



JUZGADO DECIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 21 de mayo de 2020

Radicación : **150013333-2017-00067-00**
Demandante : NOHEMA PINZÓN SALOMÓN
Demandado : ESE HOSPITAL VALLE DE TENZA
Vinculado: : DIANA LIZETH ROA MANRIQUE
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo el agotamiento de las etapas procesales y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia dentro del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 187 y siguientes del Código Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

a) Pretensiones

La parte actora pretende que se declare la nulidad del oficio de fecha 28 de noviembre de 2016, mediante el cual el Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, denegó la solicitud de la Señora Nohema Pinzón Salomón, en el sentido de dar continuidad a la contratación de los servicios de asesora de control interno de la entidad.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando al momento de su retiro del servicio, esto es, en calidad de Jefe de Control Interno del Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza.

Pretende igualmente que se condene al Hospital al pago de los honorarios que le correspondían con sus incrementos legales y demás emolumentos dejados de percibir, desde la fecha en que fue retirada del cargo hasta la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia.

Cabe señalar que el demandante acumula pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho con otra de índole contractual, toda vez que subsidiariamente solicita la nulidad del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 082-2016 y los subsiguientes, celebrados entre el Hospital Regional Segundo Nivel de Atención del Valle de Tenza y Diana Liseth Roa Manrique, en la medida que la contratante incumplía con los requisitos exigidos por la Ley 1474 de 2011, para desempeñar el cargo de jefe de control interno.

Por último, que el pago sea debidamente indexado y se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Que las sumas sean actualizadas, y se condene en costas a la entidad demandada.

b) Hechos

Como fundamentos fácticos la demandante expone en síntesis, lo siguiente:

1. Nohema Pinzón Salomón y el Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, suscribieron inicialmente, el 01 de mayo de 2011, contrato de prestación de servicios profesionales No. 0106-2011, cuyo objeto consistía en el servicio de asesoría en control interno, por el lapso comprendido entre el 01 de mayo de 2011 y hasta el 30 de septiembre del mismo año, según las consideraciones previas al contrato *“la selección del contratista se realizó mediante proceso de selección previsto en el Acuerdo No 001 de marzo 31 de 2011, expedido por la Junta Directiva del Hospital y por el cual se establece el proceso de selección para la contratación del asesor de control interno”*.
2. Luego se suscribieron los siguientes contratos de prestación de servicios profesionales, entre las mismas partes y con el mismo objeto:
 - Contrato 250 de 2011, con fecha de iniciación 1 de octubre de 2011 y terminación 30 de noviembre de 2011.
 - Contrato 270 de 2011 con fecha de iniciación 1 de diciembre de 2011 y fecha de terminación 31 de diciembre de 2011.
 - Contrato 005 de 2012, con fecha de iniciación 01 de enero de 2012 y fecha de terminación 31 de enero de 2012.
 - Contrato 030 de 2012, con fecha de iniciación 01 de febrero de 2012 y fecha de terminación 31 de diciembre de 2012.
 - Contrato 006 de 2013 con fecha de iniciación 01 de enero de 2013 y fecha de terminación 31 de enero de 2013.
 - Contrato 029 de 2013 con fecha de iniciación 01 de febrero de 2013 y fecha de terminación 31 de octubre de 2013.
 - Otro si 01 CPS 029 de 2013, con fecha de iniciación 01 de noviembre de 2013 y fecha de terminación 31 de diciembre de 2013.
 - Contrato 032 de 2014 con fecha de iniciación 02 de enero de 2014 y fecha de terminación 01 de junio de 2014.
 - Otro si 01 CPS 032 de 2014, con fecha de iniciación 02 de junio de 2014 y fecha de terminación 30 de junio de 2014.
 - Contrato 065 de 2014, con fecha de iniciación 01 de julio de 2014 y fecha de terminación 30 de septiembre de 2014.
 - Contrato 134 de 2014, con fecha de iniciación 01 de octubre de 2014 y fecha de finalización 31 de diciembre de 2014.
 - Contrato 005 de 2015, con fecha de iniciación 01 de enero de 2015, y fecha de finalización 31 de julio de 2015.
 - Otro si CPS 005 de 2015, con fecha de iniciación 01 de agosto de 2015 y fecha de finalización 31 de octubre de 2015.
 - Contrato 146 de 2015, con fecha de iniciación 01 de noviembre de 2015 y fecha de finalización 31 de diciembre de 2015.
 - Contrato 004 de 2016, con fecha de iniciación 01 de enero de 2016 y fecha de finalización 31 de marzo de 2016.
 - Contrato 068 de 2016, con fecha de iniciación 01 de abril de 2016 y fecha de finalización 30 de junio de 2016.
3. Mediante oficio de 27 diciembre de 2013, el Gerente del HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION DE VALLE DE TENZA, informa al Gobernador del Departamento de Boyacá que el profesional encargado de la Oficina de Control Interno está designado mediante contrato de prestación de servicios debido a que dentro de

la planta de personal de la entidad no existe el cargo de jefe de control interno, por lo que, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 1474 de 2011 se ordenara a quien correspondiera surtir el proceso correspondiente para suplir la necesidad planteada, así mismo, la autorización para suscribir el contrato de prestación de servicios mientras se surtía el proceso de nombramiento.

4. Mediante oficio de 02 de enero de 2014, el Director de Talento Humano del Departamento de Boyacá, en respuesta a la solicitud manifiesta lo siguiente: *“ya que en la fecha no existe el cargo creado para desempeñar funciones de control interno lo que hace inaplicable la Ley 1474 de 2011 en ese orden de ideas si la entidad lo venía contratando por orden de prestación de servicios será autonomía del representante legal seguir mediante esta modalidad de contrato”*.
5. En virtud de la respuesta dada por parte del Departamento de Boyacá, la Gerencia del citado Hospital, continuó suscribiendo los contratos de prestación de servicios profesionales con la demandante desde el 02 de enero de 2014 y hasta el 30 de junio de 2016, en tanto se surtía el proceso de creación del cargo en la planta de personal, con la anuencia de la Comisión Nacional de Servicio Civil; por su parte, la Junta Directiva en reunión celebrada el 23 de diciembre de 2013, autorizó al gerente para contratar mediante contrato de prestación de servicios por un tiempo de hasta 6 meses.
6. Mediante derecho de petición del 08 de noviembre de 2016, la demandante solicita se suscriba un nuevo contrato de prestación de servicios profesionales con el fin de dar continuidad al derecho que le confiere la Ley 1474 de 2011.
7. Mediante oficio de 28 de noviembre de 2016, la entidad demandada deniega su solicitud y le manifiesta que fue suscrito contrato de prestación de servicios profesionales con la señora DIANA LISETH ROA MANRIQUE, como asesora de control interno.
8. La Señora Diana Lizzeth Roa Manrique, suscribió el contrato de prestación de servicios profesionales No. 082 de 216, cuyo servicio consistía en la asesoría de control interno, no obstante, a juicio de la parte actora esta persona no reúne el requisito de experiencia para el desempeño de esta función.

c) Fundamentos Jurídicos.

Estima vulnerados los artículos 2,4, 6, 29, 209, 269 de la Constitución Política, artículo 21 de la Ley 1876 de 1994, 5 de la Ley 87 de 1993, numerales 1, 2,3 del artículo 3 del CPACA.

Aduce que conforme a las citadas disposiciones, la Administración Pública en todos sus órdenes debe tener un control interno y en los términos que señala la ley, están obligados a diseñar y aplicar según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno.

Indica que conforme a la Ley 1474 de 2011, los jefes de control interno en la rama ejecutiva del nivel territorial son designados en empleos de periodo, lo que quiere decir que el alcalde o gobernador no podrá declarar su insubsistencia, toda vez que el cargo dejaba de ser de libre nombramiento de remisión y a pasa a ser de periodo fijo.

Falsa motivación: Argumenta que en el acto acusado el entonces gerente del Hospital Regional Valle de Tenza, argumenta que el contrato con la actora venció y que se celebró contrato con la Señora Diana Liseth Roa Manrique, para que continúe con la asesoría de control interno. No obstante, incurre en falsa motivación, toda vez que al ser un empleo de periodo fijo como lo

estipula la Ley 1474 de 2011, no era procedente ejercer la facultad discrecional para retirarla y únicamente podría hacerlo por las siguientes causales: vencimiento del periodo para el cual fue nombrada, destitución como consecuencia de un proceso disciplinario, por inhabilidad sobreviniente, por decisión judicial, por renuncia, por el cumplimiento de los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión y una vez notificada la inclusión nómina.

Desviación de poder: Explica que existe una evidente desviación de poder, en la medida que, la señora Diana Liseth Roa Manrique, no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, esto es, con la experiencia mínima de tres (3) años en asuntos de control interno.

Nulidad absoluto del contrato: Indica que el Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, al haber desconocido la Ley 1474 de 2011 en cuanto a reconocer el periodo fijo de la jefe de control interno, y al haber contratado a una persona que incumplía con el requisito de experiencia mínima de tres años, se configura una nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios por causa ilícita.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ESE HOSPITAL REGIONAL VALLE DE TENZA (fls. 89-103):

Señala que conforme a la circular externa No. 100-02 del Departamento Administrativo de la Función Pública, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, la facultad nominadora de los Jefes de Unidad de Control Interno es de la entidad territorial, para este caso al ser la ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza de carácter departamental, es el Gobernador de Boyacá en quien recae la designación de dicho servidor.

Explica que el Decreto 1876 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, en el numeral 14 del artículo 11, establece como función de la Junta Directiva de la ESE “elaborar la terna para la designación del responsable de la Unidad de Control Interno”, siendo que para este caso la ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza no tiene creado el cargo de asesor de control interno en su planta de personal, motivo por el cual se tuvo que vincular a través de contrato de prestación de servicios.

