

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 2

Tunja, 27 JUL 2020

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Jaime Enrique Gómez Cristancho
Demandado : E.S.E Santiago de Tunja
Expediente : 15001-33-33-008-2019-00104-01

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Arciniegas Triana

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el auto proferido en audiencia inicial del 29 de noviembre de 2019, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja mediante el cual declaró no probada la excepción de no comprender la demanda a todos los litis consortes necesarios.

I. ANTECEDENTES**1. La demanda**

El señor Jaime Enrique Gómez Cristancho, por intermedio de apoderado, concurre ante esta jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para que se declare la nulidad de la Resolución N° 014 del 11 de enero de 2019 mediante la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado un nombramiento provisional.

A título de restablecimiento pide se le reintegre en el mismo cargo y en las mismas condiciones laborales que tenía al momento del despido como empleado público de la entidad demandada.

Como sustento de sus pretensiones indica que mediante Resolución N° 284 del 17 de septiembre de 2008 se le nombró en provisionalidad como odontólogo de medio tiempo Código 214, Grado 58 de la planta de empleos de la E.S.E. Santiago de Tunja.

Dice que teniendo conocimiento de que la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantaba concurso de méritos para proveer cargos en la ESE Santiago de Tunja, el 8 de octubre de 2018 dirigió petición al representante legal de la empresa social con el fin de que se le respetaran los derechos laborales adquiridos como pre-pensionado conforme a lo dispuesto en la Ley 790 de 2002.

Refiere que acreditó ante el empleador el cumplimiento de la totalidad de tiempo de servicios para acceder a la pensión de jubilación, faltándole menos de 3 años para adquirir el derecho por la edad.

Sostiene que mediante Resolución N° 014 del 11 de enero de 2019 la demandada procede a designar en periodo de prueba a Jhovana Milena Guio Tamayo como odontóloga de medio tiempo Código 214, Grado 58 de la planta de empleos de la E.S.E. dejando sin efectos el nombramiento en provisionalidad del señor Gómez Crisanchó, sin tener en cuenta la condición de pre pensionado.

2. Trámite procesal

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Octavo Administrativo de Tunja, que por auto del 13 de junio de 2019 dispuso su admisión y ordenó la notificación a la demandada.

Por auto del 6 de noviembre de 2019 fijó fecha y hora para llevar a cabo audiencia inicial.

II. PROVIDENCIA APELADA

En el trámite de la audiencia inicial realizada el 29 de noviembre de 2019, la juez de instancia procedió a resolver las excepciones formuladas.

Indicó que de las excepciones propuestas por la vinculada en los numerales uno, tres y cuatro, y la segunda formulada por la ESE Santiago de Tunja, no se encuentran configuradas las mismas en tanto corresponden a mecanismos de defensa de cada parte.

Así mismo, despachó desfavorablemente la excepción de falta de legitimación en la causa por activa propuesta por la vinculada -Jhovana Milena Guio- en atención a que esta solo opera cuando se tiene certeza de su configuración, que de existir duda se declarará en la sentencia una vez se haya valorado y recaudado el material probatorio que defina su ocurrencia, y precisa que la legitimación en la causa de hecho se encuentra acreditada ya que el acto acusado definió la situación jurídica del demandante con la entidad al haber terminado el nombramiento en provisionalidad.

Finalmente, frente a la excepción propuesta por la demandada E.S.E. Santiago de Tunja en torno a vincular a la Comisión Nacional del Servicio Civil en calidad de **litis consorte necesario**, indicó que la noción procesal de parte no se identifica con el número de sujetos que intervienen en la actuación judicial sino por cada centro de imputación jurídica que surge de la relación procesal, los cuales son integrados por uno o más sujetos de derecho.

Dijo que en el presente caso, a la Comisión Nacional del Servicio Civil no le asiste un interés en el asunto y que cualquier decisión que se tome frente al caso no necesita de su comparecencia, pues la decisión no le generaría ningún beneficio o perjuicio, en tanto las pretensiones de la demanda están

encaminadas a declarar la nulidad del acto mediante el cual la demandada desvinculó al demandante, por lo que en el evento de prosperar las mismas, los únicos obligados con la ESE Hospital Santiago de Tunja y la vinculada, esta última por ser la nombrada en reemplazo del señor Jaime Gómez.

Entonces, al encontrar que el acto pretendido en nulidad fue proferido por la ESE, las únicas partes en conflicto son la entidad pública y el demandante, de ahí que declaró no probada la excepción de no comprender la demanda a todos los litis consortes necesarios.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El **apoderado de la parte demandada** inconforme con la decisión presentó el recurso de apelación al no haber sido declarada próspera la excepción denominada **falta de integración de litis consorcio necesario por pasiva**, el cual sustentó así:

Dice no compartir los argumentos del a quo, en el entendido que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante CNSC, por mandato legal es la entidad encargada de adelantar los procesos para proveer cargos de carrera, y que una vez las entidades del estado reportan las vacancias definitivas se surte el concurso para proveer los cargos y por ello esa entidad profiere el acto administrativo de lista de elegibles.

Adujo que, como consecuencia de ello, las entidades que ofertaron los cargos y participaron del concurso, están obligadas a cumplir ese mandato respecto del nombramiento de quienes resultaron elegidas.

Dice que si bien se demanda el acto administrativo por el cual se terminó el nombramiento provisional del demandante y se nombró en periodo de prueba a quien resultó elegida por ocupar el primer lugar, ello obedeció a un mandato

constitucional y legal al cual la entidad no se puede negar, no podía excluir a quien so pretexto tenía el derecho, pues quien lo puede excluir es la CNSC mas no la entidad que ofertó el cargo.

Refiere que la sentencia que se profiera afecta la decisión que en su momento tomó la CNSC cuando expidió el acto remitiendo la lista de elegibles, y que, en tal orden, es necesario que esa entidad comparezca al proceso toda vez que, si resulta afectado, por tanto, su vinculación es necesaria en la misma forma como se vinculó a quien resultó nombrado en periodo de prueba, pues ese nombramiento lo fue con ocasión de la decisión de la CNSC.

Por lo anterior, pide se revoque la decisión y se vincule a la CNSC.

Traslado del recurso

El **apoderado de la parte actora** adujo estar conforme con la decisión de la juez.

El **apoderado de la parte vinculada** al descorrer el traslado del recurso arguye estar de acuerdo con el recurso formulado y sostuvo que la parte actora no demandó la Resolución CNCS-2018-2110171155 del 5 de diciembre de 2018 mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer la vacante del cargo de odontólogo

Indicó que en los considerandos del acto administrativo atacado, Resolución 014 del 11 de enero de 2019, se menciona a la CNSC, por lo que no se debe desconocer esa relevancia jurídica más aun cuando el nombramiento del periodo de prueba y la terminación del provisional no es de todo un acto definitivo sino de trámite que se dio como consecuencia de la resolución que expidió la CNSCS, es decir, que no se trata de un consorcio facultativo o cuasi

necesario, sino que es una presencia necesaria de esa entidad en ese procedimiento.

Dice que el acto de nombramiento se dio como consecuencia de todo el proceso de concurso de méritos y del acto expedido por la CNSC, por lo que la actuación procesal hizo parte de los antecedentes del acto que se cuestiona.

Por su parte, **la a quo** al encontrar procede el recurso de apelación formulado, lo concedió en el efecto suspensivo.

IV. CONSIDERACIONES

1. Problema a resolver

En el presente caso la controversia gira en torno a determinar si hay lugar a confirmar la decisión de la juez de instancia en la cual negó la excepción denominada “*no comprender la demanda a todos los litis consortes necesarios*”, o si, por el contrario, le asiste razón al recurrente cuando indica que en el proceso debe comparecer la Comisión Nacional del Servicio Civil por ser la entidad que llevó a cabo el concurso de méritos que culminó con la expedición del acto enjuiciado.

2. Del recurso procedente y su trámite

Esta corporación es funcionalmente competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la decisión adoptada en audiencia del 29 de noviembre de 2019, como quiera que, acorde con lo dispuesto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el auto que “decide sobre las excepciones” es recurrible por vía del recurso de apelación.

AW

“Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: (...)”

6. Decisión de las excepciones previas. El juez o magistrado ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosas juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.

Si alguna de ellas prospera, el juez o magistrado ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello hubiere lugar. Igualmente lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso (...)” (Destacado por el Despacho)

Corolario de lo anterior, de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del artículo 243 del C.P.A.C.A., el Tribunal Administrativo de Boyacá es competente para resolver el recurso de apelación contra los autos susceptibles de este medio de impugnación, proferidos por los jueces administrativos en primera instancia.

3. Del litis consorcio necesario

Debe recordarse que el CPACA no regula explícitamente o el litis consorcio necesario, de manera que se acudirá a lo establecido en el Código General del Proceso. En tal sentido, el artículo 61 del C.G.P., frente a esta figura establece:

“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de

parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio".

En efecto, la Ley 1564 de 2012 desarrolla el trámite que se debe surtir para la conformación del litisconsorcio necesario; la regla general es que la demanda se formule por todas las partes y se dirija contra todas las partes, sin embargo, cuando esto no sucede, el juez de oficio ordenará el traslado y notificación del auto admisorio a quienes integren el contradictorio. Ahora, en caso de no conformarse en debida forma el contradictorio en la fase de admisión de la demanda, el juez de oficio o a petición de parte citará las personas que deban comparecer, siempre y cuando no se haya dictado sentencia en primera instancia.

Este procedimiento aplica cuando se proponga como una solicitud de parte o en cumplimiento del deber legal del juez, contenido en el artículo 42 numeral 5 del C.G.P, de conformar o integrar el litisconsorcio necesario, sin embargo, si se formula como excepción previa tal como lo dispone el artículo 100 numeral 9 del CGP: "No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios", debe indiscutiblemente resolverse en la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 del CPACA, en la fase de: "6. Decisión de excepciones previas", decisión susceptible de recurso de apelación¹.

La figura procesal del litisconsorcio tiene como finalidad esencial la debida integración del contradictorio en los procesos, atendiendo a criterios básicos de

¹ M.P, Fabio Iván Afanado, expediente No.: 2014-00251-01 2

economía procesal o de mérito para resolver la controversia, siendo su fundamento la necesidad de fallar de manera uniforme respecto de relaciones jurídicas de las que hacen parte personas a las cuales se les extenderá los efectos de la sentencia, de modo tal que sin su presencia no es posible decidir de fondo. Tradicionalmente se le clasifica en necesaria o facultativa y/o voluntaria, según la naturaleza de la relación o relaciones jurídicas discutidas en el proceso y a la divisibilidad de las obligaciones derivadas de esas relaciones.

Es relevante aclarar que el litisconsorte necesario no es considerado como un tercero interviniente sino como parte, que puede ser pasiva o activa dentro del proceso, máxime si el Capítulo X de la Ley 1437, artículos 223 al 225, que se encargó de reglamentar la intervención de terceros solo cataloga como tal a la coadyuvancia, el litisconsorcio facultativo e intervención ad excludendum y el llamamiento en garantía.

El Consejo de Estado² en relación con la figura del litis consorcio necesario se ha referido así:

“Sobre el litisconsorcio necesario, el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, dispone [...] De acuerdo con la anterior disposición, existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandante, litisconsorcio por activa, o demandado, litisconsorcio por pasiva, que están vinculados por una única relación jurídico sustancial. En este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia, dentro del litigio, de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste puede perjudicar o beneficiarlos a todos. La sentencia que decida la controversia ha de ser, en cuanto a su contenido, idéntica y uniforme para todos los litisconsortes, razón por la cual, si alguno de los sujetos de dicha relación jurídico material no se encuentra presente en el proceso, la conducta procesal que debe observar el juzgador que advierta oportunamente dicha anomalía, es la de proceder a integrar el contradictorio, previa citación del sujeto ausente, como condición para fallar de fondo el respectivo proceso en primera instancia”.

² Sección Cuarta, C.P. Carmen Teresa Ortiz, 29 de mayo de 2014, radicado 70001-23-31-000-2005-01422-01

Conforme a ello, debe tenerse en cuenta que esta figura procesal se caracteriza fundamentalmente por la existencia de una única relación jurídica, de ahí que al proferirse la sentencia tendrá que ser uniforme para todas las partes incluido el que forma parte como litis consorte.

Por otra parte, el tratadista de derecho procesal, Hernán Fabio López Blanco, recalca que *"el fundamento del litisconsorcio necesario hay que buscarlo fuera del derecho procesal, en el derecho material, aunque tenga su tratamiento en el primero. Tiene su causa en la naturaleza de la relación jurídico-sustantiva, la cual exige que sea declarada respecto a un determinado número de personas el derecho material que regula las concretas relaciones jurídicas unitarias e indivisibles"*³

4. El rol de la Comisión Nacional del Estado Civil

El artículo 130 de la Constitución Política de Colombia, señala que la Comisión Nacional del Servicio Civil *"es responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial"*.

Por su parte la Ley 909 de 2004, en su artículo 7°, señala la naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los siguientes términos:

"La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio

³ Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo I Parte General. Novena edición, 2005. Pág. 307.

Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad”. (Se subraya).

La Comisión Nacional del Servicio Civil tiene entonces la facultad permanente de **elaborar las convocatorias a concurso** para el desempeño de empleos públicos de carrera, así como la de **establecer los lineamientos generales con que se desarrollaran tales procesos de selección** para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la Ley 909 de 2004, decisión que corresponderá al nominador.

Así mismo, dichas competencias cobijan todos los cargos vacantes de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica dicha ley independientemente de si está provisto de manera provisional o en encargo.

En lo que tiene que ver con las funciones que ejerce la CNSC las mismas se encuentran discriminadas en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, respecto a la **administración de la carrera administrativa y aquellas referidas a la vigilancia** de las normas relacionadas con el ingreso, ascenso y retiro de la función pública respectivamente.

Y respecto a las **funciones de vigilancia** en la aplicación de las normas sobre carrera administrativa, se encuentra que: i) una vez publicadas las convocatorias a concursos podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar **acciones de verificación y control** de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada; ii) **conocer de las reclamaciones** sobre inscripciones en el Registro de Empleados Públicos, de los empleados de carrera administrativa; y, iii) velar por la aplicación correcta de los procedimientos de evaluación del desempeño de los empleados de carrera.

Respecto a la competencia asignada a la CNSC, la jurisprudencia ha señalado

que el Constituyente quiso crear un **órgano autónomo e independiente encargado de la función específica de administrar y vigilar los regímenes de carrera**, con el fin de que el sistema de concurso de méritos para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, para el ascenso dentro de los mismos y para el retiro del servicio, se lleve a cabo de manera transparente, idónea e imparcial, conforme con los postulados constitucionales y legales que regulan la material.

De manera que en relación con la convocatoria a los concursos públicos de méritos, el artículo 11 de la Ley 909 de 200 establece que la CNSC tiene de manera concreta las siguientes competencias: (i) **fixar** los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección (artículo 11-a); (ii) **acreditar** a las entidades que podrán realizar procesos de selección (artículo 11-b); **elaborar** las convocatorias a concurso, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la propia ley y el reglamento (artículo 11-c); (iv) **realizar y adelantar** los procesos de selección (concursos públicos de méritos) para el ingreso al empleo público (artículos 11-i y 30) y (v) determinar los costos de los concursos (artículo 30, inciso final).

En consecuencia, la CNSC es un órgano autónomo que en virtud del principio de coordinación y colaboración, administra y vigila la carrera, y por ende, es una autoridad administrativa autónoma e independiente que garantiza el cumplimiento de las normas de carrera administrativa y no tiene la facultad de nombramientos de ahí que las decisiones que toma son para efectos de señalar quien son los elegibles, acto que es independiente de aquel con el cual se genera el vínculo laboral.

4. Caso concreto

En el sub exámine, el señor Jaime Enrique Gómez Cristancho por intermedio de apoderado presenta demanda con pretensiones de nulidad y restablecimiento

del derecho para que declare la nulidad del acto mediante el cual se le desvinculó del cargo de odontólogo que desempeñaba en la E.S.E. Santiago de Tunja y a su vez se le reintegre al cargo, o, a uno de igual o superior categoría.

Como se anotó en precedencia, la característica esencial del litis consorcio necesario consiste en que la sentencia que se dicte, sea única para la pluralidad de sujetos que conforman la respectiva parte en el proceso, por eso debe existir unicidad en la relación sustancial materia del litigio.

En tal sentido, este despacho de la interpretación de los hechos materia del litigio, de las pruebas y de los argumentos del recurso que se desata, encuentra que las pretensiones van dirigidas a que se declare la nulidad del acto administrativo expedido por la ESE Santiago de Tunja con el consecuente reintegro del demandante a un cargo u empleo de igual o superior categoría, por lo que no encuentra aplicable la figura procesal dentro del sub judice, toda vez que no se configura la relación jurídico sustancial entre la demandada y la Comisión Nacional del Servicio Civil que permita resolver de manera uniforme la decisión que en derecho corresponda, habida cuenta que el señor Jaime Enrique Gómez fué un funcionario vinculado mediante nombramiento en provisionalidad y además porque el acto administrativo solo fue expedido por la entidad ESE Santiago de Tunja.

En tal orden, y como quiera que la CNSC es responsable de la administración y vigilancia de la carrera administrativa general y la carrera administrativa específica de orden legal, considera esta dependencia que al no ostentar el demandante derechos de carrera, no resulta necesario dentro del presente caso la integración de dicha entidad para que pueda resolverse de fondo la presente controversia.

Ahora, la CNSC realiza el concurso en virtud de la Ley 909 pero finalmente el que nombra es la entidad territorial, pues el papel de la Comisión llega hasta

conformar la lista y es la respectiva entidad quien procede a nombrar quedando en esta dicha responsabilidad.

Culminado el proceso de selección, la actuación de la comisión finaliza y nace la relación de trabajo con el acto administrativo que expide el nominador, pues el acto que expide la CNSC es autónomo e independiente de los expedidos con ocasión del nombramiento.

Vale reiterar que el constituyente creó la comisión y le encomendó la administración y vigilancia del régimen de carrera administrativa de los servidores públicos, y por disposición del legislador, se le encomendó la exclusiva supervisión de los sistemas de carrera específica, de ahí que su papel sea el de elaborar las convocatorias para concurso de méritos y adelantar el proceso de selección de los empleos adscritos a tal condición.

Por tanto, la competencia de la comisión es la de conocer y tramitar o decidir las reclamaciones presentadas con ocasión del trámite de escogencia, mas no actuar en el marco de los nombramientos de quienes resultan elegidos, pues esta decisión ya es única y exclusiva del nominador en lo cual la CNSC no tiene ingerencia alguna.

Téngase en cuenta que los derechos de carrera administrativa se adquieren exclusivamente cuando se ha superado el concurso de méritos y el vínculo empieza con el acto de nombramiento y termina con el acto de desvinculación, de ahí que en el presente caso, a la Comisión Nacional del Servicio Civil no le asiste un interés en el asunto debido a que las pretensiones de la demanda están encaminadas a declarar la nulidad del acto mediante el cual la demandada desvinculó al demandante, de ahí que la única obligada y que debe comparecer al proceso es la ESE Hospital Santiago de Tunja y la vinculada.

De manera que, hay lugar a confirmar la decisión del Juzgado Octavo Administrativo de Tunja proferida en la audiencia inicial del 29 de noviembre de 2019 en la cual se negó la excepción de conformación del litisconsorcio necesario con la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Por lo anteriormente expuesto, el Despacho N° 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

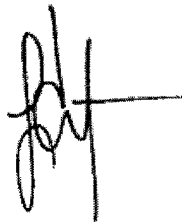
RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la decisión proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja en audiencia inicial del 29 de noviembre de 2019, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO. Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Notifíquese y cúmplase



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado