



Rama Judicial

República de Colombia

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

Ibagué, seis (06) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz  
Demandado: Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña  
Radicación: 73001-33-33-003-**2016-00517-00**

### **ASUNTO**

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz contra el Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. PRETENSIONES<sup>1</sup>**

- 1.1.** Que se declare la nulidad de la Resolución 092 de mayo 12 de 2016, por medio de la cual se terminó una provisionalidad y se declaró insubsistente en nombramiento del señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz en el empleo Profesional Universitario Código 219 Grado 02, que desempeñaba en la entidad hospitalaria, así como el acto ficto negativo que resolvió el recurso de reposición y apelación interpuesto mediante oficio radicado 0793 del 17 de mayo de 2016.
- 1.2.** Se declare y/o reconozca que el empleo denominado Profesional Universitario Código 219 Grado 02, ocupado por el señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz, no es de libre nombramiento y remoción.
- 1.3.** A título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro sin solución de continuidad del demandante, al empleo Profesional Universitario Código 219 en el área administrativa, o al empleo que reemplace este o a otro empleo de igual o superior jerarquía, con requisitos mínimos similares o susceptibles de ser cumplidos por el actor, sin solución de continuidad para todos los efectos legales.
- 1.4.** Se condene a la demandada a liquidar, reconocer y pagar a favor del demandante, los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones, auxilios, cesantías, aportes al sistema de seguridad social integral y demás prestaciones dejadas de percibir por el demandante desde su retiro y hasta la fecha en que efectivamente se materialice su reintegro.
- 1.5.** Se ordene a la demandada que dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437.

---

<sup>1</sup> Folios 148, 352 y 353 expediente físico

**1.6.** Se condene en costas a la demandada.

## **2. HECHOS<sup>2</sup>**

Como sustento fáctico, la parte accionante afirma que:

- 2.1.** La Junta Directiva del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña expidió el Acuerdo 001 de 2005, por medio del cual se establece la escala salarial para empleados públicos de la E.S.E y en ella se determina la existencia de un (1) empleo del nivel directivo.
- 2.2.** La Junta Directiva del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña expidió el Acuerdo 002 de 2005, por medio del cual se ajusta el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos que se encuentran provisionales en la planta del hospital.
- 2.3.** Mediante Resolución 260 del 12 de diciembre de 2012, se nombró en provisionalidad al señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz en el empleo de Profesional Universitario en el área administrativa, Código 219 Grado 02 de la mencionada E.S.E., para lo cual acreditó tener título profesional y experiencia superior a 3 años en organismos o entidades públicas o privadas.
- 2.4.** Mediante oficio 446 del 9 de enero de 2013, el Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil autorizó al representante legal del hospital accionado a efectuar el nombramiento en provisionalidad para proveer el empleo denominado Profesional Universitario código 219 grado 02, mediante nombramiento provisional por un término de 6 meses, plazo dentro del cual se convocarían, según la CNSC, los empleos de la OPEC de la ESE, a concurso público de méritos.
- 2.5.** Mediante Acuerdo 008 de diciembre 24 de 2013, se establecieron las asignaciones civiles para el personal de planta del Hospital San Carlos E.S.E., en el cual solo se identifica un empleo del nivel directivo.
- 2.6.** La Junta Directiva del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña expidió el Acuerdo 007 de diciembre 11 de 2015, por medio del cual se establece la escala salarial para empleados públicos de la E.S.E y en ella se identifica como personal del área administrativa del nivel directivo únicamente al Gerente.
- 2.7.** Mediante Resolución 092 del 12 de mayo de 2016 se decidió por el Gerente del Hospital accionado, terminar la provisionalidad que ejercía el demandante en el cargo de profesional universitario y declararlo insubsistente, decisión comunicada al accionante mediante oficio 057.
- 2.8.** El 17 de mayo de 2016, el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión mencionada en el numeral anterior, sin que a la fecha de instaurar la demanda se hubieren resuelto los recursos, encontrándose debidamente agotada la etapa administrativa y configurado el silencio administrativo negativo.
- 2.9.** Las funciones desempeñadas por el demandante en el empleo de profesional universitario código 2019(sic) grado 02, conforme al manual de

---

<sup>2</sup> Folios 149,150, 353 y 354 expediente físico

funciones vigente para la época del retiro, no son de dirección, según se expone de acuerdo con el propósito principal de dicho empleo (las cita).

- 2.10.** Mientras en su hoja de vida el demandante acredita que tiene formación como técnico en administración de empresas agropecuarias, universitaria como contador público y especialista en gestión pública, con experiencia acreditada para la fecha de posesión, superior a 7 años y la adquirida en el desempeño del empleo por 3 años, quien fue nombrado en su reemplazo a través de Resolución 093 del mismo 12 de mayo de 2016, el señor José Reinel Vela Lozano, posesionado a partir del 19 de mayo de 2016, solo refiere en su hoja de vida como experiencia, la labor desempeñada en el Concejo Municipal de Saldaña desde el 2 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011 como concejal y aunque menciona haber laborado como encuestador por 6 meses, no acredita el período o la certificación de dicha labor, luego entonces, esta persona no cumple con las exigencias previstas en la ley para ocupar el empleo, al no acreditar experiencia mínima exigida en el manual de funciones.
- 2.11.** El retiro del demandante desmejoró el servicio, por cuanto se designó en su reemplazo a quien no ostenta la misma experiencia adquirida por el demandante y adicionalmente cuenta con una formación académica inferior, al no tener especialización.
- 2.12.** El empleo desempeñado por el demandante no reúne las exigencias consagradas en el artículo 5 numeral 2 literal a, b y c de la Ley 909 de 2004 y la Ley 10 de 1990 para ser considerado un empleo de libre nombramiento y remoción, por lo que la declaratoria de insubsistencia del demandante debió ser motivada expresamente, conforme lo exigen las sentencias de unificación.

