción en virtud de la discrecionalidad que ostenta el nominador.

A raíz de la incapacidad temporal de la señora Chacón Suárez, el Gerente del Hospital contrató una persona externa y luego redistribuyó las funciones del cargo que ella desempeñaba sin nombrar a nadie en remplazo.

Aclaró que el contrato temporal del compañero permanente de la sobrina del Alcalde se terminó el 30 de septiembre de 2002, por lo que se puede concluir que el acto acusado no está viciado por desviación o abuso de poder.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia negó las súplicas de la demanda con los siguientes argumentos (fls. 94 a 100):

El acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de un empleado público se presume expedido en aras del buen servicio público, y quien lo impugne debe allegar las pruebas que acrediten los cargos de nulidad imputados.

La demandante no demostró la supuesta desviación de poder del acto de insubsistencia porque no allegó prueba alguna que demuestre que el empleo que desempeñaba fue suplido con un familiar del Alcalde Municipal.

No se demostró que el nominador hubiera actuado con un fin distinto al buen servicio público y con un motivo no admitido por la moral administrativa, ni por la Ley. Ello se deduce de los testimonios que coincidieron en afirmar que

desconocían los motivos que llevaron al nominador a la expedición del acto acusado.

La discrecionalidad del nominador en los cargos de libre nombramiento y remoción está sustentada en el artículo 125 de la Constitución Política según el cual el retiro de los empleados de carrera se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y demás causales previstas en la Ley. Como los nombrados en provisionalidad no ingresaron al servicio civil por mérito sino que su vinculación obedeció a razones discrecionales, no pueden ampararse en las causales de retiro previstas en el mencionado artículo.

Según lo dispuesto en el artículo 177 del C.P.C., le corresponde a las partes demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, por ello, le correspondía a la demandante probar los cargos de nulidad endilgados al acto administrativo de insubsistencia.

EL RECURSO

La demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído con los siguientes argumentos (fl. 102):

El acto de insubsistencia violó los derechos de la demandante que tiene quebrantos de salud debidamente certificados y, en razón de los mismos, se ordenó su reubicación en un empleo que no le exigiera mucha movilidad, sin embargo, la ESE Hospital San Roque desatendió las indicaciones médicas y en su lugar, declaró insubsistente su nombramiento para nombrar al cónyuge de la sobrina del burgomaestre de esa localidad.

El Gerente del Hospital San Roque, no solo desatendió los preceptos del artículo 209 de la Constitución Política, sino que rompió de plano los principios orientadores de la Carta Política de los Colombianos sobre el Estado Social y Democrático de Derecho, pues se olvidó de las condiciones de una servidora que venía prestando sus servicios desde el año 1999 y que requería de unas condiciones especiales para su reincorporación.

El A-quo no hizo un análisis de la prueba testimonial, ya que con ésta se demostró la desviación de poder al ser la demandante reemplazada por el cónyuge de la

sobrina del Alcalde de la época.

La declaratoria de insubsistencia no persiguió el mejoramiento del servicio porque la demandante tenía un excelente desempeño lo que constituye un indicio determinante sobre las irregularidades que enmarcan la expedición del acto demandado.

Reitera que la entidad demandada excedió su poder al declarar insubsistente el cargo desempeñado por la actora, con la presunción de haber sido expedido en aras del mejoramiento del servicio público, reemplazándola por otro provisional, sin abrir Convocatoria a Concurso para ese cargo.

Los servidores públicos nombrados en provisionalidad no están exentos de ser removidos a través del ejercicio irregular de la facultad nominadora, como lo es la desviación de poder, evento en el cual, mediante la respectiva acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se puede lograr la nulidad del acto de remoción.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Consiste en determinar si el acto administrativo por medio del cual el Gerente de la E.S.E. Hospital Municipal de San Roque Antioquia declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Auxiliar Administrativo (facturación), código 550, con carácter provisional, se ajustó a la legalidad o, si por el contrario, se debió al precario estado de salud de la señora Elvia Teresita Chacón.

