



Rama Judicial

República de Colombia

## **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO**

Ibagué, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandantes: José Mesías González González  
Demandados: Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. y Comisión Nacional del Servicio Civil.  
Vinculado: Oscar Johny Torres Henao  
Radicación: 73001-33-33-003-2019-00283-00

### **ASUNTO**

Procede este Juzgado a emitir sentencia anticipada, de conformidad con lo dispuesto en los literales a y c del numeral 1 del artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y restablecimiento del Derecho promovido por José Mesías González González en contra del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. y la Comisión Nacional del Servicio Civil, con la vinculación del señor Oscar Johny Torres Henao.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. PRETENSIONES**

- 1.1.** Se declare la nulidad de la Resolución No. 0290 del 21 de enero de 2019, por medio de la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se declara insubsistente un nombramiento en provisionalidad.
- 1.2.** Se declare la nulidad de la Resolución No. 20182110173945 del 05/12/2018, por el cual se conformó las listas de elegibles para proveer los empleos de carrera del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. de Ibagué.
- 1.3.** A título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a reintegrar al señor José Mesías González González al cargo de Secretario, Código 440, Grado 11, o a otro igual o de superior categoría y enumeración; que como consecuencia de lo anterior se ordene pagar al demandante, debidamente indexados los salarios, prestaciones sociales legales, bonificaciones, aportes al sistema de seguridad social integral y demás emolumentos o créditos laborales dejados de percibir desde el día en que fue desvinculado del cargo en mención y hasta que sea efectivamente reintegrado; así mismo, que se declare que para todos los efectos legales no se presentó solución de continuidad.
- 1.4.** Se condene a las entidades demandadas a que sobre las sumas adeudadas al demandante, se paguen las necesarias para hacer los ajustes de valor de dichas sumas, conforme al I.P.C., tal como lo autoriza el párrafo final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011; se ordene dar aplicación a los artículos 192 y 195 del CPACA, y se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas.

## 2. HECHOS

- 2.1. José Mesías González González fue vinculado al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. de Ibagué mediante nombramiento que se hiciera a través de la Resolución No. 0504 del 26 de marzo de 1979, tomando posesión a partir del 1° de abril del mismo año; vinculación laboral que se extendió hasta el 31 de enero de 2019, desempeñando en aquel momento el cargo de Secretario, Código 440, Grado 11, siéndole comunicada su insubsistencia a partir del 1° de febrero de 2019 mediante oficio 1206-GTH del 31 de enero de 2019.
- 2.2. Mediante los Acuerdos Nos. CNSC-20161000001276 del 28 de julio de 2016 y el Acuerdo No. CNSC-20161000001416 de 2016, expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se realizó la convocatoria No. 426 de 2016, concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de las ESE's, dentro de estas el Hospital Federico Lleras Acosta.
- 2.3. Por medio de la Resolución No. CNSC-20182110173945 del 5 de diciembre de 2018, se conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer las vacantes del empleo de carrera identificados con los códigos OPEC, entre ellos el denominado Secretario, Código 440, Grado 11, del Sistema General de Carrera de la ESE.
- 2.4. En el marco de la Convocatoria No. 426 de 2016, su desarrollo, su ejecución, sus etapas y hasta el final de su proceso, el cual terminó con la elaboración de la lista de elegibles y la desvinculación de José Mesías González González, se violentaron claros derechos laborales, mínimos e irrenunciables.

## 3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señala que con la expedición de los actos administrativos acusados se vulneran los artículos 1, 2, 4, 25, 48, 53, 123-2, 209 y 243 de la Constitución Política; la Ley 909 de 2004, la Ley 10 de 1990 y el Decreto 1399 de 1990, dividiendo su concepto de violación en dos: un concepto de violación constitucional y un concepto de violación legal, formulando en este último el cargo de desviación de poder.

Frente a lo que denominó **concepto de violación constitucional** señaló:

Las demandadas desconocen el preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución Política, pues los actos acusados vulneran el Estado Social de Derecho y sus fines esenciales, ya que al actor se le excluyó abruptamente de la actividad laboral perjudicándolo desde el punto de vista económico, cultural, social, recreativo etc., afectando además a la comunidad en general que se beneficiaba con sus servicios asistenciales tras la desvinculación ilegal e injusta de la que fue objeto.

Así mismo, estima que al tenor literal del artículo 4 constitucional, todas las leyes y normas jurídicas que se expidan deben estar sujetas a la jerarquía de la Carta Política. Por consiguiente, cualquier precepto que la contravenga resultaría afectado por la inaplicabilidad de su contenido; en ese orden de ideas, se transgrede el artículo 4 de la Constitución por falta de aplicación, en la medida que se desvinculó al señor José Mesías González González de su cargo sin las previsiones legales, pasando por alto particularidades de la Convocatoria No. 426, resultando irregular e injusta a la luz del Derecho los actos demandados.

Expone que también se desconoció el artículo 25 de la Constitución, ya que el trabajo es un derecho y una obligación social que goza de especial protección por parte del Estado; circunstancia esta no observada, pues al señor José Mesías González González se le excluyó abruptamente y con desconocimiento de claros derechos, dejándolo en el total abandono a él y a su grupo familia.

Se desconoce también el artículo 29 de la Constitución Nacional, especialmente el derecho al debido proceso, pues en ningún momento el acto acusado fue debidamente entregado, comunicado, ni notificado al señor José Mesías González, resultando un acto administrativo arropado de aparente legalidad, que desborda el marco institucional y no se ajusta a los procedimientos legales previamente establecidos en las normas.

Frente al artículo 53 constitucional, señala que su último párrafo establece que *“La Ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”*, concluyendo que con la expedición del acto administrativo demandado se menoscabó los derechos que la Constitución Nacional le brinda al demandante, y le restó acceso a una mejor calidad de vida, al ser desestimados totalmente sus principios mínimos laborales.

En lo que atañe al artículo 123 constitucional, indica que la E.S.E. demandada infringió directamente el artículo anteriormente descrito, por cuanto el Estado, a través de su aparato, debe mantener a los servidores públicos para ejercer a cabalidad las funciones públicas para la cual fue creada, con el aditamento de que no pueden ser desvinculados con premuras injustificadas.

Respecto al artículo 209 de la Constitución Política, arguye que la función administrativa es de interés general y al cercenarse la posibilidad del demandante de ejercer dicha función administrativa, implícitamente se desconoció dicha norma restándole funcionalidad al ente asistencial, menguando igualmente la actividad que debe desarrollar al servicio de la comunidad, teniendo en cuenta además que el cargo desempeñado por el demandante José Mesías González González, es de aquellos en los que se atiende un servicio público esencial del que se beneficia toda la comunidad.

Por último, estima que se desconoció lo reglado en el artículo 243 constitucional, al inaplicar lo que denomina el precedente judicial de la sentencia T-485 de 2006 y C-241 de 2014 que protegen *“a los trabajadores del sector salud de no ser despedidos tras su forma o vinculación al subsector salud”*.

De otra parte, frente a lo que denominó **concepto de violación legal**, formuló el **cargo de desviación de poder**, aduciendo la vulneración del inciso primero del artículo 3, así como los incisos primero y tercero del artículo 4 del Decreto 1399 de 1990, procediendo a citar la totalidad de tales artículos.

Aduce que antes de proceder a convocar a concurso de carrera administrativa los cargos ubicados en las Empresas Sociales del Estado, se debía realizar un estudio pormenorizado sobre la naturaleza constitucional de los cargos en el sector salud, para no convocar a concurso cargos que venían de ser el resultado histórico de actividades propias de trabajadores oficiales, por el respeto al tipo de vinculación que ostentaron tales servidores públicos, por estar protegido su tipo de vínculo laboral en el proceso de descentralización y reorganización del sector salud, con ocasión de la implementación de la Ley 100 de 1990.

Añade que la Comisión Nacional del Servicio Civil desconoció el precedente judicial contenido en la sentencia C-241 de 2014, que estudió la constitucionalidad del

inciso primero del artículo 3, así como los incisos primero y tercero del artículo 4 del Decreto 1399 de 1990.

#### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

##### **4.1. Comisión Nacional del Servicio Civil**

Mediante apoderado judicial la institución demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por considerar que el acto administrativo se encuentra ajustado a derecho y fue expedido con las formalidades legales y de conformidad con la normatividad jurídica existente.

Afirma que las declaraciones y condenas deprecadas por el demandante, carecen de sustento jurídico y respaldo probatorio, redundando indefectiblemente en ausencia de vicio o concepto de violación respecto de algún acto administrativo emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que no es posible vincular su actuar en consideración al presunto concepto de violación.

Arguye que la audiencia de conciliación prejudicial debió haberse promovido con anticipación a la preclusión del término para incoar el medio de control aludido, empero el demandante solicitó la conciliación hasta el 30 de mayo del año 2019, cuando ya habían transcurrido más de los 4 meses exigidos para el efecto, contados desde la fecha de ejecutoria de los actos emitidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil respecto a la Convocatoria 426 de 2018, y particularmente los contentivos de las respectivas listas de elegibles que se citan en el libelo genitor, esto es, la Resolución CNSC No. 20182110173945 del 5 de diciembre de 2018 y la Resolución CNSC N°20182110171395 del 5 de diciembre de 2018, concluyendo que en el caso *sub examine* ya operó la preclusión de la oportunidad para accionar, aunado al hecho de que con los actos administrativos emitidos por el nominador, se cumplió con la obligación de realizar el nombramiento en periodo de prueba de los elegibles en estricto orden de méritos.

Como excepciones previas formula las denominadas “ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales”, teniendo en cuenta los argumentos antes esbozados; y “no haberse ordenado la citación de otras personas que la Ley dispone citar”, al no vincularse al proceso a quien ocupa el cargo en propiedad.

Propone también la excepción de caducidad, al indicar que la Resolución CNSC No. 20182110173945 del 5 de diciembre de 2018 y la Resolución CNSC N°20182110171395 de la misma fecha, s fueron emitidos a los siete -7- días del mes de Diciembre del año 2018 por la CNSC, estando probada, la fecha de radicación de la solicitud de conciliación para agotar requisito de procedibilidad por parte del demandante (Mayo treinta -30- de 2019 según constancia anexa en el libelo genitor expedida por el Procurador delegado para el efecto), sin perjuicio de la fecha de radicación efectiva de la demanda (Agosto primero -1- del año 2019), todas las cuales dejan en ostensible evidencia, la verificación del término de caducidad del medio de control propuesto.

Igualmente, plantea la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, aduciendo que no existe ni se puede forzar la razón para imponer un nexo causal, entre las actuaciones demandadas, y la generalidad de actuaciones surtidas a posteriori respecto de lo actuado por la CNSC, y por ende, sin que pueda dilucidarse vicio alguno imputable a los actos emitidos por esta, puesto que la CNSC, solo se limitó a cumplir con sus propias competencias, sin resultar posible para esta, interferir en las competencias de los nominadores, sin perjuicio de la obligación que

les asiste a aquellos, de acoger y cumplir las decisiones ínsitas en los actos administrativos definitivos derivados de los concursos de méritos.

Como excepción de mérito, plantea la denominada “estricta legalidad de los actos administrativos emitidos por la CNSC”.

#### **4.2. Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E.**

Mediante apoderado judicial la entidad se opuso a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que el acto administrativo se encuentra ajustado a Derecho y fue expedido con las formalidades legales y de conformidad con la normatividad jurídica existente.

Afirma que de conformidad con lo establecido en el artículo 125 constitucional, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera, se deben suplir mediante el sistema de mérito, siendo considerado este como un instrumento óptimo para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos, el cual constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución

Señala que de conformidad con lo reglado en los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, así como con lo establecido en el artículo 2.2.5.3.3 del Decreto 1083 de 2015, un empleador tiene la facultad legal para proveer transitoriamente sus empleos de carrera que se encuentran en vacancia definitiva o temporal, a través del encargo y excepcionalmente mediante nombramiento en provisionalidad, e igualmente tiene la responsabilidad de realizar el concurso de méritos para proveer de manera definitiva los cargos que hacen parte de la Oferta Pública de Empleos – OPEC.

Refiere que, si bien, la parte actora alega la presunta vulneración de normas constitucionales y legales, el concepto de violación alegado incluye disposiciones que no tienen relación con el caso bajo estudio, tratando de asimilar su situación a la de los empleados oficiales y trabajadores del sector salud que tuvieron las calidades de trabajador cedido proveniente de un entidad suprimida, reorganizada, liquidada o con cambio de adscripción a otro nivel administrativo; por lo que los beneficios allí contemplados le era aplicables exclusivamente a contratos vigentes durante el proceso de liquidación, supresión o cesión del sector salud, de conformidad con lo establecido en la Ley 10 de 1990, situación que no es aplicable en el caso *sub examine*, como quiera que el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. no ha optado por alguno de estos proceso.

De acuerdo con lo señalado, formula las excepciones de ***Legalidad de los actos atacados, Inexistencia de las causales de nulidad del acto administrativo y Respeto del sistema de carrera administrativa como pilar fundamental del Estado***, señalado que el concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público cuya finalidad es identificar destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con un fin específico, esto es, determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma.

Señala que, por consiguiente, adelantado el concurso de méritos, salvo que se declare desierto el proceso, es obligación del nominador proceder a nombrar en periodo de prueba a las personas que hayan superado satisfactoriamente el concurso de méritos y en consecuencia desvincular a la persona que transitoriamente haya ocupado el cargo, situación que siempre le fue informada al señor José Mesías González González, tal como se puede apreciar en las

resoluciones con las que se hizo el nombramiento en provisionalidad y las posteriores prórrogas.

Concluye que el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil, adelantó el concurso de méritos, el cual fue público y se adelantó conforme a las etapas regladas para tal fin; concurso del cual se desprende la expedición de los actos administrativos que dieron lugar a la conformación y adopción de la lista de elegibles, actos que deben ser acatados por el nominador y conforme a ello proceder a nombrar a quienes en estricto orden de méritos superaron el concurso; no obstante, dada la estabilidad laboral relativa de que gozan los empleados nombrados transitoriamente en provisionalidad, se cumplieron con los presupuestos para dar por terminado el nombramiento, de conformidad con lo señalado por Corte Constitucional en Sentencia SU 917 de 2010.

#### **4.3. Oscar Johny Torres Henao – Vinculado**

Guardó silencio, conforme lo señalado en la constancia secretarial del 9 de septiembre de 2021 (B5. 2019-00283 CONSTANCIA SECRETARIAL VENCE TRASLADO PARA CONTESTAR AL VINCULADO).

### **5. TRÁMITE PROCESAL**

La demanda fue presentada el 31 de julio de 2019 (pág. 3 archivo "A1. 73001333300320190028300 CUADERNO PRINCIPAL.pdf"), siendo inadmitida mediante auto del 16 de septiembre de 2019; una vez presentada la subsanación de la demanda, previo a estudiar la admisión de la demanda, mediante auto del 12 de noviembre de 2019 se ordenó oficiar a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que allegara al proceso copia de la Resolución No. 20182110173945 del 5 de diciembre de 2018, así como las constancias de publicación, comunicación, notificación o ejecución según sea el caso (pág. 67 archivo "A1. 73001333300320190028300 CUADERNO PRINCIPAL.pdf"); finalmente, por auto del 20 de enero de 2020 fue admitida por este despacho a través de auto fechado 6 de agosto de 2019, disponiendo lo de Ley (pág. 81-82 pág. 3 archivo "A1. 73001333300320190028300 CUADERNO PRINCIPAL.pdf"); por auto del 6 de mayo de 2021 se ordenó la vinculación del señor Oscar Johny Torres Henao al presente medio de control, por ser la persona que ocupa en carrera el cargo objeto de la presente litis (B1. 2019-00283 AUTO VINCULA A TERCERO.pdf).

Vencido el término para contestar la demanda, mediante auto del 14 de octubre de 2021 se dispuso dar aplicación artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 y dictar sentencia anticipada en el presente asunto por cuanto se enmarcan en las causales establecidas en los literales a) y b) del numeral 1º de la citada norma, para lo cual se otorgó la posibilidad de presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes, conforme lo dispone el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (B6. 2019-00283 AUTO CORRE TRASLADO PARA ALEGAR.pdf), derecho del cual hizo uso en termino el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., tal como se observa en la constancia secretarial del 3 de noviembre de 2021 (B9. 2019-00283 CONSTANCIA SECRETARIAL VENCE TERMINO PARA ALEGATOS.pdf).

### **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **6.1. Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. y vinculado** (B8. 2019-00283 ALEGATOS HOSPITAL FEDERICO LLERAS.pdf)

La apoderada de la entidad Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. presentó alegatos de conclusión, tal y como se evidencia en constancia secretarial obrante

en el archivo *B9. 2019-00283 CONSTANCIA SECRETARIAL VENGE TERMINO PARA ALEGATOS.pdf* del expediente electrónico, reiterando los argumentos expuestos en su intervención inicial y refiriendo que las pruebas practicadas determinaban la negativa de las pretensiones.

## II. CONSIDERACIONES

Surtido el trámite pertinente, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia.

### 1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 2º *ibidem*.

### 2. PROBLEMA JURÍDICO

Se deberá determinar en el primer problema jurídico si el acto administrativo por medio del cual la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la lista de elegibles para proveer los cargos de carrera administrativa en el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. se encuentra viciado de nulidad.

El segundo problema jurídico consiste en establecer si el acto administrativo proferido por el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. mediante el cual se dispuso el retiro del servicio del demandante y que se fundó en el nombramiento de la persona que superó el concurso de méritos abierto por la entidad a través de la convocatoria No. 426 de 2016, se encuentra ajustado a la legalidad, o si por el contrario, no podía realizarse la desvinculación del demandante al ser trabajador oficial.

### 3. MARCO JURÍDICO

#### 3.1. *Régimen jurídico de la Carrera Administrativa.*

El artículo 125 de la Constitución Política, dispone:

*“Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.*

Del artículo previamente transcrito, es dable afirmar que los empleos públicos por regla general son de carrera administrativa, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, lo trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.

Con la expedición de la **Ley 909 de 2004**, se reguló el sistema del empleo público, cuyo ámbito de aplicación quedó establecido en su **artículo 3º**, precisando que sus disposiciones serían aplicables, entre otros, a los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados.

Respecto de la carrera administrativa, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, establece:

**"Artículo 27. Carrera Administrativa.** *La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna".*

Por su parte, el artículo 25 de la cita normatividad, establece que cuando existe una separación temporal del cargo del empleado de carrera, el mismo será provisto en forma provisional, *"sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera".*

Más adelante en el párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en lo que concierne al retiro de los funcionarios que prestan sus servicios en cargos de carrera administrativa consagró:

**"Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado"** (negritas fuera del texto).

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005, por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004, en el párrafo transitorio de su artículo 8, respecto de los empleos temporales y provisionales dispuso que *"Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004"*, el cual no podía exceder el término de 6 meses, tiempo dentro del cual, se debía convocar a concurso de méritos, aclarando que el nombramiento en provisionalidad solo procede excepcionalmente cuando no sea posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente.

A más de lo anterior, en su artículo 10 el citado Decreto 1227 de 2015 dispuso:

**"Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados."** (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Finalmente, mediante el Decreto 3820 de 2005 se modificó el párrafo transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2004, autorizando que la prórroga tanto del encargo como del nombramiento provisional, se prolongaría hasta la superación de las circunstancias que las originaron, previa autorización de la Comisión del Servicio Civil.

### **3.2. De la forma de vinculación a través del nombramiento en Provisionalidad.**

Bajo la normatividad imperante a la que se ha hecho alusión en el acápite anterior, existen formas a través de las cuales se puede acceder al empleo público, los cuales comprenden: **i)** aquellos cargos que tienen el carácter de libre nombramiento y remoción que se proveen a través de nombramiento ordinario discrecional; **ii)** mediante nombramiento en periodo de prueba, por seis (6) meses, a través del cual se proveen los empleos del sistema de carrera de las entidades públicas del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados, mediante procesos de selección a través de concursos de méritos, teniéndose en cuenta que lo que se pretende es vincular al personal con mejores aptitudes, experiencia y conocimientos; **3.** mediante **Nombramiento provisional discrecional**, el cual está visto como mecanismo excepcional que solo procede por especiales razones del servicio, mientras se surte el proceso de selección respectivo; **4.** a través del nombramiento en ascenso previa realización de concurso de ascenso; y **5.** mediante la figura del Encargo que se hace a una persona inscrita en Carrera Administrativa para proveer de manera transitoria un empleo de Carrera mientras se surte el concurso respectivo.

Así pues, y para el asunto *sub judice*, la figura del **nombramiento provisional discrecional**, se encuentra reglada por el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, norma vigente aplicable para la época de los hechos y cual al tenor literal señala:

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

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

*(NOTA: El texto subrayado fue declarado NULO mediante fallo del Consejo de Estado 9336 de 2012.)*

***Parágrafo transitorio.** Modificado por el Decreto Nacional 3820 de 2005, Modificado por el art. 1, Decreto Distrital 1937 de 2007, Modificado por el Decreto Distrital 4968 de 2007. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.*

*(...)*

***Artículo 10.** Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.”*

El parágrafo transitorio del art. 8 arriba indicado, fue modificado a su vez, por el Decreto 4968 de 2007, cuyo texto indica:

*“Artículo 1. Modifícase el parágrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1° de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007, el cual quedará así:*

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

*El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.*

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera, tales como vacaciones, licencias, comisiones, encargos o suspensión en el ejercicio del cargo. Tampoco se requerirá de autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso por parte del citado organismo.

En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado.

**(NOTA: El texto subrayado fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto 2566 de 2014.)**

### **3.3. De la terminación del nombramiento en provisionalidad – causas o causales.**

Decantado lo anterior y respecto de la terminación del nombramiento en provisionalidad, como situación administrativa y como modalidad de provisión temporal de los empleos públicos, es del caso remitirnos a la norma antes citada aplicable al asunto, esto es, el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, que en su tenor literal dispone:

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

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

**NOTA: El texto subrayado fue declarado NULO mediante fallo del Consejo de Estado 9336 de 2012.**

**Parágrafo transitorio.** Modificado por el Decreto Nacional 3820 de 2005, Modificado por el art. 1, Decreto Distrital 1937 de 2007, Modificado por el Decreto Distrital 4968

de 2007. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada. (...)

Conforme lo anterior, se concluye al tenor legal, que la figura del nombramiento en provisionalidad de los cargos de carrera, tendrá una duración de hasta 6 meses improrrogables, término dentro del cual se deberá abrir a concurso el respectivo cargo. Empero, ello no significa que solo exista esta modalidad de terminación del nombramiento en provisionalidad, pues, conforme lo reglado en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, ampliamente analizado por la Corte Constitucional y respaldado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, antes de cumplirse el plazo previsto, dicha “situación administrativa” puede darse por terminada mediante decisión motivada de manera clara, concreta y suficiente que se funde en causales objetivas para dar por terminado el nombramiento provisional.

Visto de esta manera y como ha sido sostenido por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa y en tal sentido, para que un funcionario nombrado mediante esta modalidad pueda ser despedido debe mediar una justa causa fundamentada en **(i)** la calificación de desempeño o **(ii)** la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio, que justifique el retiro **(iii)** la comisión de faltas disciplinarias, y **(iv)** la provisión del cargo por concurso de méritos.

Tal postura viene siendo decantada por el máximo órgano constitucional desde 1998, que en sentencia de unificación SU-250 proferida el 26 de mayo de dicha anualidad, en caso similar pero referente a la declaratoria de insubsistencia de notario en provisionalidad, adujo:

*“El cargo de Notario, sea de carrera, en propiedad o en interinidad, no está expresamente señalado dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción; y no puede estar porque la función notarial es eminentemente técnica y esta circunstancia es la antítesis del libre nombramiento y remoción. Además, el Notario, aún el interino, no puede quedar al vaivén de los intereses politizados o personales del nominador.*

***El Notario designado, así sea en interinidad, goza de una expectativa, solo podrá ser desvinculado, si no cumple con sus deberes y cuando la designación se haga por concurso. Una de las razones que justifican la anterior afirmación, está contenida en la figura de la confianza legítima, íntimamente ligada al principio de la buena fe.***  
(...)

*Esa confianza legítima, derivada de la buena fe, es un mecanismo válido para evitar el abuso del derecho.*  
(...)

***Es decir, hay que enfatizar que solo por concurso o por incumplimiento del deber se altera la permanencia de un Notario que desempeñaba sus funciones en interinidad. Lo contrario, desvincularlo sin estas razones, iría en contra de la buena fe y de la confianza legítima.***

*Pero, no se puede ir al otro extremo de considerar que automáticamente todos los Notarios son inamovibles...”*

(...)

Respecto a todos los Notarios interinos, bien sea que hayan sido nombrados antes o después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente: **como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación;** además, la permanencia de Notario parte del presupuesto de que si cumple con sus deberes tiene un grado de confianza que le permite no ser retirado del servicio. Por supuesto que, una vez hecho el concurso, se procederá a nombrar a quien lo gane.

El interés general al cual ha venido haciendo mención este fallo, es un principio fundante (art. 1º C.P.) y es también principio de la función pública (art. 209 C.P.) por eso, cuando se afecte ese interés general puede haber retiro del interino; y esa afectación del interés general debe expresarse en la motivación del acto administrativo. Este es el alcance de la permanencia para los interinos mientras se hacen los nombramientos en propiedad previo el concurso ordenado por el artículo 131 C.P.

(...)

Según se explicó anteriormente, **necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción;** salvo los empleados que tienen el estatuto de libre nombramiento y remoción.

Ya se dijo que los Notarios en interinidad no se pueden calificar como de libre nombramiento y remoción. (...) Hoy el nombramiento de Notario debe hacerse en propiedad mediante concurso (...).

**El hecho de ser interino (que no es igual a libre nombramiento y remoción) no implica autorización para la no motivación del decreto que los retire.** Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro ya señalado de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro.

La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso-administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia (artículo 299).

**Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un (sic) indefensión constitucional.** El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio *audiatur et altera pars*, ya que, de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis". (Resaltado fuera de texto)

Tal lineamiento constitucional no se limitó a los notarios en interinidad o provisionalidad, siendo este un régimen especial de carrera administrativa, sino que es de aplicación general para todos aquellos funcionarios del Estado cuya vinculación o nombramiento se da en provisionalidad, y así lo dejo ver la Corte Constitucional en posteriores pronunciamientos, tales como en las sentencias T-800 del 14 de diciembre de 1998, T-147 del 18 de marzo de 2013, y T-326 del 3 de junio de 2014, por nombrar solo algunas. Adicionalmente se puede observar en estas

providencias, que la Corte Constitucional desarrolló una tesis sumamente relevante al afirmar de forma reiterada que *“el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa (...), no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción”* sentándose así las bases de la figura de la estabilidad laboral relativa para este tipo de funcionarios.

#### 4. HECHOS PROBADOS

De acuerdo con los medios de prueba válidos y oportunamente aportados al proceso, el Despacho encuentra acreditados los siguientes hechos relevantes para la decisión del caso objeto de estudio:

- Según consta en la certificación laboral del 31 de mayo de 2019, el señor José Mesías González González laboró en el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. de Ibagué desde el 1° de abril de 1979 y hasta el 31 de enero de 2019, mediante nombramiento en provisionalidad en el cargo de Secretario Código 440 Grado 11, (pág. 29 archivo “A1. 73001333300320190028300 CUADERNO PRINCIPAL.pdf”).
- Mediante Resolución 0504 del 26 de marzo de 1979, se nombró en provisionalidad al señor José Mesías González González en el cargo de mensajero del Hospital Regional Federico Lleras Acosta, tomando posesión el 1° de abril de 1979, según consta en acta de posesión No. 0114 (pág. 34-35 archivo “A1. 73001333300320190028300 CUADERNO PRINCIPAL.pdf”).
- Mediante Contrato Individual de Trabajo a término indefinido No. 0033 del 2 de abril de 1998, se contrató al señor José Mesías González González para desempeñar el cargo de Secretario del Hospital Regional Federico Lleras Acosta E.S.E. (pág. 36-37 archivo “A1. 73001333300320190028300 CUADERNO PRINCIPAL.pdf”).
- Mediante Resolución No. CNSC – 2016000001276 del 28 de julio de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a *“...Concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa de las Empresas Sociales del Estado objeto de la presente Convocatoria “Convocatoria No. 426 de 2016. – Primera Convocatoria E.S.E.”* (pág. 47-81 archivo “A1. 73001333300320190028300 CUADERNO PRINCIPAL.pdf”).
- A través de oficio No. 2015EE1799 del 15 de julio de 2015, la Comisión Nacional de Servicio Civil, solicitó al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E información sobre la planta de personal para convocatoria (pág. 106-110 archivo “A1. 73001333300320190028300 CUADERNO PRINCIPAL.pdf”).
- Mediante Acuerdo No. CNSC – 2016000001416 del 30 de septiembre de 2016 la Comisión Nacional del Servicio Civil *“...modifica y adiciona parcialmente el Acuerdo No. 2016000001276 del 28 de julio de 2016...”* (pág. 82-101 archivo “A1. 73001333300320190028300 CUADERNO PRINCIPAL.pdf”).
- Mediante Acuerdo No. CNSC – 20182110171395 del 5 de diciembre de 2018 la Comisión Nacional del Servicio Civil conformó y adaptó *“...Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 30655, de nominado Secretario, Código 440, Grado 11, del Sistema General de Carrera de la E.S.E. Hospital Federico Lleras Acosta, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016. – Primera Convocatoria E.S.E.”* (pág. 102-104 archivo “A1. 73001333300320190028300 CUADERNO PRINCIPAL.pdf”).

- Mediante Resolución No. 0290 del 21 de enero de 2019 proferido por la Agente Especial Interventora del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., se efectuó el nombramiento en periodo de prueba por seis (6) meses al señor Oscar Jhony Torres Henao en el cargo de Secretario Código 440 Grado 11 de la planta global del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., y como consecuencia de lo anterior fue declarado insubsistente el nombramiento en provisionalidad del señor José Mesías González González; decisión que le fue comunicada al hoy demandante mediante oficio 1206-GTH del 31 de enero de 2019, con efectos a partir del 1° de febrero de 2019 (pág. 30-33 archivo "A1. 73001333300320190028300 CUADERNO PRINCIPAL.pdf").

## 5. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

Desciende el Despacho a analizar el caso *sub examine*, y resaltando que tal como se viere en el acápite normativo y jurisprudencial, de vieja data la Corte Constitucional y de manera un poco más reciente el Consejo de Estado, han decantado que aquellos funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa, motivo por el cual su forma de desvinculación no puede ser equiparada a aquellos funcionarios que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción en los que impera la discrecionalidad del nominador; en tal sentido, para que un funcionario nombrado mediante esta modalidad pueda ser retirado del servicio debe motivarse debidamente el acto administrativo que así lo determine, en el cual debe mediar una justa causa fundamentada, ya sea en **(i)** la calificación de desempeño, **(ii)** la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio, que justifique el retiro, **(iii)** la comisión de faltas disciplinarias, y, o **(iv) la provisión del cargo por concurso de méritos.**

A su vez, se ha establecido jurisprudencialmente que sumado a la estabilidad laboral relativa de la que gozan las personas nombradas en provisionalidad en cargos de carrera, existe una estabilidad laboral reforzada, que no indefinida, la cual cobija a aquellos servidores públicos que, estando igualmente en provisionalidad, son sujetos de especial protección constitucional al demostrar que son **i)** madres o padres cabeza de familia; **ii)** son personas próximas a pensionarse, entiéndase a quienes les faltaren tres años o menos para cumplir el requisito del tiempo de servicio para obtener la respectiva pensión; y **iii)** están en situación de discapacidad o debilidad manifiesta por causa de una enfermedad.

Adentrándonos al caso concreto, se arguyen los conceptos de violación constitucional y legal, endilgando el **cargo de desviación de poder** en la expedición de los actos administrativos acusados, indicando que el demandante José Mesías González González se había vinculado al cargo de Secretario mediante contrato de trabajo, es decir y según entiende, que tenía la condición de trabajadora oficial y que por tanto el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E y la Comisión Nacional de Servicio Civil, en principio no debió haber ofertado el cargo que este desempeñaba, esto es, secretario Código 440 Grado 11, por lo que considera se configuró el cargo de nulidad de desviación de poder.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección A, en sentencia del 26 de julio de 2009, dentro del expediente 25000-23-25-000-2001-12161-01(0794-07), precisa que el vicio de **desviación de poder** se configura cuando el autor del acto persigue unos fines diferentes a los autorizados por la norma. Así lo ha explicado nuestro máximo Órgano de Cierre:

*“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (art. 2o. de la Constitución Política y el art. 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.*

*Como lo tiene establecido el Consejo de Estado, quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción; ciertamente, esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar.*

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

Analizado el acervo probatorio en su totalidad, encuentra el despacho que el demandante laboró para la entidad accionada en dos cargos, esto es, mensajero, a través de vinculación legal y reglamentaria por nombramiento efectuado de forma provisional mediante Resolución 0504 del 26 de marzo de 1979 y tomando posesión de este en la forma prevista en la norma.

Ahora bien, también es cierto que el señor José Mesías González González para el año 1998 suscribió un contrato de trabajo para ocupar el cargo de secretario, y así se observa en el documento obrante a páginas 36-37 del archivo “A1. 73001333300320190028300 CUADERNO PRINCIPAL.pdf”; es decir, que en principio podría decirse que el accionante tenía la calidad de trabajador oficial por el tipo de vinculación, se itera, contrato de trabajo.

Sobre la clasificación o distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales, el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, en sentencia proferida el 16 de julio de 2015 dentro del Radicado 68001-23-31-000-2004-02762-01(1960-11), al pronunciarse frente a la naturaleza de los empleos de trabajadores oficiales señaló:

*Los trabajadores oficiales hacen parte de la clasificación de la Constitución de 1991 en el artículo 123, en donde indicó que los servidores públicos son de 3 categorías: los miembros de las corporaciones públicas y los empleados públicos y trabajadores oficiales, conservando con los dos últimos las previstas en los artículos 5o. del Decreto Ley 3135 de 1968; 1o., 2o. y 3o. del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 y 2o. y 3o. del Decreto Ley 1950 de 1973, que establecen la regla según la cual las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales son empleados públicos, salvo quienes se desempeñen en actividades relacionadas con la construcción y sostenimiento de obras públicas que son trabajadores oficiales, al igual que aquéllos que se vinculan al servicio en las empresas industriales y comerciales del Estado (con excepción de quienes desempeñan cargos directivos y de confianza) y en las sociedades de economía mixta.*

*Como es sabido, la vinculación del empleado público y del trabajador oficial es diferente. El primero, se ata a la administración mediante una modalidad legal o reglamentaria que involucra un régimen previamente establecido en la ley y que regula el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro, lo cual se concreta con el nombramiento y la posesión.*

*El trabajador oficial por su parte se vincula mediante un contrato de trabajo que se regula a través de sus cláusulas convencionales y su existencia se define según la necesidad del servicio en la rama ejecutiva, vale decir, a la actividad que deban cumplir de acuerdo a los fines estatales, lo que significa que está delimitado por la función que cumplen conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Decreto ley 1042 de 1978, que prevé que los organismos que desarrollen actividades de construcción y mantenimiento de obras públicas, deben fijar en sus respectivas plantas el número de cargos permanentes que para el desempeño de dichas labores han de ser*

*ocupados por esta clase de servidores y señalar la apropiación presupuestal necesaria para atender el pago de los respectivos salarios.*

A sí mismo, en sentencia proferida el 12 de junio de 2020 dentro del expediente 47001-23-33-000-2014-00248-01(0296-17), la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado, al abordar la noción de empleado público y trabajador oficial, así como de las formalidades sustanciales exigibles al momento de su vinculación para ostentar la calidad de servidor público, advirtió:

*Para el derecho administrativo, la función pública es entendida como el elemento de la Administración relacionado con la vinculación de las personas naturales al servicio del Estado. De esta noción, surge el concepto de funcionario público, entendido como la persona natural que tiene relación laboral con las entidades oficiales.  
(...)*

*Un elemento que tiene gran utilidad para entender el panorama de la función pública se encuentra en el principio de legalidad que distingue el Estado de Derecho, bajo el cual la ley en sentido lato permite y regula la estructura orgánica de la Administración, la conformación de las plantas de personal y la creación, fusión y supresión de empleos o cargos; imperando la unilateralidad en ello, y por ende en la vinculación en cuanto a las condiciones laborales.*

*De este modo, surge la vinculación legal y reglamentaria, distinguida porque es la ley la que determina las condiciones de acceso, permanencia y retiro del servicio. La característica principal es que el vínculo se da a través de un acto administrativo de nombramiento, donde es importante señalar que la misma Carta Política solemnizó el inicio del ejercicio de las funciones públicas respecto de los servidores públicos al exigirles la posesión, entendida como el acto de tomar el juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben*

*Es decir, la posesión se erige como una formalidad sustancial exigible para ostentar la calidad de servidor público, distinguiéndose claramente del acto de elección o nombramiento.*

*Estos elementos, unidos hacen que la investidura del empleado público sea completa y regular. Por tanto, la ausencia de alguno de ellos, configura lo que se denomina como funcionario de hecho, es decir aquel que le falta alguno de los requisitos de nombramiento y posesión.*

*En esta primera vinculación encontramos a los denominados empleados públicos, que son aquellas personas que se vinculan a la Administración a través de acto de nombramiento para desarrollar o atender un conjunto de funciones que están previa y taxativamente descritas en la ley, es decir un empleo; y que por naturaleza son de carácter permanente e inherentes a la actividad de aquella. Están al servicio del sector central de la Administración, de los ministerios, departamentos administrativos, unidades administrativas especiales, establecimientos públicos, superintendencias, entidades territoriales. Los empleados públicos, son de carrera administrativa, de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo y temporales. (Artículo 1º, Ley 909 de 2004).  
(...)*

*Una segunda categoría, la encontramos en los trabajadores oficiales, que corresponden a las personas que se vinculan por contrato de trabajo para atender labores complementarias de la Administración relacionadas con el objeto social de las empresas industriales y comerciales del Estado y de economía mixta, salvo los de nivel directivo, que son empleados públicos, o con el mantenimiento de una obra pública, conforme al Artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968.*

*De estas modalidades de vinculación, que además están inspiradas en la naturaleza de las entidades, de las funciones y actividades que despliegan, surgen las diversas clases de servidores públicos (Artículos 123, 125 C.P.; Artículo 5º Decreto 3135 de*

1968; 19 de la Ley 909 de 2004), aplicándose un criterio orgánico por excelencia y por complemento funcional.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la Ley 10 de 1990, establece la clasificación de los empleos en las Empresas Sociales del Estado, así:

**«Artículo 26. Clasificación de los empleos.** En la estructura administrativa de la Nación de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. (...)

**Parágrafo.** Son trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales en las mismas instituciones. (...)» (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, la Ley 100 de 1993, en su artículo 194 señaló.

**«ARTÍCULO 194. Naturaleza.** La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo”.

**“ARTICULO 195. Régimen Jurídico.** Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:  
(...)

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

Así, los trabajadores oficiales serán quienes estén destinados al mantenimiento de la planta física, o de servicios generales en las Empresas Sociales del Estado.» (Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, si bien el señor José Mesías González González suscribió con el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. el Contrato Individual de Trabajo a término indefinido No. 0033 del 2 de abril de 1998, para desempeñar el cargo de Secretario; tal tipo de vinculación aun cuando es un elemento para definir la naturaleza del empleo, por sí solo no determina si la categoría del cargo desempeñado es de un trabajador oficial o de un empleado público, debiéndose acudir al análisis de las funciones que realmente desempeña el funcionario público para determinar con certeza la categoría del cargo que ejercía.

Según se observa en la certificación laboral dada por el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., el señor José Mesías González González al momento de su declaratoria de insubsistencia desempeñaba el cargo de Secretario Código 440 Grado 11, cuyas funciones se encuentran establecidas en la Resolución 2774 del 29 de mayo de 2015 (pág. 102-104 archivo “A1. 73001333300320190028300 CUADERNO PRINCIPAL.pdf”), así:

1. Elaborar documentos en procesador de texto, cuadros en hoja de cálculo, presentaciones en software relacionado y aplicativos de Internet, que contribuyan al cumplimiento de planes procesos y procedimientos del área.
2. Atender a los usuarios internos y externos de la institución, con el fin de que cuenten con información confiable, completa y segura, siguiendo las normas de ética y salvaguardando el secreto profesional.
3. Manejar el recibo, despacho y administración de la correspondencia, para mantener la información de la oficina organizada y el seguimiento y control de procesos y procedimientos.

4. *Respetar la confidencialidad de la información y el secreto profesional, según políticas y normas institucionales, con el fin de garantizar los derechos de los pacientes.*
5. *Participar en el desarrollo de los planes, programas y procesos de su área para contribuir al cumplimiento de la plataforma estratégica institucional.*
6. *Realizar actividades de autocontrol para definir y ejecutar acciones de mejoramiento de calidad.*
7. *Ejercer las demás funciones asignadas por la autoridad competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.*

Tales funciones son sin lugar a duda propias de los empleados públicos, como quiera que no desempeñaba labores y/o actividades de construcción y mantenimiento de obras públicas, y la entidad a la que se encontraba vinculado no es un Ministerio, Superintendencia, Departamento Administrativo o su equivalente a nivel territorial o distrital y tampoco prestaba sus servicios en una empresa industrial y comercial del Estado; así mismo, de conformidad con lo reglado en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, el señor José Mesías González González pese a que desempeñaba un cargo no directivo, las funciones del mismo no estaban destinadas al mantenimiento de la planta física o de servicios generales del centro hospitalario, por lo que la naturaleza de su cargo efectivamente era de un empleado público y su forma de vinculación debía ser legal y reglamentaria, esto es, a través de acto administrativo.

Así las cosas, queda establecido que la naturaleza real del cargo que desempeñaba el señor José Mesías González González efectivamente corresponde a uno de empleado público, pues no cumplía con las funciones de mantenimiento de planta física o de servicios generales, es decir, este debía ser ocupado por un empleado público y, por consiguiente, teniendo en cuenta la forma de desvinculación de los funcionarios que ejercen tales cargos de empleados públicos, es procedente a través de acto administrativo debidamente motivado su desvinculación con una justa causa fundamentada, ya sea en **(i)** la calificación de desempeño, **(ii)** la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio, que justifique el retiro, **(iii)** la comisión de faltas disciplinarias, y/o **(iv)** la provisión del cargo por concurso de méritos, último evento que ocurrió aquí.

Decantado lo anterior, se advierte que la Resolución No. 0290 del 21 de enero de 2019, comunicada a través de oficio No. 1206-GTH del 31 de enero de 2019, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor José Mesías González González se hizo con base en el concurso de méritos que fue convocado por la Comisión Nacional de Servicio Civil para proveer los cargos del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., nombrándose en el cargo a una persona que superó todas las etapas de este.

El acto no fue expedido con desviación de poder, pues, si bien, la vinculación del accionante para el cargo de Secretario se realizó por contrato de trabajo, tal yerro de la administración no cambia por si solo la naturaleza de dicho cargo desempeñado por el hoy demandante, el cual como se dijere líneas atrás, es de empleado público y no de trabajador oficial, lo que en gracia de discusión en el peor de los casos significaría es que la vinculación realizada a través del contrato de trabajo tendería a tornarse ilegal y por consiguiente, en el mejor de los casos podríamos incluso a referirnos un funcionario de hecho, conforme lo expuesto por el Consejo de Estado en la providencia citada líneas atrás.

Por consiguiente, era deber de la administración corregir tal yerro, y al identificar el cargo de Secretario Código 440 Grado 11 como uno de carrera el cual se encontraba ocupado en provisionalidad al no haberse surtido previamente a través de concurso de mérito, luego entonces, era su deber proceder de la manera en que lo hizo, esto es, abrir convocatoria para que a través de concurso de méritos se

nombrara de forma definitiva el cargo de secretario código 440 grado 11, sin que constituyera tal determinación, un ejercicio arbitrario de la función nominadora.

Finalmente, no está demostrado en el proceso que el accionante se encontrara inmerso en alguna de las causales de estabilidad laboral reforzada, que impidieran su desvinculación del servicio público, aun cuando mediara el concurso de méritos.

De otra parte, quiere precisar el Despacho que el juicio de legalidad aquí realizado no se hizo en torno a la Resolución No. 20182110173945 del 05 de diciembre de 2018, toda vez que ella refiere a la conformación de la lista de elegibles para ocupar cargo distinto al que aquí es objeto de debate, razón por la cual, al referirse a un asunto distinto al que es objeto de estudio, el Despacho se releva de efectuar cualquier juicio sobre el mismo.

## 6. CONCLUSIÓN JURÍDICA

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y jurídicas, el Despacho concluye que no se desvirtuó la presunción de legalidad de la Resolución No. 0290 del 21 de enero de 2019, lo cual conlleva a denegar las pretensiones de la demanda, pues si bien la forma de vinculación del accionante no fue legal y reglamentaria, el tener un contrato de trabajo no es causal suficiente para tener una estabilidad reforzada y no impide a la entidad realizar la convocatoria pública a concurso de méritos para su provisión, pues como se vio en este caso, el cargo de secretario Código 440 Grado 11 corresponde a los cargos ocupados por empleados públicos y no trabajadores oficiales, luego entonces, estaba en obligación de soportar con todo su rigor, la consecuencia de la llegada al cargo de quien adquirió el derecho en virtud de un concurso público de méritos.

## 7. CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

*“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

Al resultar imprósperas las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionada, atendiendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018<sup>1</sup>, verificando en consecuencia que las entidades demandadas desplegaron actividades en pro de su defensa, como la contestación de la demanda y la presentación de alegatos de conclusión escritos, razón por la cual se fijará la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) por concepto de agencias en derecho a favor de las entidades demandadas en partes iguales, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

**PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda promovida José Mesías González González contra el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. y la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, conforme lo indicado en parte considerativa de este proveído.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte accionante. Tásense, tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) a favor de las entidades demandadas. Líquidense por Secretaría.

**TERCERO:** Ejecutoriado el presente fallo y liquidadas las costas, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL**  
Jueza

Firmado Por:  
Diana Carolina Mendez Bernal  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
Oral 3  
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c7832551cab942034da671b33a0acf25da368438a3aa1e3eb44fefcdc052a39f**

Documento generado en 11/01/2023 08:18:37 AM

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