### **3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN<sup>3</sup>.**

Afirma que se vulnera los artículos 1, 2, 4, 6, 25, 29, 53, 121, 122, 209 de la Constitución Política de 1991; Decreto 1227 de 2005 artículo 8 y 10; Ley 909 artículos 5, 25 y 41; Ley 1437, artículos 10 y 102; Sentencias SU 691 de 2011, SU 054 de 2015; Acuerdo 002 de 2005 expedido por el Hospital San Carlos E.S.E.; Decreto 2400 de 1968; Decreto 1950 de 1973; Decreto 785 de 2005; Ley 10 de 1990; Decreto 1083 de 2015.

**PRIMER CARGO: Violación directa al marco constitucional y el bloque de legalidad integrado por la Ley 909 de 2004, Decreto 1227 de 2005 y Ley 1437 de 2011.**

Con cita de las normas mencionadas, advierte que el empleo Profesional Universitario Código 219 del área administrativa de la E.S.E. demandada y que desempeñaba el actor, no es un empleo de dirección y/o confianza, por lo que se trata de un mero empleo de carrera administrativa y por ende, le son aplicables las normas de la Ley 909 de 2004 y Decretos reglamentarios sobre el retiro, condición que en gracia de discusión también tiene el cargo de Coordinador de Área Administrativa previsto en el organigrama de la entidad.

Lo anterior, tomando en consideración que las funciones desempeñadas por el actor no eran de dirección, mucho menos de confianza que le exigieran un grado superlativo de reserva que otorgara una connotación especial a su empleo para catalogarlo como de libre nombramiento y remoción, por lo cual la desvinculación

---

<sup>3</sup> Folios 151-163, 356-366 expediente físico

no se podía hacer a través del ejercicio de una facultad discrecional de la administración, sino que requería una motivación expresa y de acuerdo con las causales de retiro desarrolladas por la jurisprudencia constitucional unificada y por el Consejo de Estado.

**SEGUNDO CARGO: Falsa motivación y falta de motivación de los actos demandados.**

Luego de transcribir apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado y mencionar la evolución de la postura del órgano de cierre desde la vigencia de la Ley 443 de 1998 y luego con la la Ley 909 de 2004, advierte que, acogiendo la sentencia SU-691 de 2011, el Consejo de Estado ha precisado que es necesaria la motivación de los actos de declaratoria de insubsistencia de los empleados en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa, lo que también ha sido reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-054 de 2015, que advierte que la motivación de tales actos administrativos, es una garantía de la igualdad y del debido proceso para los servidores que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, a quienes se les reconoce una estabilidad laboral relativa.

Para el caso concreto, reprocha que la E.S.E. demandada no hizo uso de esa facultad reglada que la obligaba a exponer las razones por las cuales era procedente efectuar el retiro del servicio.

**TERCER CARGO: Expedición irregular del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia por parte de la entidad demandada.**

Inicia con la definición jurisprudencial de lo que se conoce como expedición irregular del acto administrativo y que se configura por la existencia de una anomalía sustancial en el proceso de formación del acto, para señalar que los actos acusados requerían de una motivación expresa, que se constituye como un requisito sustancial que hace parte inherente al desarrollo de la facultad reglada para el retiro del servicio y cuya ausencia constituye una causal autónoma de nulidad de los actos acusados.

Agrega que se incumplió el deber de aplicar uniformemente las normas y jurisprudencia, deber previsto en el artículo 10 de la Ley 1437, pues no se expusieron en los actos acusados las razones del retiro, atendiendo las premisas jurisprudenciales de la sentencia de unificación que también se deben tener en cuenta en la aplicación uniforme a cargo de las autoridades y que al contrario, se desarrolló una tesis aparente de que el empleo es de libre nombramiento y remoción, para escapar del deber de motivar el acto de retiro.

**CUARTO CARGO: Nulidad por violación de la ley (Decreto 2400/1968 – Decreto 1950/73 – Decreto 785 de 2005) y falsa motivación del acto por ausencia del mejoramiento del servicio.**

En síntesis indica que el señor José Reinel Vela Lozano, con su experiencia como concejal y partiendo de las funciones asignadas a los concejos municipales por la Ley 136 de 1994 y vigente para los años 2008 a 2011, no acredita el desempeño de actividades propias de su profesión de administrador de empresas, ni tampoco la experiencia que menciona tener acreditada conforme a la exigencia legal, por lo que considera la parte actora que no cumplía con los requisitos para ocupar el empleo en la forma indicada en el Acuerdo 002 de 2005 expedido por la entidad, al no cumplir las exigencias de experiencia profesional requerida en el manual de funciones de la entidad.

Por el contrario, el demandante sí certificó en su hoja de vida, una experiencia superior a 7 años, incluida la adquirida en el desempeño del cargo, además, cuenta con estudios de posgrado, todo lo cual permite considerar que tiene una mejor formación académica y de experiencia que quien entró a reemplazarle.

#### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>4</sup>**

El Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña se pronuncia sobre la demanda, indicando que el retiro del servicio del actor obedeció a la facultad discrecional, pues se trataba de un cargo de manejo y confianza, ya que el actor ejercía funciones de responsabilidad, tenía personas bajo su dirección, amén que tenía que rendir cuentas, no solo de sus funciones sino del personal a su cargo.

Afirma que el cargo ejercido por el demandante era similar al de administrador, pues las actividades determinadas en el manual específico, constituían funciones administrativas o de dirección, distinguiéndose por ocupar una especial posición jerárquica en la empresa, con facultades disciplinarias y de mando y no simplemente una función ejecutiva, sino orgánica y coordinativa, con miras al desarrollo y buen éxito de la empresa, dotado de determinado poder discrecional de autodecisión y ejerciendo funciones de enlace entre las secciones que dirigen la organización central.

Con cita de algunas de las funciones descritas en el manual respectivo para el cargo ocupado por el demandante, considera que se puede colegir que el profesional universitario tiene funciones de dirección, de formulación de políticas institucionales y adopción de planes, programas y proyectos, lo que de acuerdo con el artículo 4.1. del Decreto 785 de 1985, es un cargo del nivel directivo.

Advierte que la decisión cuestionada, se adoptó al tomar en consideración que el cargo ocupado por el accionante es de aquellos catalogados como de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con la clasificación que hace el artículo 5<sup>o</sup> de la Ley 909 de 2004 y las funciones de coordinación, planeación y formulación de políticas en cuanto a la determinación de funciones de los empleados bajo su dependencia, dependiendo directamente del gerente.

Indica que el actor no puede solicitar estabilidad por haber sido vinculado en provisionalidad, acto que se considera irregular por la E.S.E., al insistir en que se trataba de un cargo de libre nombramiento y remoción, pero que de estar dentro de los parámetros legales, no podría haber superado el plazo de seis meses, y por ello, el actor no puede alegar prerrogativas que solo le son inherentes a quienes gozan de derechos de carrera administrativa.

Con base en estos argumentos, plantea las que denomina excepciones de *“legalidad del acto demandado”* y *“falta de derecho para demandar”*

Además, propone la *“Inexistencia del acto ficto”*, pues el acto de insubsistencia en un acto de ejecución y contra el mismo no procede ninguna clase de recurso, ni siquiera en el silencio administrativo (ficto)

#### **5. CONTESTACIÓN DEL TERCERO CON INTERÉS VINCULADO<sup>5</sup>**

---

<sup>4</sup> Folios 277-285, 426-430 expediente físico

<sup>5</sup> Folios 447-455 expediente físico

Notificado el señor José Reinel Vela Lozano, a través de apoderada judicial apoya la tesis de la E.S.E. demandada, en cuanto a que el cargo ahora ocupado por él, es de libre nombramiento y remoción.

Con respecto al desmejoramiento del servicio que se aduce en la demanda ocurrió con la salida del actor y la llegada del vinculado, advierte este último que por el contrario, el servicio tuvo mejoría ostensible, al punto que desde el 1º de abril de 2016 que ingresó la nueva gerente y desde el mes de mayo que el señor Vela Lozano tomó posesión del cargo, no se ha presentado ninguna demanda en contra de la ESE, cuando tal situación no se presentaba mientras el demandante ocupó el cargo, porque debido a la negligencia en el cumplimiento de sus funciones, la entidad debió pagar intereses elevados, citando como ejemplo dos procesos ejecutivos, un proceso laboral y otro ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que según afirma, son consecuencia de deudas anteriores, por falta de controles en el manejo del presupuesto de la entidad y en la negligencia del pago de compromisos adquiridos por la administración anterior con proveedores y contratistas. Estos argumentos los plantea en la excepción que denominó *“Falta de interés para demandar”*

## **6. TRAMITE PROCESAL**

La demanda fue presentada el 11 de noviembre de 2016 (Fol. 1), siendo admitida a través de auto fechado 31 de enero de 2017 disponiendo lo de ley (Fol. 173). Vencido el término de traslado para contestar, reformar la demanda y el correspondiente a las excepciones propuestas, mediante auto del 31 de agosto de 2018 se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 718), la cual se llevó a cabo el día 13 de marzo de 2019; recibidas las pruebas decretadas en la audiencia inicial, en auto del 10 de febrero de 2020 (Fol. 733) se corrió traslado para presentar por escrito alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados oportunamente por las partes y se tendrán en cuenta en la presente providencia.

Así las cosas, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las siguientes...

## **II. CONSIDERACIONES**

### **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 3º *ibídem*.

### **2. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico consiste en determinar si el acto administrativo por medio del cual se terminó una provisionalidad y se declaró la insubsistencia del señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz en el cargo de Profesional Universitario código 219 grado 02 del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña está viciado de nulidad por los cargos que se le endilgan, y si como consecuencia de ello, es procedente el restablecimiento del derecho en la forma solicitada.

Será necesario determinar también, si el cargo ocupado por el demandante era de libre nombramiento y remoción o era un cargo de carrera administrativa como

se afirma en la demanda, a efectos de establecer si era necesaria la motivación o no del acto de desvinculación.

### 3. MARCO JURÍDICO

#### 3.1. De los empleos de carrera administrativa ocupados provisionalmente.

En lo relacionado con la clasificación de empleos, el artículo 125 de la Constitución Política establece:

*“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, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Con la expedición de la **Ley 909 de 2004**<sup>6</sup>, se reguló el sistema del empleo público, cuyo ámbito de aplicación, quedó establecido en su **art. 3°** 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,

---

<sup>6</sup> "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera".

Más adelante en el párrafo 2º del art. 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 art. 10 el citado Decreto 1227 de 2005 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).

Mediante los Decreto 3820 de 2005, se modificó el párrafo transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2005, 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, disposición que fue modificada nuevamente por el Decreto 1937 de 2007.

Luego, con el Decreto 4968 de 2007, se modificó en su artículo 1º, el párrafo transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1º de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007, 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”<sup>7</sup>.

De la lectura de las disposiciones indicadas, se concluye:

a) Los cargos de carrera en la administración descentralizada del nivel territorial, pueden estar vacantes en dos eventos a saber: i) vacancia definitiva, cuando no existe una persona que a través de un concurso se haya hecho titular del derecho a laborar en ese cargo; ii) vacancia temporal, cuando el titular se encuentra separado de manera transitoria.

b) Para suplir las vacancias, existen dos formas de vinculación: i) mediante encargo, que se presenta cuando una persona que está vinculada a un cargo inferior y reúne ciertos condicionamientos que para tal efecto son exigidos, es nombrada en el cargo vacante; ii) por nombramiento en provisionalidad, el cual se presenta siempre y cuando no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para proveer la respectiva vacante.

Por lo tanto, es claro que en caso de presentarse vacancia temporal o definitiva en un empleo de carrera, debe preferirse el nombramiento mediante encargo de personas de cargos inferiores que reúnan los requisitos y a la provisionalidad debe recurrirse únicamente en caso de que las personas vinculadas en carrera no puedan acceder al empleo. Es decir, el encargo es la regla general mientras que el nombramiento en provisionalidad viene a ser la excepción.

### **3.1.1. Del retiro del servicio:**

De conformidad con lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, la terminación del nombramiento en provisionalidad debe hacerse a través de resolución motivada. Puntualmente indica esta norma:

***“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).

Debe tenerse en cuenta que con la expedición de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, la facultad de la administración para remover a un servidor público se encuentra reglada en el artículo 41 de la primera de las normas en comento, la cual trae en forma expresa las causales y por lo tanto, la motivación a que se refiere el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 remite a aquellas.

Ahora bien, vale precisar que el criterio vigente al interior del Consejo de Estado, es que a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004 y de su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, es necesaria la motivación del acto administrativo que declare la

---

<sup>7</sup> El texto subrayado fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto [2566](#) del 5 de mayo 2014 en la radicación 1101032500020120079500, por lo que se entiende que a partir de dicha suspensión, la CNSC no tiene injerencia en los nombramientos en encargo y en provisionalidad a que se refiere la Ley 909 de 2004.

insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad<sup>8</sup>, pues la competencia para el retiro de los mismos es reglada, esto es, dicho retiro es procedente solo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley.

Este criterio, el de la necesidad de motivar los actos administrativos, también se encuentra respaldado en jurisprudencia de la Corte Constitucional, de manera especial conforme lo indicado en sentencia SU-556 del 24 de julio de 2014, en la que a manera de síntesis se cita el siguiente aparte:

*“A los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se desprende una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, pues la vacancia no cambia la naturaleza del cargo. De allí que, en concordancia con el precedente de la Corporación, al declarar insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso”.*

### 3.2. Del empleo de libre nombramiento y remoción

La clasificación de los empleos indicada en el artículo 125 superior citado con antelación, dispone que por regla general los empleos de los organismos y entidades del estado son de carrera, señalando como excepciones a tal principio, los cargos de elección popular, **los de libre nombramiento y remoción**, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

La Ley 909 de 2004 señala que los empleos regulados por dicha ley son de carrera administrativa, a excepción de los de libre nombramiento y remoción, enlistándolos así:

*“ARTÍCULO 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:*

*(...)*

*2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:*

***a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:***

*(...)*

---

<sup>8</sup> Pueden consultarse entre otras sentencias, la de nulidad y restablecimiento del derecho de veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08) Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, y de tutelas, de cinco (5) de agosto de dos mil once (2011), radicación número 11001-03-15-000-2011-00654-00, Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, de veintitrés (23) de octubre de dos mil doce (2012), radicación número 11001-03-15-000-2012-00671-01(AC), Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero y de dieciséis (16) de enero de dos mil quince (2015), radicación número 11001-03-15-000-2014-02727-00, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

**b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:**

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

**c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;**

**d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.**

**e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; (Adicionado por la Ley 1093 de 2006)**

**f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera. (Adicionado por la Ley 1093 de 2006)”**

La Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-003 de 2018, sostuvo respecto de los criterios para atribuir a un determinado empleo público la categoría de libre nombramiento y remoción, lo siguiente:

“Según el **primer criterio**, son de libre nombramiento y remoción los empleos “de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices” (literal a) o, como los denomina el literal siguiente, “los altos funcionarios del Estado”. Esta categoría de servidores públicos, en los términos del artículo 5.2.a de la Ley 909 de 2004, integra a los empleos públicos de más alto nivel jerárquico al interior de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de los Órganos de Control, en la

administración central<sup>9</sup> y descentralizada<sup>10</sup> del nivel nacional, en la administración central y órganos de control del nivel territorial<sup>11</sup>, y en la administración descentralizada del nivel territorial<sup>12</sup>. Dada esta condición, les corresponde la dirección, conducción y orientación de las entidades estatales de las que hacen parte. En atención a su alta calidad y elevadas responsabilidades, se trata de los empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.

De conformidad con el **segundo criterio**, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los altos funcionarios del Estado, siempre y cuando, tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos” (literal b). Esta categoría incluye aquellos empleos de “especial confianza” que se encuentran “adscritos” a los despachos de algunos de los órganos que integran la primera categoría (“los altos funcionarios del Estado”) en la administración central y descentralizada del nivel nacional, en la administración central y órganos de control del nivel territorial, y en la administración descentralizada del nivel territorial. Esta categoría, además, incluye, en la Administración Central del Nivel Nacional, algunos empleos adscritos a los despachos de algunos servidores públicos de los órganos de seguridad (Policía Nacional y Fuerzas Militares), “en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional”; los empleos del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la colombiana y al personal de apoyo en el exterior adscritos al Ministerio de Relaciones Exteriores; y, finalmente, en el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5ª de 1992<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> “Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto. || En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, además, los siguientes: Agregado para Asuntos Aéreos; Administrador de Aeropuerto; Gerente Aeroportuario; Director Aeronáutico Regional; Director Aeronáutico de Área y Jefe de Oficina Aeronáutica”.

<sup>10</sup> “Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia”.

<sup>11</sup> “Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado”.

<sup>12</sup> “Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces”.

<sup>13</sup> La norma en cita dispone lo siguiente: “Artículo 5º. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de: [...] 2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios: [...] b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así: || En la Administración Central del Nivel Nacional: Ministro y Viceministro; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector de la Policía Nacional; Superintendente; y Director de Unidad Administrativa Especial. || En las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en

Según el **tercer criterio**, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado” (literal c).

De conformidad con el **cuarto criterio**, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos” (literal d).

Son, también, de libre nombramiento y remoción, según el **quinto criterio**, “los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales” (literal e).

Por último, según el **sexto criterio**, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera” (literal f)”.

### 3.2.1. Del retiro del servicio:

Por el grado de confianza mayor que se requiere tener en quienes desempeñan funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional, los cargos de libre nombramiento y remoción son provistos en ejercicio de una facultad discrecional, por ende, la desvinculación del servicio de quienes los ocupan, puede ser dispuesta libremente por los nominadores a través del ejercicio de esa misma facultad discrecional, lo que implica que no es necesario expresar los motivos que llevan a adoptar la decisión.

Al respecto, la misma Ley 909 de 2004 en su artículo 41 dispone:

*“ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. **El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción** y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

*a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*

*(...)*

*PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.*

---

*razón de la necesaria confianza intuitupersonae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza y Jefe del Estado Mayor Conjunto. || En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la Colombiana y el personal de apoyo en el exterior. || En el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5ª de 1992. || En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional: Presidente, Director o Gerente General, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial. || En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial: Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local. || En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial: Presidente, Director o Gerente”.*

**La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”.**

Tal facultad discrecional de remoción en empleos de libre nombramiento, no puede confundirse con arbitrariedad y debe responder a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad y es así como la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>14</sup> ha dicho que la facultad de remoción de un empleado de libre nombramiento y remoción, debe ser ejercida dentro de dichos parámetros, y que el acto de insubsistencia al ser inmotivado, supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio.

#### 4. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

<ul style="list-style-type: none"><li>• A través del Acuerdo 002 de 2005, la Junta Directiva del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña ajustó el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos que se encuentran provisionales en la planta de personal del hospital, enlistándose un cargo de nivel profesional denominado Profesional Universitario Código 219 grado 02, indicándose como su propósito principal <i>“Ejecución de labores profesionales administrativas de desarrollo y control de los programas de apoyo administrativo para la prestación de servicios en la empresa, atendiendo a su misión, visión, políticas, planes, programas y objetivos de la institución y su desarrollo organizacional”</i> y con las siguientes funciones:  <b>III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES</b>  1. Coordinar y planear junto con la Gerencia el desarrollo organizacional de la institución.  2. Responder ante el superior inmediato el plan de trabajo a su cargo.  3. Planear, coordinar, supervisar controlar y evaluar el trabajo y demás actividades del área administrativa.  4. Programar y elaborar el proyecto de presupuesto de la institución para su posterior análisis y adopción por la autoridad competente.  5. Controlar la ejecución del Presupuesto.  6. Cumplir y hacer cumplir las normas vigentes en materia presupuestal, de personal y suministros.  7. Participar en la evaluación del impacto de la prestación de los servicios ofrecidos por la Institución.  8. Presentar informes a la dirección del hospital sobre el desarrollo del área a su cargo y cumplir las normas y procedimientos establecidos para el área administrativa.  9. Velar por la actualización y difusión de los manuales de funciones y procedimientos.</li></ul>	<p>Fol. 287-349 cuaderno principal expediente físico</p> <p>Fol. 316 cuaderno principal expediente físico.</p> <p>Páginas 29 a 32 del Manual de funciones, visible a Fol. 315-319 cuaderno principal expediente físico.</p>
---	---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 15 de febrero de 2018, Expediente No. 76001-23-31-000-2010-01828-01(1615-16), M.P: William Hernández Gómez

<p>10. Velar por la consecución oportuna de los recursos necesarios para la entidad en general y para su dependencia en particular y por la racional utilización de los disponibles.</p> <p>11. Contribuir en el diseño e implantación de normas y procedimientos administrativos orientados a mejorar la prestación de los servicios de su área y de la institución.</p> <p>12. Revisar y refrendar la correcta aplicación de las tarifas, cobro y recaudo de los diferentes servicios que presta la Institución.</p> <p>13. Revisar y refrendar la liquidación de la nómina de pago del personal de la institución.</p> <p>14. Asignar el programa de trabajo al personal del área y supervisar su cumplimiento.</p> <p>15. Consolidar e informar al superior inmediato el plan de capacitación de la institución.</p> <p>16. Revisar y refrendar la ejecución presupuestal de ingresos y egresos.</p> <p>17. Exigir, revisar y refrendar la relación de cuentas por pagar y reserva presupuestal y registro de pago de cuentas.</p> <p>18. Entregar al Gerente dentro del término de Ley el paquete presupuestal y demás informes para su posterior entrega a la Contraloría y demás organismos que lo requieran.</p> <p>19. Expedir los certificados de disponibilidad presupuestal, llevando igualmente un control numérico en la expedición de los mismos.</p> <p>20. Elaborar los proyectos de resoluciones de traslados y adiciones al presupuesto.</p> <p>21. Supervisar el control numérico de los contratos, órdenes de prestación de servicios, órdenes de suministro, resoluciones internas y cuentas de cobro.</p> <p>22. Rendir en forma oportuna los informes solicitados por el Gerente y los diferentes organismos con respecto al área administrativa.</p> <p>26. Velar por la actualización del manual de normas y procedimientos del área.</p> <p>27. Mantener actualizada las Hojas de Vida del personal de la Institución velando por la custodia de las mismas.</p> <p>28. Velar por la contratación, adquisición y renovación oportuna de los seguros que amparen los bienes de la Institución y demás exigidos por la Ley.</p> <p>29. Elaborar el Plan de Cargos para cada vigencia.</p> <p>30. Las demás que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del cargo y las que le establezca la ley.</p> <p>(26 a 30, debe entenderse 23 a 27)</p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• A través de la Resolución 260 del 12 de diciembre de 2012, se nombró en provisionalidad al señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz en el empleo de Profesional Universitario en el área administrativa, Código 219 Grado 02 de la mencionada E.S.E., a partir del 12 de diciembre de 2012.</li> </ul>	<p>Fol. 5-6 cuaderno principal expediente físico.</p>

<ul style="list-style-type: none"> <li>El 13 de enero de 2013, bajo radicado 178, el Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña solicitó autorización a la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer el cargo de Profesional Universitario código 219 grado 02 y mediante oficio 446 del 9 de enero de 2013, el Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil autorizó al representante legal del hospital accionado la provisión transitoria del empleo denominado Profesional Universitario código 219 grado 02, mediante nombramiento provisional por un término de 6 meses, plazo dentro del cual se convocarían, según la CNSC, los empleos de la OPEC de la ESE, a concurso público de méritos.</li> </ul>	<p>Fol. 7, 12, 13, 23 del cuaderno de pruebas parte demandante expediente físico.</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>La Junta Directiva del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña expidió el Acuerdo 007 de diciembre 11 de 2015, por medio del cual se establece la escala salarial para empleados públicos de la E.S.E y en ella se identifica como personal del área administrativa del nivel directivo únicamente al Gerente.</li> </ul>	<p>Fol.125-126 cuaderno principal expediente físico.</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>El organigrama de la E.S.E. demandada es el siguiente:</li> </ul>	<p>Aportado por el demandante a folio 134 y por el demandado a folio 350 cuaderno principal expediente físico</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>Mediante Resolución 092 del 12 de mayo de 2016 se decidió por el Gerente del Hospital accionado, terminar la provisionalidad que ejercía el demandante en el cargo de profesional universitario y declararlo insubsistente, decisión comunicada al accionante mediante oficio 057 de la misma fecha.</li> </ul> <p>En el acto administrativo se indicó que en el organigrama de cargos de la entidad, no aparece descrito el cargo de profesional universitario, sino el de Coordinación Administrativa y que el cargo ocupado por el demandante, que corresponde al mismo nivel administrativo al de coordinador administrativo, tiene bajo su dirección y responsabilidad otras dependencias o cargos, como son: contabilidad, tesorería, almacén, recursos humanos, sistema de facturación y servicios generales, tratándose de un cargo de libre nombramiento y remoción.</p>	<p>Fol.127-130 cuaderno principal expediente físico.</p>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aunque en el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia se indicó expresamente “Contra la presente decisión no surte ninguna clase de recurso”, el demandante interpuso el de reposición y en subsidio de apelación el 17 de mayo de 2016.</li> </ul>	<p>Fol.135-139 cuaderno principal expediente físico.</p>

## 5. ANALISIS DEL CASO CONCRETO

Los cargos de nulidad denominados “*Violación directa al marco constitucional y el bloque de legalidad integrado por la Ley 909 de 2004, Decreto 1227 de 2005 y Ley 1437 de 2011, Falsa motivación y falta de motivación de los actos demandados y Expedición irregular del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia por parte de la entidad demandada*”, tienen como fundamento que el empleo que ocupaba el señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz no se enmarcaba dentro de los de libre nombramiento y remoción, por el contrario, las funciones que desempeñaba en la E.S.E. accionada, eran propias de un cargo de naturaleza de carrera administrativa y por ende, el acto de desvinculación del servicio debía ser motivado.

Es importante destacar que respecto a los servidores públicos del sector salud, la Ley 10 de 1990, por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones señala:

*“ARTÍCULO 26.- Clasificación de empleos. Incorporado y sustituido por el Artículo 722 Decreto 1298 de 1994. 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.*

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.

2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:

a. Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, ~~y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;~~

b. Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada ~~y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;~~

c. Los empleos que correspondan a funciones de dirección, ~~formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.~~

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa”<sup>15</sup>

Dentro de los distintos niveles jerárquicos en que se clasifican los empleos en las entidades territoriales; directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial, para el caso del nivel profesional que era el ocupado por el accionante, el artículo 4.3. del Decreto Ley 785 de 17 de marzo de 2005 establece que es aquel en el que las funciones implican la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.

El mismo Decreto Ley 785 de 2005, en el artículo 18 indica que el nivel profesional está integrado por la nomenclatura y clasificación de los empleos del nivel profesional, dentro del cual, se encuentra el cargo de Profesional Universitario, Código 219, estando acreditado que el cargo de Profesional Universitario de ese código, grado 02 del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña, fue provisto en provisionalidad con el señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruiz a través de la Resolución 260 del 12 de diciembre de 2012.

Como motivación del acto de nombramiento se indicó que el cargo se encontraba en vacancia definitiva, que en la planta de personal no existían servidores de carrera que cumplieran los requisitos para ser encargados, que tampoco había lista de elegibles vigente para el cargo y que era necesario proveer la vacante mientras se surtían los procedimientos para proveerlo de acuerdo con lo establecido en la convocatoria 001 de 2005 de la CNSC, lo que en principio ubica el cargo ocupado como de carrera administrativa, en aplicación de la regla general establecida en el artículo 125 superior.

Entendiéndolo de la misma manera, el 13 de enero de 2013, el Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña solicitó autorización a la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer el cargo de Profesional Universitario código 219 grado 02, lo que fue autorizado por la CNSC, según se vio, en oficio 446 del 9 de enero de 2013, en el que la Comisión invocó como fundamento normativo de la autorización, el Decreto 4968 de 2007, vigente para la época y que radicaba en cabeza de la CNSC la labor de autorizar los nombramientos en encargo y en provisionalidad a que se refiere la Ley 909 de 2004.

Siendo la regla general la carrera administrativa y la excepción el libre nombramiento y remoción en la clasificación de los empleos públicos, para determinar cuándo un empleo es de libre nombramiento y remoción, debe analizarse la naturaleza misma de la función que se desempeña, de cara al manual de funciones de la entidad, para determinar si se justifica la discrecionalidad del nominador en oposición a las reglas propias del sistema de carrera previsto en la Ley 909.

Para el Despacho está claro que el cargo ejercido por el accionante y que se describe en el Manual de Funciones como Profesional Universitario Código 219 grado 02, no corresponde a un cargo de dirección, conducción y orientación

---

<sup>15</sup> El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-387 de 1996.

institucional, cuyo ejercicio implicara la adopción de políticas o directrices, ya que tan condición en tratándose de la Administración Descentralizada del Nivel Territorial, la tienen solo el “*Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces*”

Tampoco se colige a partir del manual de funciones, que la labor del actor implicara una especial confianza por tener asignadas funciones de asesoría institucional al servicio directo del gerente, ni tampoco se alegó siquiera, que el ejercicio del cargo implicara el manejo directo de bienes y dineros, sino que las funciones dejan ver que se trataba más de la coordinación y ejecución del área administrativa, las cuales son propias del nivel profesional del cargo y así se entiende también a partir del organigrama de la entidad que fue presentado.

Así las cosas, como los cargos de libre nombramiento y remoción no pueden ser otros que los creados de manera específica para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican una confianza superlativa respecto a la reserva y el cuidado especial en asuntos de toma de decisiones de mayor trascendencia para la entidad y en este caso, las funciones desarrolladas por el actor no se enmarcan en tales hipótesis y al contrario, son totalmente compatibles con el sistema de carrera administrativa en el nivel jerárquico profesional, se concluye que el cargo de Profesional Universitario Código 219 grado 02 del Hospital San Carlos E.S.E de Saldaña hace parte de los empleos que pertenecen por regla general a esta.

A partir de lo anterior y como según se vio, los motivos que tuvo en cuenta la Gerente del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña para declarar insubsistente el nombramiento del señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruiz, los hizo consistir en que se trataba de un cargo de libre nombramiento y remoción, dando aplicación a la discrecionalidad a que se refiere el inciso 2º del parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909, el acto administrativo se encuentra viciado de nulidad por falsa motivación ya que se desvirtuó que esa fuera la naturaleza del cargo ocupado por el demandante.

Aunque pareciera incompatible la falsa motivación con la falta de motivación del acto administrativo acusado, en este caso también se presenta esta causal de nulidad, pues por tratarse de un cargo de carrera administrativa ocupado de forma provisional, el retiro del servidor que lo ocupaba, solamente podía hacerse mediante acto motivado y fundado en las causales de retiro consagradas por la Constitución Política y la ley, trámite reglado que no cumplió el Hospital demandado, razón por la cual se accederá a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo demandado Resolución 092 del 12 de mayo de 2016 que contiene la decisión y no probadas la excepciones encaminadas a la defensa de su legalidad.

A título de restablecimiento del derecho, se deberá ordenar el reintegro del demandante, al empleo Profesional Universitario Código 219 grado 02 en el área administrativa, o al empleo que reemplace este o a otro empleo de igual o superior jerarquía, bajo los parámetros señalados por el órgano de cierre y que para no ser reiterativos, se plasmarán en detalle solo en la parte resolutive.

Respecto a la nulidad que se pretendía sobre los actos administrativos fictos que resolvieron en forma negativa los recursos de reposición y apelación contra la Resolución 092 del 12 de mayo de 2016, al verificarse que contra dicho acto no procedían recursos, lo que expresamente se le informó al demandante, no es

posible la configuración de los actos fictos acusados por la parte accionante y por ende, la declaratoria de nulidad solamente se referirá al acto administrativo de insubsistencia.

Finalmente se advierte que como los cargos hasta ahora estudiados determinan la declaratoria de nulidad del acto acusado, el Despacho se abstiene de estudiar los demás cargos promovidos por considerarse innecesario.

## 6. ACTUALIZACIÓN

La actualización de las sumas aquí reconocidas se realizará con la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R), se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la cantidad a pagar, por la suma que resulta de dividir el IPC certificado por el DANE para la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debería efectuarse el pago.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula deberá aplicarse separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada emolumento adeudado.

Para el cumplimiento de la sentencia, como para el reconocimiento de los intereses a que hubiera lugar, se dará aplicación a lo previsto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

## 7. COSTAS

Al resultar prósperas las pretensiones de la demanda, es claro que la parte demandada ha sido vencida en el proceso (Art. 365-1 del C. G. del P.) y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art.188 del C.P.A.C.A), es menester del Despacho realizar la correspondiente condena en costas a favor de los accionantes, ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018<sup>16</sup>, verificando en consecuencia que la parte demandante a través de su apoderado, además de incoar el presente medio de control, asistió a las audiencias programadas y realizó la presentación de alegatos de conclusión escritos, para lo cual se fijará la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) a cargo del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña y a favor del demandante 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>16</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

**PRIMERO:** DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por la parte pasiva.

**SEGUNDO:** DECLARAR la nulidad de la Resolución 092 de mayo 12 de 2016, por medio de la cual se terminó una provisionalidad y se declaró insubsistente el nombramiento del señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz en el empleo Profesional Universitario Código 219 Grado 02, que desempeñaba en la entidad hospitalaria.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña, que realice el reintegro del señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz al cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02 en el área administrativa, o al empleo que reemplace este o a otro empleo de igual o superior jerarquía, con requisitos mínimos similares o susceptibles de ser cumplidos por el actor, bajo los siguientes parámetros:

- Si se proveyó el cargo por concurso de méritos, no habrá lugar al reintegro del señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz, y el pago de salarios y demás emolumentos dejados de devengar se reconocerán y liquidarán desde su retiro y hasta el momento en que se haya nombrado y posesionado por concurso a la persona que ocuparía dicho cargo, así como el pago de los aportes a la Seguridad Social por este período.
- Dado el caso que a la fecha de la sentencia, el cargo que desempeñaba el demandante no se haya proveído aún mediante concurso de méritos, se ordenará el reintegro sin solución de continuidad del demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o equivalente jerarquía por un término de seis (6) meses, y a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro hasta que se produzca su reintegro, así como el pago de los aportes por este período a las entidades de Seguridad Social.
- Para el reintegro deberá examinarse si el demandante cumple con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios.

De los valores a pagar, se descontarán las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente haya recibido la demandante, sin que en ningún caso, la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni exceda de veinticuatro (24) meses de salario.

Las sumas a pagar se ajustarán de acuerdo con la fórmula de actualización señalada en la parte motiva de este fallo.

**CUARTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la demandada. Liquidense por Secretaría, tomando en cuenta como agencias en derecho SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) a cargo del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña y a favor de la demandante.

**QUINTO:** Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas a la apoderada judicial que ha venido actuando.

**SEXTO:** A esta sentencia se le dará cumplimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

**SÉPTIMO:** De conformidad con el memorial obrante a folio 751-752 del expediente, se reconoce personería al profesional del derecho Jairo Alberto Arroyo Brevera, como apoderado judicial del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL**  
Jueza

**Firmado Por:**

**Diana Carolina Mendez Bernal**

**Juez Circuito**

**Oral 3**

**Juzgado Administrativo**

**Tolima - Ibague**

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:

**d629b5e9fcb93569d273c4904bce518a80a5fbb1d2e857795b85248e727338b8**

Documento generado en 08/08/2021 11:53:35 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**