Acto Acusado

Resolución No. 145 de 27 de junio de 2002 expedida por el Gerente del Hospital Municipal San Roque, Antioquia, que declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la actora a partir del 30 de junio de 2002.

La decisión anterior le fue notificada personalmente a la demandante el 28 de junio de 2002 (fl.32).

De lo probado en el proceso

La E.S.E. Hospital San Roque, mediante Resolución No. 157A de 19 de agosto de 1999, nombró en forma provisional a la actora en el cargo de Auxiliar Administrativo (Facturación) Código 550 (fl.2).

La entidad demandada mediante Resolución No. 155 de 13 de julio de 2000, efectuó unos movimientos de personal en el Hospital debido a que **“...quien se ha venido desempeñado como auxiliar de administración (Digitadora) es conoedora del manejo del almacén”**, y resolvió en el artículo segundo **“... Ubicar a la actual auxiliar de administración (Digitadora) señora TERESITA CHACON, en el manejo del almacén, dado su conocimiento del respectivo cargo. Comenzando inicialmente el 4 de julio en inducción, inventario y reemplazo de vacaciones de la auxiliar encargada, y a partir del 1 de agosto ya como auxiliar almacenista”** (fl. 26).

A folio 9 del plenario obra Historia Clínica Ocupacional realizada por la ARP Colmena en la que se registró motivo de consulta del 17 de enero de 2002, “Enfermedad Actual” de la señora Chacón Suarez **“ACCIDENTE DE TRANSITO DEL 26 DE JUNIO DE 2001 DE ORIGEN COMUN FX TIBIA IZQUIERDA Y CABEZA FEMUR IZQ. TRATADA QUIRURGICAMENTE. INCAPACIDAD POR LA EPS HASTA EL 21 DE DICIEMBRE DE 2001 LA CUAL FUE LEVANTADA POR MEDIDCINA LABORAL CON 178 DIAS.”**.

La E.P.S. SaludCoop, en concepto de evolución ocupacional realizado a la demandante el 10 de diciembre de 2001, le recomendó al Hospital San Roque, lo siguiente:

**“...
Basados en los artículos 39 y 45 del Decreto 1295 de 1994 me permito recomendar:**

- 1. Reubicación laboral permanente en sitio de trabajo que permanezca sentada preferencialmente. Ejemplo recepcionista, cajera, auxiliar de contabilidad entre otros.**
- 2. No manipular cargas, no subir ni bajar escaleras respectivamente.**
- 3. Reincorporación laboral 21/12/01.”.**

El Gerente de la entidad demandada, mediante Oficio de 9 de enero de 2002 dirigido al Director Integral de Servicios de Colmena, Riesgos Profesionales, solicitó la calificación de la capacidad laboral de la actora luego de las lesiones sufridas en el accidente de 26 de junio de 2001, en los siguientes términos (fl. 11):

“...
De acuerdo a lo manifestado con relación al estado ocupacional para laborar por parte de la funcionaria ELVIA TERESITA CHACÓN SUÁREZ, Auxiliar de Almacén de la E.S.E., quien sufrió un accidente de tránsito el pasado 26 de junio de 2001 requiriendo ser incapacitada desde la fecha del accidente hasta el 20 de diciembre de 2001 y actualmente en vacaciones hasta el 02 de febrero de 2002, las cuales se le concedieron una vez finalizada la incapacidad.”

Mediante Resolución No. 145 de 27 de junio de 2002, el Gerente del ente Hospitalario declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Auxiliar Administrativo (Facturación) Código 550 (fl.31).

Según certificación expedida por el Gerente del Hospital San Roque, la demandante laboró en esa entidad desde el 19 de agosto de 1999 hasta el 30 de junio de 2002, desempeñando los cargos de Auxiliar Administrativo (Facturación) Código 550 y el de Auxiliar Administrativa (Digitadora) (fl.33).