Aclara que la Junta Directiva de la ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, de la cual funge como presidente el Gobernador a través de su delegado, conforme el artículo 7°, numeral 1 del Decreto 1876 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, profirió el Acuerdo 001 de 2011 por el cual se establece el proceso de selección para la contratación del Asesor de Control Interno, anotando que en la planta de personal no se encuentra creado el cargo, razón por la cual la contratación debía realizarse por el Gerente.

Aduce que la Ley 1474 de 2011, no establece el mecanismo para designación del jefe de control interno y el cargo tampoco se encontraba creado en la planta de personal de la ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, por lo que el Gerente como ordenador del gasto podía vincularlo a través de contrato de prestación de servicios.

Conforme a lo anterior, señala que es improcedente la pretensión de reintegro ya que el cargo de jefe de control interno no existía en la planta de personal, como tampoco existía en su momento un estudio técnico que sirviese de respaldo para su creación, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

Manifiesta que el proceso de selección que realizó la Junta Directiva en el año 2011, fue única y exclusivamente para la verificación de los requisitos que debían cumplir las personas que pudiesen ser contratadas para desempeñarse como jefe de control interno, lo cual era potestativo

del gerente, teniendo en cuenta las facultades que le fueron otorgadas por la Junta Directiva y en virtud de ello se realizó la contratación de la Dra. Liseth Roa Manrique.

Propuso las siguientes excepciones:

1. No haber demandado el acto administrativo que faculta al Gerente para la contratación del responsable del control interno de la ESE Hospital Regional II Nivel de Atención de Valle de Tenza

Aduce que debió demandarse el Acuerdo No. 001 de 2011, emanado de la Junta Directiva de la ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, ya que la demandante pretendía que se le nombrara de manera indefinida.

2. Excepción innominada o genérica. Solicita que se declare cualquier excepción que se encuentre probada.

-DIANA LISETH ROA MANRIQUE, vinculada en calidad de litisconsorte necesario (Fls. 281-287):

Erige su defensa en dos aspectos:

1. Oficio demandado: Expresa que desentrañando los elementos propios de la definición de acto administrativo, además de contener una manifestación de la voluntad como ocurre con el oficio de 28 de noviembre de 2016, también debe crear efectos jurídicos, lo que no acontece con el acto acusado dado que a lo largo de su contenido lo que se observa es la transcripción de la Ley 1474 de 2011, relativo al cargo de jefe de control de interno, la interpretación de la naturaleza de dicho cargo, la vinculación mediante contratos de prestación de servicios de la señora Nohema Pinzón Salomón, el último de los cuales tenía vigencia hasta el 30 de junio de 2016 y la contratación de DIANA LISETH ROA MANRIQUE.

Concluye que la casual de terminación del contrato de prestación de servicios con la actora, es precisamente el vencimiento del plazo pactado, frente a lo cual la Administración no debe emitir acto administrativo alguno, pues no existe disposición legal que obligue a continuar con determinado contratista.

Comparte la posición de la ESE demandada, referente a que en virtud de la contratación de la asesoría de control mediante la modalidad de prestación de servicios profesionales de forma transitoria, no era aplicable lo preceptuado en la Ley 1474 de 2011, la cual se refiere con toda claridad al cargo de jefe de control interno, que no se encontraba creado en la planta de personal de la entidad.

Agrega que no puede pretenderse el reconocimiento de derechos adquiridos como lo manifiesta la demandante, asimilando el contrato a un acto administrativo de nombramiento y las funciones de control interno a las actividades pactadas en el contrato de prestación de servicios, pues son dos situaciones jurídico-fácticas diferentes.

2. Nulidad absoluta del contrato: Señala que el contrato 082 de 2016, suscrito entre Diana Liseth Roa Manrique y la ese Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, fue producto de un acuerdo de voluntades entre personas legalmente capaces, con libre voluntad, para la prestación de servicios de asesoría en control interno (objeto ilícito) y teniendo como causa la necesidad de contar como lo dispone la ley, con actividades de control interno, entre tanto se creaba el cargo en la planta de personal.

Explica que no hubo contravención alguna a las normas de derecho privado que le son aplicables y que el contrato nació a la vida jurídica sin vicio que lo enmarque en causal de nulidad alguna.

Refiera que la experiencia de la Señora Roa Manrique parte de abril de 2013, siendo contratada en el Hospital a partir del 01 de julio de 2016, cumpliendo así los requisitos para el desempeño de sus funciones.

EXCEPCIONES DE MERITO:

1. Improcedencia de la acción por inexistencia del acto administrativo demandado: Reitera los argumentos de defensa expuestos.

2. Inexistencia de nulidad por inaplicabilidad de la norma invocada como fundamento: Aduce que las Empresas Sociales del Estado se encuentran expresamente excluidas del Estatuto de Contratación Administrativa, razón por la cual resulta improcedente la solicitud de nulidad deprecada por el actor que se sustenta en las causales de nulidad previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES (FLS. 304-310):

Frente a la excepción de Improcedencia de la acción por inexistencia del acto administrativo demandado, el apoderado de la parte actora indica que contrario a lo manifestado por la litisconsorte, el Oficio de 28 de noviembre de 2016, se constituyó como un verdadero acto administrativo, en primera medida, por cuanto de manera clara y contundente está manifestando la voluntad de la Administración de cambiar al jefe de control interno de la entidad y en su reemplazo contratar a la Señora Roa Manrique, y expresa las razones por las cuales no le da continuidad a la vinculación de la demandante, sin darle aplicación a la Ley 1474 de 2011; y en segundo lugar, estima que se trata de un acto administrativo definitivo.

En cuanto a la excepción de **Inexistencia de nulidad por inaplicabilidad de la norma invocada como fundamento,** sostiene que la principal causa de nulidad del contrato radica en la desviación de poder, la cual en materia contractual se puede definir al igual que lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina para los actos administrativos unilaterales, como la función administrativa ejercida por el servidor público con el propósito de favorecer a un tercero, dejando de lado el fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia.

Concluye que actuar con desviación de poder genera el vicio de nulidad del negocio jurídico, según lo dispuesto en los artículos 1524 y 1741 del CC, además de lo dispuesto en el artículo 899.2 del C.C.

1.2. TRÁMITE DEL PROCESO:

La demanda fue radicada el 12 de mayo de 2017 (fl.13 Vto.), su conocimiento le correspondió a este Despacho judicial por reparto realizado el mismo día (fl. 59), la demanda fue inadmitida mediante auto del 14 de junio de 2017 (fls. 61-62), una vez subsanada se admitió mediante auto del 17 de julio de 2017 (fls. 72-73).

El 17 de mayo de 2018, se llevó a cabo la audiencia inicial, en la que se vinculó como litisconsorte necesario a la señora Diana Liseth Roa Manrique y se suspendió el proceso, a efectos de notificarla de la demanda y otorgarle el derecho de contradicción (fl.275-277), quien se pronunció de manera oportuna frente a la misma.

El traslado de las excepciones se surtió a través de Secretaria (fl. 303), término dentro del cual el apoderado de la actora se pronunció (fls. 304-310).

El 13 de mayo de 2019, se reanudó la audiencia inicial, en la que **se declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la litisconsorte necesaria**, y se indicó que las demás excepciones por ésta formuladas, así como las de la entidad demandada serían decididas junto al fondo del asunto, así mismo se realizó el decreto de las pruebas (fls. 324-326).

El 23 de octubre de 2019, se celebró la audiencia de pruebas, se prescindió de la audiencia de alegatos y juzgamiento y se corrió traslado para alegar de conclusión (fls. 482-483).

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Parte demandante (fls. 494-500):

Indica que no es cierto que el nombramiento del jefe de control interno sea potestativo del Gobernador de Boyacá, toda vez que según el artículo 14 del Acuerdo 007 de 2005, la máxima autoridad es la junta directiva y se debe realizar mediante terna.

Cuestiona la posición de la entidad demandada al indicar que el Gobernador de Boyacá facultó al gerente para la contratación del jefe de control interno, pues el gerente es un auditado del jefe de control interno y por lo mismo no lo puede elegir.

Aduce que con el oficio expedido por el Director de Talento Humano del Departamento de Boyacá, se estaba facultando para seguir o no contratando bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, al asesor de control interno, más no en lo que atañe con la persona que ejercía el control interno ya que estaba dada con anterioridad por parte de la junta directiva.

Finalmente, plantea un serie de inconsistencias en las certificaciones de experiencia laboral de la señora DIANA LISETH ROA MANRIQUE, que a su juicio implican que no acredita el requisito de tres (3) años en ejercicio de actividades de control interno que la habilitaran para cumplir estas funciones en la ESE demandada.

ESE HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA (fls. 235-247):

Expone que no es de recibo la afirmación de la demandante en el interrogatorio de parte, en el sentido que la señora Diana Liseth Roa Manrique debía ser ternada para la designación del jefe de control interno, cuando de acuerdo con lo establecido en la Ley 1474 de 2011, es una potestad que tiene el Gobernador como jefe del ente territorial, y en la presente demanda no fue demandado el Departamento de Boyacá.

Aclara que el proceso de selección que realizó la junta directiva de la ESE en el año 2011, única y exclusivamente se revisaron los requisitos que debían cumplir las personas que pudiesen ser contratadas para desempeñarse como jefe de control interno, y reitera que al no estar creado el cargo en la planta de personal, como lo estableció la oficina de talento humano de la Gobernación de Boyacá, podía suplirse el cargo a través de contrato de prestación de servicios como lo hizo el gerente, en virtud de la facultad que le fuere otorgada por la Junta Directiva de la ESE.

Litisconsorte necesario Diana Liseth Roa Manrique (fls. 491-493):

Reitera que no hay acto administrativo a demandar, ya que la vinculación de la actora era por contrato de prestación de servicios que es diferente a una vinculación mediante acto administrativo. En ese mismo orden de ideas, la solicitud de reintegro tampoco es de recibo, toda

vez que el cargo no existía en la planta de personal y por vencimiento del plazo contractual era válida su terminación.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Problemas Jurídicos

Como primer problema jurídico, el presente asunto se contrae a establecer si hay lugar a declarar la nulidad del oficio de fecha 28 de noviembre de 2016 y por ende ordenar el reintegro de la demandante en el cargo de Jefe de Control Interno de la ESE Hospital Regional II Nivel de Atención del Valle de Tenza, hasta el mes de diciembre de 2018, atendiendo los parámetros establecidos en la Ley 1474 de 2011, o en su defecto, la respectiva indemnización.

El segundo problema jurídico a definir, consiste en determinar si hay lugar a declarar nulo el Contrato de Prestación de Servicios No. 082-2016, suscrito entre la autoridad aquí demandada y la Señora Diana Liseth Roa Manrique, en razón a que la contratista no cumplía con los requisitos contenidos en la Ley 1474 de 2011.

2.2. Marco normativo y jurisprudencial

Las entidades estatales, conforme lo prevén los artículos 209 y 269 de la Constitución Política (C.P.), deben contar con un sistema de control interno:

“Artículo 209. (...) La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley...”

“Artículo 269. En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas...”

Es así como se expide la ley 87 de 1993, “por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones”, fijando el siguiente campo de aplicación previsto en su artículo 5:

“todos los organismos y entidades de las Ramas del Poder Público, en sus diferentes órdenes y niveles, así como en la organización electoral, en los organismos de control, en los establecimientos públicos, en las empresas industriales y comerciales del Estado, en las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 90% o más de capital social, en el Banco de la República y en los fondos de origen presupuestal”.

Respecto a la designación de los responsables del control interno, la ley 87 de 1993, dispone:

“Artículo 10. Jefe de la Unidad u Oficina de Coordinación del Control Interno. Para la verificación y evaluación permanente del sistema de control interno, las entidades estatales designarán como asesor, coordinador, auditor interno o cargo similar, a un funcionario público que será adscrito al nivel jerárquico superior y designado en los términos de la presente Ley.

Artículo 11. Designación del Jefe de la Unidad u Oficina de Coordinación del Control Interno. El asesor, coordinador, auditor interno o quien haga sus veces será un funcionario de libre nombramiento y remoción, designado por el representante legal o máximo directivo del organismo respectivo, según sea su competencia y de acuerdo con lo establecido en las disposiciones propias de cada entidad...”

No obstante, el artículo 7° de la Ley 87 de 1993, les confiere la potestad a las entidades públicas de contratar la organización del sistema de control interno y el ejercicio de las auditorías internas, con empresas privadas colombianas, de reconocida capacidad y experiencia, bajo las siguientes condiciones y supuestos específicos:

“ARTÍCULO 7. CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE CONTROL INTERNO CON EMPRESAS PRIVADAS. *Las entidades públicas podrán contratar con empresas privadas colombianas, de reconocida capacidad y experiencia, el servicio de la organización del Sistema de Control Interno y el ejercicio de las auditorías internas. Sus contratos deberán ser a término fijo, no superior a tres años, y deberán ser escogidos por concurso de méritos en los siguientes casos:*

a) Cuando la disponibilidad de los recursos técnicos, económicos y humanos no le permitan a la entidad establecer el Sistema de Control Interno en forma directa.

b) Cuando se requieran conocimientos técnicos especializados.

c) Cuando por razones de conveniencia económica resultare más favorable.

Se exceptúan de esta facultad los organismos de seguridad y de defensa nacional (...) (negrilla fuera de texto).

Por su parte, el Congreso de la República a través de la Ley 489 de 1998, crea el Sistema Nacional de Control Interno, (art. 28) con el objeto de integrar en forma armónica, dinámica, efectiva, flexible y suficiente el funcionamiento del control interno de las instituciones públicas, para que mediante la aplicación de instrumentos idóneos de gerencia, fortalezcan el cumplimiento cabal y oportuno de las funciones del Estado; al respecto dispuso en el artículo 29:

“ARTICULO 29. DIRECCION Y COORDINACION. *El Sistema Nacional de Control Interno, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, será dirigido por el Presidente de la República como máxima autoridad administrativa y será apoyado y coordinado por el Consejo Asesor del Gobierno Nacional en materia de control interno de las entidades del orden nacional, el cual será presidido por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.*

PARAGRAFO 1o. *Las normas del presente Capítulo serán aplicables, en lo pertinente, a las entidades autónomas y territoriales o sujetas a regímenes especiales en virtud de mandato constitucional”.*

Ahora bien, el Decreto 1876 de 1994, por el cual se reglamentan los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993, particularmente en lo relacionado con la organización del sistema de control interno al interior de las Empresas Sociales del Estado, dispuso lo siguiente:

“Artículo 21º.- Control interno. Toda Empresa Social del Estado debe organizar el Sistema de Control Interno y su ejercicio, de conformidad con la Ley 87 de 1993.

Artículo 11º.- Funciones de la Junta Directiva. Sin perjuicio de las funciones asignadas a las Juntas Directivas por ley, Decreto, Ordenanza o Acuerdo u otras disposiciones legales, ésta tendrá las siguientes:

...

14. Elaborar terna para la designación del responsable de la Unidad de Control Interno” (negrilla fuera de texto).

La Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-506 de 1999, estimó ajustada al texto constitucional la clasificación del cargo de Jefe de Control Interno como de libre nombramiento y remoción indicando, entre otros argumentos, el siguiente:

“...Se comprende entonces la estrecha y permanente interacción que debe mantener el máximo directivo de un organismo o entidad del nivel central o descentralizado, en los ámbitos nacional y territorial, con el jefe de la oficina asesora de control interno, para que puedan asegurar el cumplimiento cabal de la misión de la institución, así como la efectiva vigencia de los principios constitucionales, en particular, los atinentes a la buena fé, igualdad, moralidad, celeridad, economía, eficacia, imparcialidad, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

Por lo expuesto, la Corporación, estima exequible su clasificación bajo la categoría de libre nombramiento y remoción”.

Con posterioridad, la Ley 1474 de 2011, “por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del

*control de la gestión pública*¹ modificó las competencias para designar al responsable del control interno en las entidades y organismos estatales, así como la naturaleza de dicho cargo, como se advierte en el capítulo II, relativo a las “*medidas administrativas para la lucha contra la corrupción*”, y especialmente en las siguientes disposiciones:

“ARTÍCULO 8o. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. *Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:*

Para la verificación y e valuación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

“PARÁGRAFO 1o. *Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.*

PARÁGRAFO 2o. *El auditor interno, o quien haga sus veces, contará con el personal multidisciplinario que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con la naturaleza de las funciones del mismo. La selección de dicho personal no implicará necesariamente aumento en la planta de cargos existente...”*

El artículo 9º, por su parte, incorporó un párrafo transitorio del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 9o. REPORTES DEL RESPONSABLE DE CONTROL INTERNO. *<Ver modificaciones a este artículo directamente en la Ley 87 de 1993> Modifíquese el artículo 14 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:*

El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces en una entidad de la rama ejecutiva del orden nacional será un servidor público de libre nombramiento y remoción, designado por el Presidente de la República.

Este servidor público, sin perjuicio de las demás obligaciones legales, deberá reportar al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, así como a los Organismos de Control, los posibles actos de corrupción e irregularidades que haya encontrado en el ejercicio de sus funciones.

El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno deberá publicar cada cuatro (4) meses en la página web de la entidad, un informe pormenorizado del estado del control interno de dicha entidad, so pena de incurrir en falta disciplinaria grave.

Los informes de los funcionarios del control interno tendrán valor probatorio en los procesos disciplinarios, administrativos, judiciales y fiscales cuando las autoridades pertinentes así lo soliciten.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para ajustar el período de que trata el presente artículo, los responsables del Control Interno que estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerán en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde haga la designación del nuevo funcionario, conforme a la fecha prevista en el presente artículo” (negrilla fuera de texto).*

De la norma transcrita se extrae que la autoridad competente para designar al jefe de la unidad u oficina de control interno de una entidad del orden territorial es el respectivo Gobernador o Alcalde, como máxima autoridad administrativa y dependiendo del orden territorial al que pertenezca y, en lo concerniente a la naturaleza del cargo, la innovación introducida por la norma radica en establecer que para las entidades del orden nacional, el cargo es de libre nombramiento y remoción, en tanto que para las entidades del orden territorial se trata de un cargo de periodo fijo y en este último caso debía ser designado en la mitad del periodo del respectivo Gobernador o Alcalde.

¹ Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011.

Ahora bien, en sana hermenéutica del párrafo transitorio del artículo 9° de la Ley 1474 de 2011, en aras de ajustar el periodo institucional de los responsables de control interno, quienes estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerían en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde hiciera la designación del nuevo funcionario, por supuesto en la fecha prevista en dicha norma.

Con base en lo anterior y considerando que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 (12 de julio de 2011), transcurría el último semestre del periodo constitucional de Gobernadores y Alcaldes 2008 a 2011, es claro que el jefe de control interno debía ser nombrado en la mitad del periodo del nuevo mandatario local o departamental, elegido para el periodo 2012-2015, es decir, a partir del 1 de enero de 2014, en tanto que la persona que venía desempeñando el cargo debía permanecer en el mismo hasta el 31 de diciembre de 2013.

Por otra parte, como quiera en el caso que ocupa la atención del despacho, la actora fue vinculada como asesora de control interno mediante Contratos de Prestación de Servicios Profesionales, suscritos con la ESE Hospital Regional II Nivel de Atención Valle de Tenza, es del caso señalar respecto de esta tipología contractual que su regulación se encuentra prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Como puede observarse, la norma señala que los contratistas de prestación de servicios deben cumplir funciones que no puedan realizarse con personal de planta, bien porque el personal es insuficiente o porque se trata de actividades transitorias, toda vez que no son servidores públicos sino particulares contratistas, no pueden ser considerados ni empleados públicos ni trabajadores oficiales y su relación está regulada por el contrato y por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993.

En virtud de lo expuesto, no es viable contratar mediante esta figura funciones públicas que deben ser desempeñadas de manera permanente, como lo es el empleo de Jefe de Oficina de Control Interno; se trata de una función exclusiva e indelegable de todas las instancias de la organización en cabeza del representante de la entidad, que en virtud del artículo 11 de la Ley 87 de 1993, estaba a cargo de un funcionario de libre nombramiento y remoción, designado por el representante legal o máximo directivo del organismo, y luego de la modificación introducida por el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, es designado por el Gobernador o Alcalde y se trata de un empleo de periodo fijo.

Lo anterior implica que bajo la vigencia del anterior marco normativo, la vinculación del jefe de control interno siempre ha sido de orden legal y reglamentario y no de naturaleza contractual, lo cual de suyo exige que el cargo se encuentre creado en la planta de personal de la respectiva entidad pública.

Respecto a la forma de vinculación del jefe de control interno, el Consejo de Estado es del mismo criterio, toda vez que al respecto se pronunció como sigue:

“ARTÍCULO 2.2.21.4.1. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL

CONTROL INTERNO. Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la Rama Ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este empleado será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

Bajo este panorama normativo, la Sala encuentra que el jefe de control interno es un cargo de periodo fijo -4 años-, que se provee por la autoridad administrativa de la entidad territorial a la mitad del periodo respectivo y su designación debe realizarse consultando el principio de mérito, pero sin perjuicio de la facultad discrecional de quien realiza la designación².

3. Del acervo probatorio:

Obran en el expediente los siguientes documentos:

- Acuerdo No. 001 de 08 de abril de 2011, emanado de la Junta Directiva de la ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza “*por el cual se establece el proceso de selección para la contratación del Asesor de Control Interno del Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza ESE.*”(fls. 226-232).

En las consideraciones del acuerdo se establece que la ESE Hospital Valle de Tenza, requiere para su cabal funcionamiento la contratación del servicio de control interno en aplicación de la Ley 87 del 29 de noviembre de 1993, por lo que era necesario establecer un procedimiento, a través del cual se seleccione el Asesor de Control Interno en cumplimiento del Decreto 1876 de 1994, y que garantice el cumplimiento de los principios de la contratación.

De manera que dispone la Junta Directiva de la entidad pública, aprobar el proceso de selección para la contratación del servicio profesional de asesoría de control interno, definiendo lo siguiente:

“1. OBJETO: Contratar la prestación del servicio profesional de asesoría de control interno para la ESE Hospital Regional de Valle de Tenza.

DURACION: Del 1 de mayo al 31 de septiembre de 2011 y podrá ser prorrogado según la normatividad.

PRESUPUESTO OFICIAL: El presupuesto oficial para la contratación es de TRECE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS M/CTE (\$11.893.200) que se cancelarán en mensualidades vencidas cada una por la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$2.378.640) con cargo al rubro 21010203 honorarios del presupuesto para la vigencia fiscal del año 2011. Este valor incluye todos los costos directos e indirectos que su cumplimiento conlleva.

El acuerdo discriminó como requisitos mínimos, acreditar formación profesional en contaduría pública con énfasis en el área financiera y/o administrativa y para la contratación se previó la conformación de una terna por parte de la Junta Directiva, previa verificación de requisitos mínimos y entrevista, e indicó que el Gerente escogería entre los tres aspirantes seleccionados para su respectiva vinculación contractual.

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

- El 27 de diciembre de 2013, el Gerente del Hospital Regional Valle de Tenza, comunica al Gobernador de Boyacá, que en esta institución el profesional encargado de la oficina de control interno estaba designado por contrato de prestación de servicios, el cual vencía el 31 de diciembre de 2013, debido a que en la planta de personal no se contaba con ese cargo, motivo por el cual y atendiendo al contenido del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, requería que ordenara a quien corresponda surtir dicho proceso para suplir la necesidad presentada.

Así mismo, solicitó autorizar a la gerencia adelantar contrato de prestación de servicios con persona idónea por un tiempo prudencial, mientras se adelantaba el proceso de acuerdo a la norma vigente (fl. 37).

- Con oficio de 02 de enero de 2014, el Director Gestión de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá, le responde lo siguiente: *“ya que a la fecha en su entidad no existe el cargo creado para desempeñar funciones de control interno, lo que hace inaplicable lo previsto en la Ley 1474 de 2011; en ese orden de ideas si la entidad lo venía contratando por orden de prestación de servicios, será autónoma del representante legal seguir mediante esta modalidad de contrato, respetando los lineamientos del Departamento Administrativo de la Función Pública”* (fl. 38).
- El Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza Empresa Social del Estado y Nohema Pinzón Salomón, celebraron los siguientes contratos de prestación de servicios³ cuyo objeto fue la asesoría de control interno, conforme a la certificación vista a folio 19:

Contrato de prestación de servicios Nro.	Fecha de inicio	Fecha de finalización	valor
106-2011	01 de mayo de 2011	31 de septiembre de 2011	\$11.893.200
250-2011	01 de octubre de 2011	30 de noviembre de 2011	\$4.757.280
270-2011	01 de diciembre de 2011	31 de diciembre de 2011	\$2.378.640
005-2012	01 de enero de 2012	31 de enero de 2012	\$2.378.640
030-2012	01 de febrero de 2012	31 de diciembre de 2012	\$28.050.000
006-2013	01 de enero de 2013	31 de enero de 2013	\$2.550.000
029-2013	01 de febrero de 2013	31 de octubre de 2013	\$24.750.000
Otrosí 01 CPS 029-2013	01 de noviembre de 2013	31 de diciembre de 2013	\$5.500.000
032-2014	02 de enero de 2014	01 de junio de 2014	\$15.000.000
Otrosí 01 CPS 032-2014	02 de junio de 2014	30 de junio de 2014	\$2.900.000
065-2014	01 de julio de 2014	30 de septiembre de 2014	\$9.000.000
134-2014	01 de octubre de 2014	31 de diciembre de 2014	\$9.000.000
005-2015	01 de enero de 2015	31 de julio de 2015	\$22.050.000

³ Excepción hecha de los Contratos de Prestación de Servicios Nos. 270- 2011, 004-2016 y 068-2016, la copia de los demás acuerdos contractuales de que da cuenta la certificación vista a folio 19 del plenario, constan a folios 53 y 104 a 197.

Otro si 01 CPS 005-2015	01 de agosto de 2015	31 de octubre de 2015	\$9.450.000
146-2015	01 de noviembre de 2015	31 de diciembre de 2015	\$6.300.000
004-2016	01 de enero de 2016	31 de marzo de 2016	\$9.733.500
068-2016	01 de abril de 2016	30 de junio de 2016	\$9.733.500

- El 08 de noviembre de 2016, la actora eleva derecho de petición al Gerente del Hospital Regional II Nivel de Atención Valle de Tenza en el que solicita “se realice la suscripción del contrato de prestación de servicios en asesoría de control interno, con el fin de dar continuidad al derecho contractual que me confiere la Ley 1474 de 2011 para ejecución del control interno de la institución el cual debió suscribirse a partir del 01 de julio de 2016.” (fls. 21-23)
- El 28 de noviembre de 2016, el Gerente del Hospital Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, en respuesta a la petición indicada anteriormente, le indica a la actora lo siguiente:

“Verificados los archivos de la ESE, efectivamente a 31 de diciembre de 2011, la Dra. NOHEMA PINZÓN SALOMON se encontraba vinculada a la institución como asesora de control interno mediante contrato de prestación de servicios, de igual manera que estuvo vinculada hasta el 30 de junio de 2016, fecha en la cual por decisión de la Administración vigente para la fecha decide cambiar y contratar a la Dra DIANA LISETH ROA MANRIQUE, como asesora de control interno, mediante contratos de prestación de prestación de servicios y mientras se realizan los trámites pertinentes para la creación e inclusión del empleo a la planta de personal...”(fl. 33).

- Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Prestación de Servicios No. 068-2016, celebrado entre el Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza ESE y Nohema Pinzón Salomón, de fecha 30 de noviembre de 2016 (fl. 29).
- Por medio de Acuerdo No. 004 de noviembre 07 de 2017, se creó en la Planta de Personal del Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza Empresa Social del Estado, el cargo de Jefe Control Interno, invocando el cumplimiento de la Ley 87 de 1993 y 1474 de 2011 (fls. 472-473), así:

“ARTICULO PRIMERO: *créase en la planta de personal de la Empresa Social del Estado Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, el cargo de Jefe de Control Interno, Código 105 Grado 1, Nivel Directivo el cual, deberá incorporarse dentro del plan de cargos de la entidad, la persona designada debe ser profesional y con experiencia mínima de tres años en asuntos de control interno.*

ARTICULO SEGUNDO: *El cargo de Jefe de Control Interno será designado por un periodo fijo de cuatro (4) años y de conformidad con la Ley 1474 de 2011, en las Empresas Sociales del Estado del orden territorial la facultad nominadora recae en la autoridad máxima administrativa de la respectiva entidad territorial (Gobernador) en consecuencia, las situaciones administrativas y retiro de los citados servidores será competencia de la autoridad nominadora.”*

- Certificación del 25 de julio de 2019, de la Subgerente Administrativa de la ESE Hospital Regional II Nivel de Atención Valle de Tenza, en cumplimiento de funciones de Jefe de Talento Humano del Hospital, en la que consta:

“Que el cargo de Jefe de Control Interno Código 105 Grado 1 (modificado al Grado 2 por la Ordenanza 053 del 12 de diciembre de 2018 emanada de la Honorable Asamblea Departamental, adoptada por la ESE mediante Acuerdo No. 003 del 21 de mayo de 2019) de la Planta de Personal del HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN VALLE DE TENZA, en la actualidad se encuentra provisto con el nombramiento de la Dra. Diana Liseth Roa Manrique; por el periodo comprendido del 19 de abril de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2021 por tratarse de un cargo de periodo fijo, incorporada a la planta de personal a través de la Resolución No. 314 del 19 de abril de 2018, emanada de la Gerencia del HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA ESE” (fl. 474).

- A través del Acuerdo No. 010 de 27 de diciembre de 2017, se ajustó y actualizó el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, consagrando el cargo de Jefe Oficina de Control Interno, estableciendo como requisito académico el título profesional en contaduría pública o profesiones a fines, y 36 meses de experiencia en asuntos de control interno en una entidad hospitalaria (fls. 396 y 400).
- Por medio de Decreto No. 141 de 02 de abril de 2018, el Gobernador de Boyacá *“hace una designación, realiza una invitación pública, y se establece el procedimiento para la verificación de requisitos para la selección y nombramiento de jefe de control interno de la ESE Hospital Regional Valle de Tenza”*, en virtud del cual, se designó a la Secretaria de Despacho de la Secretaria General para que liderara y llevara a cabo el proceso para la selección y nombramiento del Jefe de Control Interno de la ESE Hospital Regional Valle de Tenza, con las siguientes etapas: proceso de invitación pública, para conformar el Banco de Hojas de Vida, selección de nominados (fls. 383-386).
- Mediante Resolución No. 314 de 19 de abril de 2018, el Gerente del Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza incorporó a la Planta de Personal del Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza ESE a DIANA LISETH ROA MANRIQUE en el cargo de periodo fijo de Jefe de la Oficina de Control Interno Código 105 Grado 1, durante el periodo comprendido entre el 12 de abril de 2018 y el 31 de diciembre de 2021, en cumplimiento de la designación realizada por la Gobernación de Boyacá mediante Decreto 152 del 12 de abril de 2018 (fls. 480-481).
- Hoja de vida de la señora Diana Liseth Roa Manrique (fls. 202-221).
- Interrogatorio de la señora Nohema Pinzón Salomón (fl. 390).

Pronunciamiento del Juzgado frente a las excepciones

1. No haber demandado el acto administrativo que faculta al Gerente para la Contratación del responsable del control interno de la ESE Hospital Regional II Nivel de Atención de Valle de Tenza:

La ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, indica que la actora debió demandar el Acuerdo No. 001 de 2011, emanado de la Junta Directiva de la ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, ya que pretendía que se le nombrara de manera indefinida.

Para efectos de resolver la excepción, debe tenerse en cuenta que la señora Nohema Pinzón fue vinculada a través de contrato de prestación de servicios, a partir del 01 de mayo de 2011 y que la fecha de expedición del mentado Acuerdo 001, corresponde al 08 de abril de 2011, esto es, cuando aún no entraba en vigencia la Ley 1474 de 2011 (02 de julio de 2011), y regía lo contemplado en el Decreto 1876 de 1994, que dispuso en el numeral 14 del artículo 11 como función de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado *“elaborar la terna para la designación de la Unidad de Control Interno”*.

En consecuencia, aún el cargo de jefe de control interno no era considerado de periodo fijo, ya que esto ocurrió hasta la expedición de la Ley 1474 de 2011.

A lo anterior se suma que el acto demandado corresponde al que efectivamente afectó la situación jurídica de la actora, en tanto que negó la renovación de su contrato y por ende su permanencia en la ESE demandada, que es precisamente lo que ahora cuestiona en sede

jurisdiccional, de modo que la pretensión de nulidad se dirige contra el acto administrativo que corresponde.

Por los anteriores argumentos, se niega la excepción propuesta.

Inexistencia de nulidad por inaplicabilidad de la norma invocada como fundamento: Aduce la expresa exclusión del Estatuto de Contratación Administrativa, a las empresas sociales del Estado, por lo que resulta improcedente a su juicio la solicitud de nulidad deprecada por el actor y su fundamento en las causales de nulidad previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, en materia contractual las empresas sociales del Estado se rigen por el derecho privado, pero podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

No obstante, al remitirnos a la demanda se advierte claramente que si bien se menciona el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, finalmente se indicó como causal de nulidad la causa ilícita prevista en el artículo 1524 del Código Civil, y en el fondo lo que se cuestiona en el líbello introductorio es la falta de experiencia de la señora Roa Manrique para adelantar las labores de control interno, de manera que este razonamiento por sí solo no enerva la pretensión y da lugar a desestimar la excepción propuesta.

Por su parte, la señora Diana Liseth Roa Manrique vinculada como litisconsorte necesario, formula la excepción relativa a la **improcedencia de la acción por inexistencia del acto administrativo demandado**, argumentando que el oficio de 28 de noviembre de 2016, no tuvo la virtualidad de crear, modificar o extinguir situación jurídica alguna, toda vez que la demandante se encontraba vinculada a través de contratos de prestación de servicios, por lo que al terminarse el último plazo convenido dejó de cumplir sus actividades de control interno.

La excepción se declarará no probada, por lo siguiente:

En el *sub lite*, el 08 de noviembre de 2016, la actora eleva derecho de petición al Gerente del Hospital Regional II Nivel de Atención Valle de Tenza, en el que solicita “*se realice la suscripción del contrato de prestación de servicios en asesoría de control interno, con el fin de dar continuidad al derecho contractual que me confiere la Ley 1474 de 2011 para ejecución del control interno de la institución el cual debió suscribirse a partir del 01 de julio de 2016.*” (fl. 21). Así mismo, la actora fundamentó su petición en la Ley 1474 de 2011, e invocó las prórrogas y renovaciones a los contratos de prestación de servicios.

Así las cosas, el derecho de petición en interés particular fue el mecanismo al que apeló la actora para provocar un pronunciamiento de la administración sobre la prórroga de su vinculación contractual para cumplir funciones como asesora de control interno, y efectivamente el oficio de 28 de noviembre de 2016, contiene una manifestación de voluntad de la entidad demandada, en el sentido de no continuar con sus servicios y negarle el derecho que sustentaba en la Ley 1474 de 2011, para efectos de culminar el periodo fijo del cual se considera acreedora.

En ese orden de ideas, la excepción será declarada no probada, en tanto que la decisión demandada efectivamente entraña un acto administrativo.

4. Caso concreto

4.1. Pretensión de reintegro y pago de honorarios dejados de percibir

En primer lugar, el presente asunto se contrae a establecer si hay lugar a declarar la nulidad del oficio de fecha 28 de noviembre de 2016, y por ende ordenar el reintegro de la demandante en el

cargo de Jefe de Control Interno de la ESE Hospital Regional II Nivel de Atención del Valle de Tenza, atendiendo los parámetros establecidos en la Ley 1474 de 2011, así como el pago de los honorarios dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y la fecha de ejecutoria de la sentencia, términos en los cuales se formulan las pretensiones de la demanda (fols. 66 y 67).

Como se indicó en el acápite destinado a la exposición del marco normativo aplicable al sub-lite, es clara la improcedencia de contratar los servicios de jefe de la oficina de control interno, bajo la tipología del contrato de prestación de servicios profesionales, toda vez que la organización del sistema de control interno es un deber que recae en todas las entidades públicas, de las que hacen parte las Empresas Sociales del Estado y, por ende, tiene la connotación de actividad permanente al interior de la administración.

Valga recordar que cuando el artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, establece que los contratos de prestación de servicios se celebrarán por el término estrictamente indispensable, hace referencia a que dicha modalidad de vinculación con el Estado puede utilizarse cuando se requiera la atención de funciones ocasionales, por tiempo determinado y aplicados a una labor específica, en tanto que para realizar actividades permanentes de carácter misional, se debe crear el cargo en la planta correspondiente.

A lo anterior se suma que el mecanismo de vinculación de los jefes de control interno se encuentra previsto con claridad en el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que antes de la modificación introducida por el artículo 8º de la Ley 1474 de 2011, establecía que la designación debía recaer en un funcionario de libre nombramiento y remoción, y a partir de la expedición de esta última norma, es designado por el Gobernador o Alcalde y se trata de un empleo de periodo fijo, de modo que no hay duda sobre la abierta improcedencia de la vinculación del jefe de control interno de las entidades estatales, mediante contratos de prestación de servicios profesionales.

Ahora bien, inicialmente por virtud del Decreto 1876 de 1994, artículo 11, numeral 14, a las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado les estaba asignada la función de elaborar la terna con base en la cual el representante legal debía designar al jefe de la unidad de control interno, regulación derogada por la Ley 1474 de 2011 (art. 8) que contempló el cargo de jefe de control interno como de periodo fijo de cuatro años, así mismo, radicó en los máximos representantes de la entidades territoriales Gobernador y Alcaldes, según el caso, la función de designar a la persona que ocuparía dicho cargo.

Revisadas las pruebas documentales obrantes en el expediente, tenemos que a través del Acuerdo No. 001 de 08 de abril de 2011, emanado de la Junta Directiva de la ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza *“por el cual se establece el proceso de selección para la contratación del Asesor de Control Interno del Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza ESE”*, reguló el procedimiento para la elaboración de la terna de la cual el Gerente de la entidad designaría al Jefe de Control Interno, ello en cumplimiento del Decreto 1876 de 1994.

No obstante, es claro que una vez entrada en vigencia la Ley 1474 de 2011, el Gobernador es quien debe designar al Jefe de Control Interno, en el caso específico de la entidad demandada, por un periodo fijo de cuatro años.

Recordemos que a través de oficio del 27 de diciembre de 2013, la ESE demandada le informó al Gobernador la inexistencia del cargo de Jefe de Control Interno en la planta de personal, para que procediera a darse aplicación a la Ley 1474 de 2011, requerimiento que obtuvo respuesta a través de oficio de 02 de enero de 2014, en el cual el Director de Gestión de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá, expresó lo siguiente: *“ya que a la fecha en su entidad no existe el cargo creado para desempeñar funciones de control interno, lo que hace inaplicable lo previsto en la Ley 1474 de 2011; en ese orden de ideas si la entidad lo venía contratando por orden de prestación de servicios,*

será autónoma del representante legal seguir mediante esta modalidad de contrato, respetando los lineamientos del Departamento Administrativo de la Función Pública” (fl. 38).

Empero, reitera el despacho que dicha vinculación mediante contrato de prestación de servicios está proscrita para desarrollar funciones permanentes, en otras palabras, aquellas previstas en la ley o el reglamento para un empleo público, de manera que lo procedente era la creación del cargo en la planta de personal de la ESE Hospital Regional II Nivel de atención Valle de Tenza, que en este caso sólo se realizó hasta el año 2017, cuando la Junta Directiva expidió el Acuerdo 004 del 7 de noviembre del mismo año (fols. 472-473).

Ahora bien, la Ley 1474 de 2011 al contemplar el empleo de jefe de control interno como de período fijo a nivel territorial, estableció que sería designado por el alcalde o gobernador, en la mitad de su respectivo período y, para tal efecto, en el parágrafo transitorio del artículo 9º estableció que quienes se encontraran ocupando el cargo a 31 de diciembre de 2011, culminarían el período establecido en esta disposición, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2013, y a partir del 1 de enero de 2014 se nombraría un nuevo jefe de control interno en el nivel territorial, por un nuevo periodo de cuatro años.

En el caso de autos, la demandante estuvo vinculada a la entidad demandada mediante Contratos de Prestación de servicios desde el 01 de mayo de 2011 hasta el 30 de junio de 2016⁴, de modo que su permanencia superó el lapso máximo con que contaba la entidad para crear el cargo y el Gobernador del Departamento de Boyacá para proceder a su designación, luego la expectativa de la actora de una estabilidad en el cargo, por demás inexistente para la fecha de terminación de su contrato, carece totalmente de asidero jurídico.

En efecto, los argumentos invocados por la demandante en el concepto de violación, entrañan la aspiración de adquirir los derechos del empleado público designado en el cargo de periodo fijo de jefe de control interno, que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene derecho a permanecer en su empleo hasta la terminación del mismo, siempre y cuando observe buena conducta y ejerza las funciones con eficiencia, lealtad y eficacia y para desvincularlo antes del vencimiento del período, es indispensable aducir una causal legal de retiro⁵.

Empero, la señora NOHEMA PINZÓN SALOMÓN jamás adquirió dicha calidad a pesar de cumplir las funciones de asesoría en control interno, pues la naturaleza de su vinculación fue eminentemente contractual y la creación del cargo de jefe de control interno en la planta de la ESE, la incorporación de funciones en el respectivo manual y la designación por parte del Gobernador de Boyacá, se llevó a cabo con posterioridad a la culminación de su último contrato y recayó en la señora DIANA LISETH ROA MANRIQUE, quien de acuerdo con la certificación obrante a folio 474, viene desempeñando dicho empleo al interior de la entidad demandada.

No hay que perder de vista que la Constitución Política, en su artículo 122, indica *“no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”*, supuestos ineludibles para predicar la existencia del empleo público y que no se acreditan en el sub-judice respecto de la actora, antes bien, lo que se demostró fue una vinculación contractual notoriamente contraria a derecho, que superó el lapso máximo de permanencia de acuerdo con el artículo 8º de la Ley 1474 de 2011.

Es claro entonces que de la relación contractual sostenida por la parte actora con la entidad demandada, no pueden emanar los derechos de un empleado público, en este caso de periodo fijo, sino llanamente los derivados del negocio jurídico que por cierto fue liquidado por las partes

⁴ Conforme a certificación expedida por la Subgerencia Administrativa y Financiera de la ESE Hospital Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, vista a folio 19.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, julio diecinueve (19) de dos mil seis (2006), Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06659-02(3455 –04)

de común acuerdo el 30 de noviembre de 2016, como consta a folio 29 del expediente⁶ y que sin duda no otorga ningún fuero de estabilidad al contratista, dada la temporalidad que lo caracteriza.

Corolario de lo expuesto, no hay lugar a ordenar el reintegro y el pago de los honorarios reclamados, pues se reitera, la actora jamás estuvo vinculada a través de una relación legal y reglamentaria en el cargo de periodo como jefe de control interno de la ESE Hospital II Nivel de Atención Valle de Tenza, sino que cumplió con dichas funciones en el marco de la ejecución de contratos de prestación de servicios que además no era procedente celebrar conforme al marco normativo analizado en precedencia, de tal suerte que las situaciones jurídicas ilegales no pueden invocarse como título para reclamar el reconocimiento de derechos laborales.

4.2. Pretensión de nulidad del Contrato de Prestación de Servicios N° 082-2016 y subsiguientes.

A la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte actora acumuló de manera subsidiaria una pretensión de naturaleza contractual, alusiva a que se declare nulo el contrato de prestación de servicios No. 082-2016 y subsiguientes, suscritos entre la ESE Hospital Regional II Nivel de Atención Valle de Tenza y la señora Diana Liseth Roa Manrique, en razón a que la contratista no cumplía con los requisitos contenidos en la Ley 1474 de 2011, lo cual denota a su juicio una desviación de poder, establecida como causal de nulidad en el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, pues los fines no fueron legítimos sino más bien se orientaron a favorecer a un tercero.

La parte demandante señala que dichos contratos se rigen además por las disposiciones del derecho privado, y se configuraría la causal de nulidad denominada “causa ilícita”, prevista en el artículo 1524 y 1741 del Código Civil, pues asegura que toda desviación de poder constituye igualmente una causa ilícita para contratar.

En primer lugar, se advierte que la accionante se encuentra legitimada para formular la pretensión subsidiaria de nulidad del contrato, ya que su argumentación se basa en un desmejoramiento del servicio de la ESE Hospital Segundo Nivel de atención Valle de Tenza, al contratar a la señora Diana Liseth Roa Manrique, y con ello la demandante pretende obtener una indemnización por la terminación de su relación contractual, circunstancias que denotan un interés directo, siendo admisible esta pretensión conforme al artículo 141 del CPACA, que establece:

“...El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”

Antes de abordar el Despacho el estudio de dicha pretensión de nulidad, se debe reiterar que como efectivamente como lo señala la apoderada de la litisconsorte DIANA LISETH ROA MANRIQUE, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993⁷, las Empresas Sociales del Estado en materia contractual se regirán por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

Por otro lado, aun cuando la contratación de las ESE se regule por el derecho privado, estas deben observar los principios de eficiencia y transparencia, como lo establece el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, que modifica el inciso 2 del literal c) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 95. APLICACIÓN DEL ESTATUTO CONTRACTUAL. Modifíquese el inciso 2o del literal c) del numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así: En aquellos eventos en

⁶ Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Prestación de Servicios No. 068-2016.

⁷“En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.”

que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad. (...)

Conviene precisar que el inciso 1º del artículo 76 de la Ley 1438 de 2011, estableció lo relativo a la eficiencia y transparencia en la contratación de las Empresas Sociales del Estado y dispuso que la Junta Directiva de las ESE debía adoptar un estatuto de contratación de acuerdo a los lineamientos que definiera el Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, el cual fue fijado mediante la Resolución 5185 del 14 de diciembre de 2013, estableciendo:

*“Artículo 2. Régimen de Contratación de las Empresas Sociales del Estado. El régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado **es el régimen privado**, conforme al numeral 6 del artículo 194 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, teniendo en cuenta el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, todas las Empresas Sociales del Estado deben aplicar los principios de la función administrativa y la sostenibilidad fiscal, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y sujetarse a los lineamientos fijados en la presente resolución”* (negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, no es procedente remitirse a la aplicación de la causal de nulidad prevista en el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en tanto que a los contratos celebrados por las ESE les aplica el derecho privado, lo cual en principio tornaría procedente que el Juzgado adelante el estudio de fondo de la “causa ilícita” aducida por la parte actora y que se encuentra prevista en el artículo 1524 del Código Civil, con fundamento en la falta de experiencia que le atribuye a la señora Roa Manrique, para ser contratada como asesora de control interno.

Sin embargo, conforme al marco normativo y al análisis expuesto a propósito de la pretensión de nulidad formulada en la demanda, emerge claramente que en este caso estamos frente a la configuración de la nulidad absoluta de todos los contratos de prestación de servicios celebrados por la entidad demandada, tanto con la parte actora como con la señora Diana Liseth Roa, por los argumentos que a continuación se sustentarán por el despacho.

4.3 Declaratoria de oficio de nulidad absoluta de los Contratos de Prestación de servicios, celebrados por la Ese Hospital Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza para el ejercicio del Control Interno

El inciso 3º del artículo 141 del CPACA⁸, señala que el Juez Administrativo podrá declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato estatal cuando se encuentre plenamente demostrada, siempre y cuando en el proceso judicial hayan intervenido las partes contratantes.

En relación con la potestad–deber del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha puntualizado que “*el juez no sólo tiene la facultad sino el deber de declarar la nulidad absoluta total o parcial de un contrato, aun sin petición de parte, cuando esté demostrada en el proceso la causal prevista en la ley*”⁹, así mismo, que tal atribución no está limitada al término de caducidad sino a la prescripción extraordinaria estatuida en el artículo 1742 del C.C., como lo indica en el siguiente pronunciamiento:

“Las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad.

⁸ “...El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 29742, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Posición reiterada por la Sección Tercera entre otras sentencias la de diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 76001-23-33-006-2015-00644-01(60075), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

La Sala ha precisado en distintas oportunidades que la facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos no está sometida al régimen de la caducidad, no solo porque resulta evidente que durante el trámite del proceso puede transcurrir el tiempo previsto por el ordenamiento jurídico para que fenezca la oportunidad de alegarlas por la vía de acción, sino porque la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante la jurisdicción, por la vía de acción, los derechos sustanciales; además, el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad de sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos.

Sin embargo, la facultad del juez no es ilimitada, pues, para declarar la nulidad de manera oficiosa, debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria, a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios, ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente¹⁰.

Procede entonces el despacho a hacer referencia a las disposiciones del Código Civil, aplicables según se precisó a los contratos de prestación de servicios celebrados por la ESE demandada, que regulan la institución del “objeto ilícito”, como causal de nulidad absoluta del negocio jurídico, de las cuales se destaca el artículo 1518, precepto que señala las características que debe revestir el objeto del contrato:

“ARTICULO 1518. <REQUISITOS DE LOS OBJETOS DE LAS OBLIGACIONES>. No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y **moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.**” (negrilla y subrayado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 1519 de dicho estatuto normativo, prevé lo que se entiende por objeto ilícito:

“ARTICULO 1519. <OBJETO ILICITO>. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto” (negrilla fuera de texto).

Por su parte, el artículo 1741 del Código Civil establece el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta del contrato, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1741. <NULLIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.”

En reciente pronunciamiento¹¹, el Consejo de Estado hizo referencia a las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, particularmente al vicio conocido como “objeto ilícito” que desarrolló en estos términos:

Estado de la jurisprudencia sobre la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito

Se recuerda que la declaración oficiosa de la nulidad del contrato puede adoptarse con apoyo en los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 que disponen:

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 09 de marzo de 2016, exp. 73001-23-31-000-2005-01441-02(34322), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 76001-23-33-006-2015-00644-01(60075)

“Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

“(…)

“2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

“3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

“(…).

*“Artículo 45. De la nulidad absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona **o declarada de oficio**, y no es susceptible de saneamiento por ratificación”.*

*Se agrega que las causales del derecho común que aparecen invocadas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 se integran normativamente al concepto de objeto ilícito, tal como está previsto en el artículo 1518 del Código Civil, en cuanto el contrato implique un hecho “moralmente imposible” indicado en esa norma como el **“prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres y al orden público”** y en cuanto al objeto ilícito se aplica el artículo 1519 del Código Civil en todo lo que **“contraviene el derecho público de la Nación”**.*

De igual forma, resulta aplicable la definición de lo que se entiende por objeto del contrato, en el sentido que describe el artículo 1517 del Código Civil, es decir, “una o más cosas que se trata de dar hacer o no hacer”.

*Finalmente, se deben observar los artículos 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio en cuanto a las causales de nulidad absoluta **“producida por un objeto o causa ilícita”** en aquellos casos en los que se “omite algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos” y **“cuando contraría una norma imperativa**, salvo que la ley disponga otra cosa” (art. 1741 C.C y art. 899 C. Co.).*

En resumen, para el propósito del análisis que se hará en el presente caso, se acude a reseñar las causales de nulidad absoluta de manera integrada, con fundamento en el análisis que en su oportunidad realizó esta Subsección, así

“Así las cosas, forzoso resulta concluir que los contratos estatales serán nulos de manera absoluta i) en los eventos previstos en los artículos 1519 y 1741 del Código Civil y, ii) en los casos específicamente determinados en los numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80.

En ese contexto, al integrar en un solo y único listado todas las causales de nulidad absoluta, resulta posible señalar que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales:

- a).- Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley;*
- b).- Ilícitud en el objeto;*
- c).- Ilícitud en la causa;*
- d).- Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;*
- e).- Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;*
- f).- Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;*
- g).- Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- h).- Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;*
- i).- Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y j).- Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80.”¹²*

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, consejero ponente (E): Hernán Andrade Rincon, sentencia de 29 de julio de 2015, radicación: 76001233100020040551701 (37390), actor: Nidia Patricia Narváez Gómez, demandado: municipio de Palmira, referencia: contractual – apelación sentencia.

En el expediente figuran los siguientes contratos de prestación de servicios, celebrados entre la demandante, señora NOHEMA PINZÓN SALOMÓN y la ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, cuyo objeto común consiste en el servicio de asesoría en control interno:

Contrato de prestación de servicios Nro.	Fecha de inicio	Fecha de finalización	folio
106-2011	01 de mayo de 2011	31 de septiembre de 2011	104-105
250-2011	01 de octubre de 2011	30 de noviembre de 2011	53-55
005-2012	01 de enero de 2012	31 de enero de 2012	118-119
030-2012	01 de febrero de 2012	31 de diciembre de 2012	116-117
006-2013	01 de enero de 2013	31 de enero de 2013	126-128
029-2013	01 de febrero de 2013	31 de octubre de 2013	123-125
Otrosí 01 CPS 029-2013	01 de noviembre de 2013	31 de diciembre de 2013	106
032-2014	02 de enero de 2014	01 de junio de 2014	114-115
Otrosí 01 CPS 032-2014	02 de junio de 2014	30 de junio de 2014	113
065-2014	01 de julio de 2014	30 de septiembre de 2014	111-112
134-2014	01 de octubre de 2014	31 de diciembre de 2014	109-110
005-2015	01 de enero de 2015	31 de julio de 2015	121-122
Otro si 01 CPS 005-2015	01 de agosto de 2015	31 de octubre de 2015	120
146-2015	01 de noviembre de 2015	31 de diciembre de 2015	107-108

Con respecto a la señora Diana Liseth Roa Manrique, reposan en el plenario los siguientes contratos de prestación de servicios, con idéntico objeto y celebrados igualmente con la entidad demandada:

Contrato de prestación de servicios Nro.	Fecha de inicio	Fecha de finalización	folio
005-2017	01 de enero de 2017	31 de enero de 2017	154-157
036 de 2017	01 de febrero de 2017	28 de febrero de 2017	158-161
056-2017	01 de marzo de 2017	31 de marzo de 2017	162-165
078-2017	01 de abril de 2017	30 de abril de 2017	166-170
087-2017	01 de mayo de 2017	31 de mayo de 2017	171-175
092-2017	01 de junio de 2017	31 de julio de 2017	176-180
112-2016	01 de octubre de 2016	30 de noviembre de 2016	182-185
Otro si CPS 112-2016	01 de diciembre de 2016	31 de diciembre de 2016	181
148-2017	01 de agosto de 2017	31 de agosto de 2017	186-189
164-2017	01 de septiembre de 2017	30 de septiembre de 2017	190-193
180-2017	01 de octubre de 2017	31 de diciembre de 2017	194-197

Con sujeción a lo descrito por la referida normatividad del derecho común y a las razones ampliamente expuestas en apartados precedentes, los contratos de prestación de servicios celebrados por la entidad demandada tanto con la demandante como con la señora Diana Liseth Roa Manrique, que tuvieron por objeto el servicio de asesoría en control interno, se encuentran viciados de nulidad absoluta por objeto ilícito, por dos circunstancias que de manera breve se recapitularán a continuación.

En primer término, la celebración de dichos contratos desconoció que el mecanismo de vinculación de los jefes de control interno, antes de regir la Ley 1474 de 2011, se encontraba previsto con claridad en el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, en virtud del cual la designación

debía recaer en un funcionario de libre nombramiento y remoción, esto es, se trataba de una vinculación de orden legal y reglamentario materializada a través de un acto administrativo, no de una vinculación contractual como de manera contraria a derecho lo hizo la Empresa Social del Estado demandada.

Se reitera que a partir de la expedición de la Ley 1474 de 2011, artículo 8º, la provisión de dicho cargo es del resorte de la máxima autoridad administrativa de la entidad territorial, a saber, Gobernador o Alcalde y se trata de un empleo de periodo fijo de cuatro (4) años, que será designado en la mitad del periodo del respectivo mandatario local, de tal suerte que el advenimiento de esta norma implicó la modificación de la naturaleza del empleo (periodo fijo), pero la vinculación continuó siendo de orden legal y reglamentario.

No obstante lo anterior, la entidad vinculó a la señora NOHEMA PINZÓN SALOMÓN, a través de contratos de prestación de servicios desde el mes de mayo de 2011 y con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, continuó con la contratación del servicio de asesoría de control interno mediante contratos de prestación de servicios; lo propio hizo con la señora DIANA LIZETH ROA MANRIQUE, cuando lo procedente era realizar el estudio técnico respectivo, fundamentado en la inexistencia del cargo y proceder a su creación en la planta de personal de la ESE, lo cual, se reitera, solamente llevó a cabo hasta el año 2017, mediante la expedición del Acuerdo 004 del 7 de noviembre del mismo año (fols. 472-473), por parte la Junta Directiva de la institución.

En este punto, debe el despacho hacer claridad en cuanto a que la competencia para aprobar la planta de personal y sus modificaciones así como los manuales de funciones de las ESE, es privativa de su Junta Directiva, conforme lo disponen los numerales 6 y 7, artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, sin que requiriera la autorización de otra autoridad como lo pretendió la entidad demandada a través del oficio del 27 de diciembre de 2013 (fol. 37), argumento con el que pretende la entidad demandada legitimar la celebración de dichos contratos y que no es de recibo, pues como lo tiene dicho el Consejo de Estado:

La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que, dentro del margen de autonomía administrativa otorgada por el legislador a las empresas sociales del Estado se encuentra la facultad de las juntas directivas para modificar la planta de personal, de acuerdo con las necesidades del servicio:

“Así las cosas, resulta evidente que las corporaciones administrativas en el nivel territorial, dentro de la facultad con que cuentan para crear, transformar y categorizar las empresas sociales del Estado no les está permitido ejercer algún tipo de injerencia en lo que se refiere a la determinación y modificación de sus plantas de personal toda vez que, esa función, se repite, se encuentra reservada a sus juntas directivas y a sus gerentes en ejercicio de la autonomía y capacidad de dirección, previstas en el artículo 5º del Decreto 1876 de 1994”¹³

A lo anterior se agrega que a través de los contratos de prestación de servicios profesionales celebrados por la ESE Hospital Regional II Nivel de Atención Valle de Tenza, se atribuyó a las señoras NOHEMA PINZÓN SALOMÓN y DIANA LISETH ROA, el cumplimiento de una función administrativa de carácter permanente a cargo de las entidades públicas, como lo es la organización y funcionamiento del sistema de control interno, reglamentada por disposiciones de imperativo cumplimiento, como lo son los artículos 209 y 269 de la Constitución Política, la Ley 87 de 1993 y 489 de 1998.

En efecto, si se repara en las obligaciones a cargo del contratista pactadas en todos los contratos de prestación de servicios relacionados en cuadro anterior, se encuentran, entre otras, las siguientes:

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Rad. No.: 52001-23-31-000-2011-00002-01

“1. Planear, coordinar y organizar la verificación y la evaluación del Sistema de Control Interno. 2. Verificar que el Modelo Estándar de Control Interno esté establecido dentro de la organización y que su ejercicio sea intrínseco al desarrollo de las funciones de todos los cargos. 3. Asesorar a las instancias directivas en la organización, gestión y mejoramiento continuo del Sistema de Control Interno y de los procesos que desarrolle la Entidad en cumplimiento de su objeto social. 4. Verificar que los controles definidos para los procesos y actividades de la organización se cumplan por los responsables de su ejecución. ...6. Velar por el cumplimiento de las leyes, normas, políticas, procedimientos, planes, programas, proyectos y metas de la organización y recomendar los ajustes necesarios...10. Informar a los directivos acerca del estado del control interno dentro de la entidad, dando cuenta de las debilidades detectadas y de las fallas en su cumplimiento”.

Estas actividades sin duda armonizan con la definición y objetivos del sistema de control interno, establecidos en los artículos 1º y 2º de la Ley 87 de 1993, y son de obligatoria y permanente adopción en todas las entidades y organismos de las ramas del poder público y demás instituciones públicas indicadas en el artículo 5º de la misma norma, de modo que por su propia naturaleza no son susceptibles de ser transferidas a través de un contrato de prestación de servicios, previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, para el cumplimiento de actividades transitorias de la administración.

De hacerlo así como en efecto procedió la ESE demandada, se contraría la naturaleza de dicha tipología contractual y ha dado lugar a que el Consejo de Estado declare su nulidad absoluta, bajo los argumentos que en seguida se transcriben:

“...la orden de prestación de servicios 090 de 7 junio de 2002 se encuentra viciada de nulidad absoluta, por objeto ilícito, según se desprende de lo dispuesto por los artículos 1519 y 1523 del Código Civil, en la medida en que el objeto de las obligaciones del contrato, esto es, aquello a lo que se obligó el deudor en virtud del contrato (el cumplimiento de la función administrativa por parte de un particular –persona natural específicamente-), no estaba permitido en aquella época por la ley y hoy en día se halla expresamente prohibido por ésta¹⁴.

En conclusión, como quiera que a través de los contratos de prestación de servicios antes relacionados, la ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Vale de Tenza, desconoció el mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico para la designación del jefe de control interno y asignó funciones administrativas de carácter permanente a las señoras Nohema Pinzón Salomón y Diana Liseth Roa Manrique, en calidad de contratistas, los aludidos negocios jurídicos se encuentran viciados de nulidad absoluta por objeto ilícito, particularmente por contravenir el derecho público de la Nación en los términos de los artículos 1518 y 1519 del Código Civil.

Se cumplen entonces los presupuestos para proceder oficiosamente a su declaratoria, dado que se encuentra demostrado en forma fehaciente el vicio que acusan los contratos y al proceso concurren las partes que los celebraron, razones por las cuales se procederá de conformidad en la parte resolutoria de este proveído, sin que se menester evaluar el cargo de nulidad propuesto por la parte actora en contra de los contratos suscritos por la señora DIANA LISETH ROA, en tanto que aún de haber cumplido con los requisitos legales no era jurídicamente admisible la celebración de los contratos mencionados.

En la certificación aportada por la parte demandada, vista a folio 19, se indica la suscripción con la demandante de los contratos de prestación de servicios: 270-2011, cuyo plazo contractual transcurrió en el lapso comprendido entre el 01 de diciembre al 31 de diciembre de 2011; 004 de 2016 del 01 al 31 de marzo de 2016 y 068 de 01 de abril al 30 de junio de 2016; no obstante, no fue allegado al expediente el texto de los mismos, razón por la cual no estarán cobijados por la declaratoria de nulidad.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 09 de marzo de 2016, exp. 73001-23-31-000-2005-01441-02(34322), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

4.4. De los efectos de la nulidad

Con respecto las consecuencias patrimoniales de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal, cabe destacar que de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, por regla general la declaratoria de nulidad tiene fuerza de cosa juzgada y da a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se encontraban si no hubiese existido el acto o contrato nulo, por lo que a cada parte le surge el deber de restituir o repetir a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado, excepto cuando la nulidad absoluta ha tenido por fuente un objeto o causa ilícitos, a sabiendas, de conformidad con lo dispuesto por el inciso primero de aquella disposición y el artículo 1525 ibídem.

En este aspecto, el despacho acoge el siguiente criterio jurisprudencial acerca de la improcedencia de las restituciones mutuas cuando resulta imposible retrotraer las cosas al estado anterior, como en el evento de contratos de prestación de servicios ya ejecutados; al respecto el Consejo de Estado señala:

“La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer del mundo jurídico, genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato declarado nulo y, por lo mismo, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; sin embargo, no siempre la declaración de nulidad del contrato trae como consecuencia la obligación de la restitución mutua de lo recibido por aquéllas, porque existen situaciones en las cuales tal obligación puede resultar imposible de cumplir, como cuando se convierte en un imposible físico volver las cosas a su estado primigenio, como sucede en el sub lite.

En efecto, a pesar de que la orden de prestación de servicios adolece de nulidad absoluta, resulta imposible retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato, pues ello implicaría deshacer lo ejecutado por el demandante para que, a su turno, éste -como contratista- devolviera los valores pagados por la ejecución del objeto contractual, lo cual deviene materialmente irrealizable; por consiguiente, las restituciones mutuas no proceden en este evento”¹⁵.

Por las razones expuestas, el despacho se abstendrá de ordenar dichas restituciones mutuas.

COSTAS PROCESALES

Para el presente asunto, el Juzgado acoge la postura del Consejo de Estado que mediante sentencia del 19 de enero de 2017, dentro del proceso con radicación N° 54001-23-33-000-2012-00180-1 (1706-2015) Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, resolvió no condenar en costas, bajo la siguiente argumentación:

“La Sala difiere de la interpretación objetiva que el a quo dedujo del artículo 188 del CPACA, esto es, imposición de condena costas de pleno derecho a la parte vencida, sin más consideraciones, tal como acontece en la actividad procesal propia de los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, en virtud del mandato contenido en el artículo 365 del Código General del Proceso.

(...)

*En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), **corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.***

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento.”

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 09 de marzo de 2016, exp. 73001-23-31-000-2005-01441-02(34322), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Conforme la cita precedente, no se advierte el Despacho que la conducta procesal asumida por la parte actora merezca algún cuestionamiento que justifique o torne razonable la condena en costas en el *sub-lite*, razón por la cual el despacho se abstendrá de imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por la ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza y la señora Diana Liseth Roa Manrique, por las razones expuestas.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovido por la Señora Nohema Pinzón Salomón, en contra de la ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Vale de Tenza.

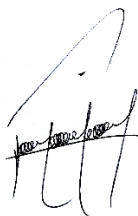
TERCERO: DECLARAR DE OFICIO la nulidad absoluta de los Contratos de Prestación de Servicios Nos. 106 del 1 de mayo de 2011, 250 del 1 de octubre de 2011, 005 del 1 de enero de 2012, 030 del 01 de febrero de 2012, 006 del 1 de enero de 2013, 029 del 1 de febrero de 2013, 032 del 2 de enero de 2014, 065 del 26 de junio de 2014, 134 del 30 de septiembre 2014, 005 del 1 de enero de 2015, 146 del 30 de octubre de 2015, así como todos sus actos modificatorios, celebrados entre la señora NOHEMA PINZÓN SALOMÓN y la ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, por lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: DECLARAR DE OFICIO la nulidad absoluta de los Contratos de Prestación de Servicios 112 del 30 de septiembre de 2016, Nos. 005 del 01 de enero 2017, 036 del 1 de febrero de 2017, 056 del 1 de marzo de 2017, 078 del 1 de abril de 2017, 087 del 1 de mayo de 2017, 092 del 1 de junio 2017, 148 del 1 de agosto de 2017, 164 del 1 de septiembre de 2017 y 180 del 1 de octubre de 2017, celebrados entre la ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Vale de Tenza y DIANA LISETH ROA MANRIQUE, así como todos sus actos modificatorios, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: NO CONDENAR EN COSTAS, por lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: Ejecutoriado este fallo y cumplidos sus ordenamientos, **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias que sean necesarias. Si existen remanentes devuélvanse a la parte que corresponda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



JAVIER LEONARDO LÓPEZ HIGUERA
Juez