ANALISIS DE LA SALA

Previo al análisis de los cargos formulados por la demandante en contra del acto de insubsistencia procede la Sala al estudio de las normas legales que regulan los nombramientos de carácter provisional para suplir empleos de carrera administrativa de la siguiente manera:

El artículo 125 de la Constitución Política determina que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

La Ley 443 de 11 de junio de 1998, vigente para la fecha de expedición del acto de insubsistencia, dispone en el artículo 8 lo siguiente:

“...

En caso de vacancia definitiva, el encargo o el nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo.

Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera, tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente Ley.

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

...” (Se subraya).

A su turno, el Decreto 1572 de 5 de agosto de 1998 que reglamentó la Ley 443 de 1998, en los artículos 4º y 7º preceptuó:

“...

Artículo 4º.- Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2504 de 1998. Entiéndese por nombramiento provisional aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria un empleo de carrera, con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata.

(...)

Artículo 7º.- El término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular.

El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.

No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplir el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados.

...”.

Frente a la situación de los empleados en provisionalidad de conformidad con la norma transcrita, en los casos en que el acto de insubsistencia hubiese sido expedido en vigencia de la Ley 443 de 1998 y sus Decretos Reglamentarios, esta Sección mediante sentencia de 04 de agosto de 2010 Exp. No. 0319-08 - M.P., Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dijo que

esta condición no genera fuero de estabilidad alguno, y que el acto de desvinculación de un empleado nombrado en provisionalidad no requiere motivación con base en las siguientes razones:

“DE LA SITUACIÓN DEL EMPLEADO PROVISIONAL

El Decreto 1572 de 1998 en su artículo 7º, continuando con el lineamiento expuesto en la normativa que le antecedió; expresamente habilitó la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del empleado provisional, a través de acto expedido por el nominador, es más, facultó a este para darlo por terminado mediante resolución, en cualquier momento antes de cumplirse el término de la provisionalidad o su prórroga. Esta disposición corrobora aun más que la cesación de funciones del empleado provisional, puede y debe hacerse mediante declaratoria de insubsistencia, que también aplica para los empleados con nombramiento ordinario.

...

En este punto, la Sala considera necesario advertir, que sigue sosteniendo la tesis que de tiempo atrás se había determinado por la Sección en la Sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el Radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro; en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, conclusión a la cual llega la Sala luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura. Pero precisa, que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, solo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada.

...

Colige entonces, que la normativa que aplica al caso concreto es la Ley 27 de 1992 y sus Decretos Reglamentarios 1222 de 1993 y 256 de 1994 y la Ley 443 de 1998 que entró en vigencia el 11 de junio, luego de producida la prórroga de la provisionalidad. Se resalta que en consecuencia, no aplica para el caso concreto la Ley 909 de 2004 y su normativa reglamentaria, además de que vencieron los términos de extensión de la figura.

De manera pues, que al empleado que fue nombrado en provisionalidad, bajo la normativa que rige el asunto, no le asiste fuero de estabilidad alguno, con lo que en consecuencia procede su retiro sin que sea menester motivación alguna, en consideración a que su nombramiento no requiere de ningún procedimiento, contrario a lo que sucede para el caso de los empleados de carrera, pudiéndose equiparar al cargo de libre nombramiento y remoción.

...

Se tiene entonces, que la desvinculación sin motivación alguna, del empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, no viola de ninguna manera el derecho al debido proceso de la persona afectada, pues no la coloca en situación de indefensión, porque el histórico normativo claramente refiere que para la época de ocurrencia de los hechos era procedente la declaratoria de insubsistencia de la demandante sin que fuera necesaria la motivación.”.

Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, la motivación del acto es requisito de su esencia, en tratándose de actos que dispongan el retiro del servicio de los empleos de carrera, nombrados en provisionalidad, de tal manera que la falta de este requisito constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa.

Así lo expresó la Sala en sentencia de 23 de septiembre de 2010, expediente 883-08, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, con base en los siguientes argumentos:

“(…) 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 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 empleos¹ 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. (…)”

De todo lo anterior se concluye que la permanencia en el cargo del empleado provisional por encima del término previsto en la ley no le genera ningún derecho de inamovilidad, ni el nominador adquiere la obligación de motivar el acto, pues estas circunstancias no pueden modificar la condición legal de provisionalidad. Si aún no puede proveerse el cargo por Concurso se puede designar al reemplazante nuevamente en provisionalidad.

El nombramiento en provisionalidad es un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer en forma temporal un empleo de carrera administrativa, con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, con el fin de evitar la interrupción en la prestación de un servicio público ante la vacancia temporal de un empleo público.

En el sub lite se encuentra demostrado que el cargo de Auxiliar

Administrativo (Facturación) Código 550, que ocupaba la demandante a la fecha en que se expidió el acto de insubsistencia, tenía carácter provisional y por ello, el nominador podía hacer uso de la facultad discrecional de remoción sin necesidad de motivar la decisión en razón a que la misma fue proferida antes de la expedición de la Ley 909 de 2004, que impuso dicho requisito.

Aclarado lo anterior, procede la Sala al estudio del cargo de desviación de poder en el siguiente orden:

De la desviación de poder

La desviación de poder consiste en que determinada atribución de que está investida una autoridad, se ejerce no para obtener el fin que la Ley persigue y quiere, sino otro distinto. El acto por el cual el nominador retira del servicio a un funcionario esta revestido de la presunción de legalidad, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón se desmejoró el buen servicio; ya que quien afirme que en su expedición concurrieron razones distintas, está obligado a incorporar la prueba que así lo demuestre.

En el presente caso, la demandante aduce que el acto de insubsistencia no se sustentó en razones de mejoramiento del servicio sino en su precario estado de salud, que la mantuvo 178 días incapacitada y motivó una recomendación de reubicación laboral que no fue acatada. Con el fin de aclarar tal situación, el Tribunal Administrativo, recepcionó los siguientes testimonios (fls. 77 a 84):

FABIAN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, de ocupación Comerciante quien laboró en el Hospital del Municipio de San Roque como Supernumerario y por esa razón conoce a la demandante. Afirmó que no tuvo conocimiento de quien o quienes cubrieron la incapacidad de la actora, “Yo reemplace a la señora FLOR LEDYS PINEDA porque a ella se le había terminado el contrato, ella fue la que me entregó a mí el cargo de auxiliar de almacén. Ante la pregunta de cuál fue el motivo de la separación del cargo que él desempeñaba, dijo: “Terminación del

¹ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

contrato. Un contrato de trabajo por seis meses y otro por tres” y el motivo por el cual no fue renovado el contrato fue “Por falta de presupuesto y reestructuración del hospital”.

JORGE ALBERTO MIRA BUSTAMANTE, laboró como Médico y por eso conoció a la demandante. Afirmó “que el hospital ha estado en innumerables manos de incompetentes y han sido mucho los desaciertos administrativos y en vista de que la señora TERESITA CHACON tuvo un accidente de tránsito y estuvo incapacitada por más de seis meses aún vinculada y con el cargo de almacenista por palabras de ella y de muchos otros empleados del hospital me di cuenta”. En relación con la incorporación de la actora luego de la incapacidad médica y el nombramiento de su reemplazo luego de la declaratoria de insubsistencia advirtió lo siguiente: “Creo que sí estuvo unos días desempeñando nuevamente su cargo...” En cuanto a la vinculación del señor Fabian Rodríguez al Hospital; dijo: “Haber según me lo mencionó una de las empleadas del hospital, él inicialmente ingresó sin contrato, luego le solicitaron toda la documentación requerida y si no estoy mal el contrato que le realizaron fue un contrato a término definido pero no sé por cuantos meses porque no lo tuve en mis manos”.

LUZ ELENA GALVIS, quien laboró en el Almacén del Hospital de San Roque afirmó que no tuvo conocimiento de cómo fue vinculado el señor Fabian Rodríguez a la entidad. Añadió que el señor está casado hace como cinco años con LINA MARIA LOPEZ SANCHEZ, sobrina del Alcalde del Municipio (fls.81-82).

LINA MARIA LOPEZ SANCHEZ, sobrina del Alcalde de la época y esposa del señor Fabian Rodríguez, dijo que su esposo laboró en el Almacén del Hospital durante nueve meses y por contrato. Al preguntarle si él reemplazó a otro empleado del Hospital, respondió “No lo se”.

CESAR HELÍ LOPEZ CARDENAS, Alcalde para la época de los hechos afirmó que desconocía el hecho de que la demandante laborar en el Hospital porque no era él el nominador. Respecto al nombramiento del señor Fabian Rodríguez advirtió que “No me acuerdo si fue el año pasado o antepasado, no sé nada de fechas porque no pertenece a los empleados del Municipio”. Y en cuanto al cargo que desempeñó, respondió “ No lo sé.

En síntesis, todos los testimonios recepcionados provienen de personas que se enteraron de los hechos materia de discusión por boca de la demandante o de otras personas, por lo que constituyen declaraciones “de oídas” que carecen de valor probatorio porque no acreditan las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos en que se sustentan las pretensiones.

Pese a lo anterior, y atendiendo las demás pruebas allegadas al proceso, relacionadas con la incapacidad laboral de la demandante con motivo del accidente de tránsito ocurrido el 26 de junio de 2001, la Sala advierte lo siguiente:

La incapacidad dada por la EPS alcanzó 178 días contados desde la fecha del accidente hasta el 21 de diciembre de 2001, fecha a partir de la cual le fueron concedidas las vacaciones hasta el 2 de febrero de 2002 (fl. 9).

Las lesiones sufridas por la demandante motivaron a la EPS SaludCoop, a solicitar a la entidad demandada la reubicación de la señora Chacón Suarez el 10 de diciembre de 2001, de la siguiente manera: “...en sitio de trabajo que permanezca sentada preferencialmente. Ejemplo recepcionista, cajera, auxiliar de contabilidad entre otros. No manipular cargas, no subir ni bajar escaleras respectivamente.” (fl.14).

A pesar de lo anterior, el Gerente del Hospital del Municipio de San Roque, omitió la recomendación de reubicación y procedió a expedir el acto de insubsistencia el 27 de junio de 2002, es decir, cuatro meses y 25 días después que la demandante regresó del período vacacional (fl. 9).

Tal situación evidencia el nexo de causalidad entre la situación medico laboral de la demandante y la decisión de insubsistencia de su nombramiento que desvirtúa la presunción de legalidad del acto demandado.

En tal sentido, resulta claro que el acto demandado no se sustentó en razones de mejoramiento del servicio público sino como un mecanismo para excluir de la función pública a un servidor que, debido a su estado de salud, debía ser reubicado en la planta de personal.

Por las razones expuestas, la sentencia apelada que negó las súplicas de la demanda será revocada para en su lugar acceder a las mismas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. **REVOCASE** la sentencia de 8 de abril de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que negó las súplicas de la demanda incoada por ELVIA TERESITA CHACON SUAREZ contra el HOSPITAL MUNICIPAL DE SAN ROQUE E.S.E. En su lugar se dispone:

2. **DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. 145 de 27 de junio de 2002, por medio de la cual el Gerente del Hospital Municipal de San Roque E.S.E, Antioquia, declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Auxiliar Administrativo, Facturación Código 550.**

3. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénase a la entidad demandada a reintegrar a la actora al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y a pagarle los salarios, y prestaciones sociales dejados de devengar y los aportes a Seguridad Social, desde la fecha del retiro hasta que se produzca el reintegro efectivo al cargo si aún no ha sido previsto por personal de carrera administrativa. En dicho caso, las sumas dejadas de percibir se pagarán hasta la fecha en que el cargo se suplió por el sistema de carrera administrativa.

4. **Las sumas cuyo reconocimiento ordena esta sentencia, serán ajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., de conformidad con la siguiente fórmula:**

Indice final

R= Rh x -----

Indice inicial

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Dese cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA