



República de Colombia
Rama Judicial
Tribunal Administrativo del Tolima
Mag. José Aleth Ruiz Castro

Ibagué, cinco (5) de mayo dos mil veintidós (2022)

Radicación N°	73001-33-33-003-2016-00517-01
Interno:	0839-2021
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ RUIZ.
Demandado:	HOSPITAL SAN CARLOS E.S.E. DE SALDAÑA.
Tema:	INSUBSISTENCIA

I- ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en los artículos 187 y 247 del C.P.A.C.A., procede esta Sala Oral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada en contra de sentencia proferida el 6 de agosto de 2021, por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante la cual accedió las pretensiones de la demanda.

II- ANTECEDENTES

1. Declaraciones¹

PRIMERO. 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.

SEGUNDO: 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.

TERCERO: 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

¹ Ver Expte Juzgado, C.P No 2, fls 305-307

susceptibles de ser cumplidos por el actor, sin solución de continuidad para todos los efectos legales.

CUARTO. *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.*

QUINTO: *Se ordene a la demandada que dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437.*

2.- Fundamentos fácticos²

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los hechos que son susceptibles de sintetizarse así:

- 1- La Junta Directiva del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña, expidió el Acuerdo No 001 de 2005, por medio del cual se establecía la escala salarial para empleados públicos de la E.S.E., y en ella se estableció la existencia de un empleo de nivel directivo.
- 2- La Junta Directiva del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña, expidió el Acuerdo No 002 de 2005, por medio de la cual se ajusta el manual específico de funciones y de competencias laborales de los empleos que se encuentren provisionales en la Planta del Hospital.
- 3- A través de la Resolución No 260 de 12 de diciembre de 2012, se nombró en provisionalidad al señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz, en el cargo de Profesional Universitario, Código 2019 Grado 02, acreditando tener título profesional y experiencia superior a 3 años en entidades públicas o privadas.
- 4- Por medio del oficio número 446 de 09 de enero de 2009, el Presidente de la Comisión Nacional de Servicio Civil, autorizó al Representante legal del Hospital demandado, efectuar un nombramiento en provisionalidad por el término de 06 meses, para proveer el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02, término dentro del cual, según la CNSC, se convocarían los empleos de la OPEC del Hospital a concurso de méritos.
- 5- Mediante Acuerdo No 008 de 24 de diciembre de 2013, se establecieron las asignaciones civiles para el personal de Planta del Hospital San Carlos E.S.E., en el cual se identifica un empleo del nivel directivo.
- 6- Por Acuerdo No 007 de 11 de diciembre de 2015, expedido por la Junta Directiva del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña, se estableció la escala salarial para empleados públicos de la E.S.E.,

² Ver Expte Juzgado, C.P. No 2, fls 285-287

identificándose en ella como personal del área administrativa únicamente al gerente.

- 7- A través de la Resolución No 092 de 12 de mayo de 2016, proferida por la entidad demandada, se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del accionante en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02.
- 8- Contra la anterior decisión el apoderado de la parte actora interpuso los recursos de reposición y de apelación, recursos estos que a la fecha de la presentación de la demanda no había sido resueltos.
- 9- Afirmó el apoderado de la parte actora, que las funciones desempeñadas por su representado en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02, no son de dirección, conforme al Manual de Funciones vigente para la época de los hechos.
- 10- Señaló que el retiro del servicio del demandante desmejoró el servicio, por cuanto la persona que fue designada para desempeñar el mismo, no gozaba de la misma experiencia y formación académica del primero.
- 11- Manifestó que el cargo ejercido por el demandante no reunía los requisitos exigidos en el artículo 5, numeral 2, literales 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, razón por la cual la declaratoria de insubsistencia del actor debió ser motivada.

3.- Contestación de la demanda

3.1. Hospital San Carlos E.S.E.³

Mediante apoderado, la entidad demandada contestó el libelo introductorio, oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones por carecer de fundamentos de hecho y de derecho.

Afirmó que el cargo que ejerció el demandante cuando estuvo al servicio del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña, indudablemente es un cargo de manejo y confianza, pues ejercía funciones de responsabilidad, tenía personas bajo su dirección, amen que tenía que rendir cuentas no sólo de sus funciones sino del personal que tenía bajo su cargo.

Aseveró que el cargo que ejerció el demandante era similar al del administrador, pues las actividades determinadas en el manual específico, constituían funciones administrativas o de dirección; así mismo indicó, que el cargo de Profesional Universitario se distinguía de los demás, porque ocupaba una especial posición jerárquica en la empresa, con facultades disciplinarias y de mando, con miras al desarrollo y buen éxito de la empresa.

³ Ver Expte Juzgado, C.P. No 2- fls 155-172; C.P. No 3- fls 51-59

Precisó que el actuar jurídico del Gerente del Hospital demandado, estuvo soportado en el manual de funciones de dicha entidad, la Ley 10 de 1990, Ley 909 de 2004, Decreto 1227 de 2005, en los que se determinan las funciones de dirección, planeación coordinación y gestión del cargo de Profesional Universitario.

Manifestó que de manera errada el Gerente de la E.S.E. designó en provisionalidad al aquí demandante, toda vez que el cargo de Profesional Universitario, por la naturaleza de sus funciones obedece a un cargo de libre nombramiento y remoción, conforme lo establecido en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

Precisó que el demandante no podía solicitar estabilidad alguna por haber sido vinculado en provisionalidad, acto este que se consideraba irregular por las razones expuestas en el párrafo precedente, sin embargo señaló que en el evento de que dicho nombramiento estuviese dentro de los parámetros legales, la misma ley es la que ordena que el tiempo de la provisionalidad no puede ser superior a 6 meses, y por ende no pueden alegarse prerrogativas que sólo son inherentes a quienes gozan de derechos de carrera administrativa .

Finalmente propuso los medios exceptivos que denominó legalidad del acto demandado y falta de derecho para demandar.

3.2. Vinculado⁴.

Oportunamente la apoderada judicial del señor José Reinel Vela Lozano, descorrió traslado de la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones por carecer de fundamentos de hecho y de derecho.

Adujo que el cargo ejercido por el demandante era de aquellos que la ley consideraba como de libre nombramiento y remoción, y la vinculación, permanencia y retiro de estos, dependen de la voluntad del empleador, quien goza de discrecionalidad para decidir libremente.

Señaló que, contrario a lo manifestado en la demanda, con el nombramiento del señor Vela Lozano no hubo desmejoramiento de servicio, por el contrario el mismo se mejoró, pues, pese a no haber recibido por parte de su antecesor en debida forma las oficinas administrativas, este realizó toda la gestión necesaria para la mejora de las mismas, mejorando ostensiblemente la situación y económica de la entidad; así mismo indicó que esta mejoría se veía evidenciada, en el hecho de que a partir de que este tomó posesión del cargo en cuestión, no se ha presentado ninguna demanda en contra del Hospital, se ha atendido en forma pronta y eficaz las demandas que se había originado en la administración anterior, y además se habían cancelado actas de conciliación incumplidas.

Afirmó que debido al incumplimiento de las funciones de la parte demandante, la entidad debió pagar intereses elevados, para lo cual citó a manera de ejemplo dos proceso ejecutivos, que se generaron como consecuencia de deudas anteriores, y ello se generó por la falta de controles en el manejo del

⁴ Ver Expte juzgado, C.P. No 3 -fls 97-113

presupuesto y en la negligencia en el pago de los compromisos adquiridos como proveedores y contratistas.

Manifestó que el actuar jurídico del gerente del Hospital demandado, tuvo soporte en el manual de funciones de dicha entidad, en la Ley 10 de 1990, Ley 909 de 2004 y Decreto 1227 de 2005, en el que se determinan funciones de dirección, coordinación, planeación, gestión y desarrollo al cargo de Profesional Universitario, lo que significaba que el cargo que ejerció el actor era de libre nombramiento y remoción.

Refirió que el ejercicio de las funciones de Profesional Universitario, dependían directamente de la gerencia del hospital, y que el titular de dicho cargo debía rendir informes al Gerente, velar por la conservación y buen uso de los bienes del Hospital, manejar presupuesto, elaborar y pagar la nómina, manejar la contratación, tener persona bajo su subordinación, por lo que concluyó, que quien ejercía el cargo en cuestión tenía que ser una persona de confianza, manejo y dirección de la entidad.

Expresó que la clasificación que se le había dado al cargo a través del Acuerdo de la Junta directiva, así como la decisión del Gerente de nombrar en provisionalidad al demandante, obedecían a actuaciones de hecho que desconocían las sentencias de la Corte Constitucional, cuando estudiaron la demanda de nulidad contra el artículo 5 de la ley 443 de 1998, que es la misma norma que contempla el artículo 5 de la ley 909 de 2004.

Indicó que de acuerdo a manual de funciones y competencias laborales, el cargo de Profesional Universitario era de manejo y confianza, y ello se deducía de la redacción de la funciones otorgadas a dicho cargo, por lo cual señaló que fue una grave equivocación del Gerente de la E.S.E. designar en provisionalidad al demandante en el citado empleo, como si se tratara de un cargo de carrera, cuando la ley no lo cobijaba de esta manera, pues insistió que se trataba de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Sostuvo que el señor José Reinel Vela Lozano, cumplía a cabalidad con los requisitos exigidos para ejercer el cargo de Profesional Universitario, como lo era el de tener título profesional en las ciencias administrativas, económicas o jurídicas y una experiencia profesional no inferior a tres años en entidades públicas o privadas.

Por último, propuso las excepciones que denominó: la clasificación de los cargos públicos es de origen legal y falta de interés para demandar.

4.- La sentencia apelada⁵

Lo es la proferida el 06 de agosto de 2021 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda.

Luego de citar las disposiciones legales y jurisprudenciales que regulan la materia, señaló que era absolutamente claro para el Despacho, que el cargo

⁵ Ver Expte Juzgado, archivo 5

ejercido por el accionante y que se describía en el Manual de Funciones del Hospital demandado como Profesional Universitario Código 219 Grado 02, no correspondía a un cargo de dirección, conducción y orientación institucional, cuyo ejercicio implicara la adopción de políticas o directrices.

Afirmó que del Manual de Funciones tampoco se colegía que la labor del actor implicara una especial confianza por tener asignadas funciones de asesoría institucional al servicio del Gerente, ni tampoco se había alegado que el ejercicio del cargo implicara el manejo directo de bienes o dineros, sino que las funciones dejaban ver claramente que se trataban de la coordinación y ejecución del área administrativa, las cuales eran propias del nivel profesional del cargo.

Refirió que los cargos de libre nombramiento y remoción eran aquellos creados de manera específica para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción institucional, lo que implicaba una confianza superlativa respecto a la reserva y cuidado especial en asuntos de toma de decisiones de mayor trascendencia, sin embargo, indicó que las funciones desarrolladas por el demandante no se enmarcaban en la hipótesis descrita, y que, por el contrario, estas eran totalmente compatibles con el sistema de carrera administrativa en el nivel jerárquico profesional.

Precisó que los motivos que tuvo en cuenta la entidad accionada para declarar insubsistente en el cargo de Profesional Universitario al demandante, se fundaron sobre el hecho de que se trataba de un cargo de libre nombramiento y remoción, acto este que consideró se encontraba viciado de nulidad, por falsa motivación, ya que quedó claramente demostrado en el proceso que dicho cargo no obedece a aquellos de libre nombramiento y remoción.

Adujo que como quiera que el cargo que ostentaba el actor, obedecía a un cargo de carrera administrativa, ocupado en forma provisional, el retiro del demandante sólo podía hacerse mediante acto motivado y fundado en las causales de retiro consignadas en la Ley y en la Constitución.

Conforme a lo anterior, el Juzgado anuló el acto enjuiciado, y a manera de restablecimiento del derecho dispuso el reintegro del señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz, sin solución de continuidad, al cargo que ostentaba al omento de su desvinculación, o a otro de igual o mayor Jerarquía, por un término de seis (6) meses, y a pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir, desde el retiro del servicio, hasta que se produzca el reintegro; así mismo, dispuso que en el evento de que el cargo en cuestión, se encontrara provisto por quien hubiese superado el concurso de méritos, no habría lugar al reintegro, y sólo se dispondría el pago de salarios y prestaciones desde el retiro del servicio, hasta el momento en que se hubiese posesionado el funcionario de carrera.

5.- El recurso de apelación⁶

El apoderado judicial del Hospital San Carlos de Saldaña E.S.E., presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que

⁶ Ver Expte Juzgado- archivo

se revoque en su totalidad, para que en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

Indicó que, en la providencia recurrida, el Juez de instancia de manera errada señaló que el cargo que ostentaba el demandante era de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción, y es a partir de tal conclusión que accedió a las pretensiones de la demanda.

Manifestó que el Juez de Primera Instancia había realizado una indebida interpretación normativa, pues del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 se podía concluir que cuando el empleo se enmarque dentro de alguno de los tres criterios establecidos en la norma (dirección coordinación y orientación), se podía considerar que el cargo era de libre nombramiento y remoción.

Precisó que el *a quo* no había interpretado los criterios normativos desarrollados en la jurisprudencia citada por este, pues en su sentir, y respecto de la naturaleza del empleo, el estudio efectuado fue incompleto, el cual era un punto crucial a resolver en la sentencia.

Adujo que en la providencia recurrida hubo una indebida valoración probatoria, pues no se consideró en debida forma la prueba documental relacionada con el Acuerdo No 002 de 2005, por medio del cual se ajusta el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos provisionales del Hospital de San Carlos de Saldaña, pues en el referido Acuerdo se establecieron las funciones del cargo objeto de discusión, las cuales no fueron analizadas en detalle, toda vez que del estudio correcto de las mismas, se podía concluir que efectivamente el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02 efectivamente correspondía a un cargo de libre nombramiento y remoción.

Expresó que las funciones que desempeñaba el demandante eran del nivel jerárquico, cuyo ejercicio implicaba cierta confianza y manejo, en consideración a la administración, coordinación y asesoría propia del área de la cual estaba encargado, razón por la cual, el Gerente de la entidad accionada podía disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanecía o retiro de su titular por fuera de la regulación propia del sistema de carrera administrativa.

Sostuvo que el demandante tenía bajo sus funciones, el hecho de contribuir con el diseño de procedimientos administrativos internos del Hospital, por lo cual ejercía funciones de dirección; además también tenía como función la de revisar y refrendar la relación de cuentas por pagar y reserva presupuestal, señalado dicha función hacía parte del concepto de confianza.

Expresó que en la providencia recurrida se había olvidado incluir dentro del título de hechos probados, algunos hechos manifestados en la contestación de la demanda, donde se indicaba que el demandante ejercía funciones de dirección y que dependía directamente de la Gerencia del Hospital, hechos estos que fueron expuestos oportunamente, sin que hubiesen sido controvertidos o desvirtuados por el demandante.

Finalmente expresó que el cargo que ocupaba el accionante fue provisto por otra persona de diferentes calidades, sin que se hubiese acreditado en el plenario que el servicio hubiese sufrido desmejora.

III. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 08 de febrero del corriente anuario se admitió el recurso de alzada interpuesto por el apoderado de la parte demandada, sin que ninguno de los sujetos procesales se hubiese manifestado sobre el mismo, y como quiera que no se requirió la práctica de pruebas, se omitió correr traslado a las partes para alegar de conclusión en los términos señalados en el numeral 5 del Artículo 247 del C.P.A.C.A., en la forma como fue modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- Sobre la competencia

Es competente esta colegiatura para desatar la impugnación contra la sentencia de primera instancia proferida el pasado 06 de agosto de 2021 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué, según voces de los artículos 153 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir que son apelables las sentencias de primera instancia proferidas por los jueces administrativos.

2.- La impugnación

Los argumentos de disenso de la entidad accionada se concretan en determinar, que el cargo de Profesional Universitario Código 2019 Grado 02 ejercido por el demandante, lo era de libre nombramiento y remoción, ya que las funciones desempeñadas por el demandante eran propias del nivel ejecutivo, cuyo ejercicio implicaba un alto grado de confianza y manejo, por lo cual el Gerente del Hospital demandado podía disponer libremente de dicho empleo.

3. Problema jurídico.

El problema jurídico que aquí se plantea consiste en determinar si la sentencia impugnada, que declaró ilegal el acto de administrativo de insubsistencia del señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz, en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02, se ajusta a derecho, o si, por el contrario, el mismo se encuentra ajustado a la legalidad.

4. Marco Legal.

A fin de resolver el recurso de alzada propuesto por el procurador judicial del extremo pasivo estima pertinente este Colectivo analizar las diferentes formas de vinculación laboral con el Estado que regula el ordenamiento jurídico, ya que, de acuerdo con esa forma de vinculación, se determinará el mecanismo

de ingreso al servicio, su posibilidad de ascenso, estabilidad y la forma de terminar la relación laboral.

4.1 De los cargos de carrera ocupados en provisionalidad.

El inciso primero del artículo 123 de la Constitución indica:

“Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios”

Así mismo, el artículo 125 *ibidem* expresa:

“Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.”

(...)

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”.

De acuerdo con lo anterior, los empleos en los órganos y entidades del Estado se deben proveer a través del sistema de selección de méritos denominado carrera administrativa, que se constituye en el instrumento idóneo para el manejo de quienes ejercen la Función Públicas, a fin de facilitar el cumplimiento de los principios y fines estatales, como los de la igualdad, la eficacia y la celeridad.

El Decreto Reglamentario 1227 de 2005, en relación con la figura de la provisionalidad para proveer empleos de carrera señala lo siguiente:

“ART. 9º De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

ART. 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”.

Respecto de la motivación de los actos administrativos que ordenan la terminación de un nombramiento en provisionalidad, nuestro Órgano de Cierre jurisdiccional ha señalado:

“Ha sido persistente la línea jurisprudencial de esta Sala, señalando que, respecto de los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, el cual se presume expedido por razones del servicio público. La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la ley 443 de 1998, pues otra cosa sucede con la aparición de la Ley 909 de 2004, en lo que a la provisionalidad se refiere, como quiera que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado (Artículo 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año)”

En conclusión y atendiendo a lo preceptuado en la Ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario 1227 de 2005, y al precedente jurisprudencial, el nominador puede dar por terminado los nombramientos efectuados en provisionalidad mediante acto administrativo debidamente motivado.

En efecto, la Ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario 1227 de 2005, otorgaron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales, al señalar que éstos no podrían superar los seis (6) meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el cargo a concurso público de méritos, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, **sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados**, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.

Ahora bien, en relación a los motivos que originan el retiro o la desvinculación del funcionario, habrá de decirse que ellos deben obedecer a razones de interés general, atinentes al servicio prestado por el funcionario de acuerdo a las responsabilidades a él conferidas, al respecto el H. Consejo de Estado ha indicado:

“Ahora bien, frente al contenido de la motivación correspondiente, puede entenderse de las providencias previamente reseñadas que esta no puede ser arbitraria, y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.

La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia al contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia SU 917 de 2010.

En dicha providencia se indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda , Radicación número: 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11)

brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda la nulidad del acto. Dijo la Corte:

“(…) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”⁸.

En ese punto, debe hacerse claridad, que la propia Corte entendió que no se trata de equiparar a los funcionarios provisionales con aquellos de carrera administrativa, pues tal interpretación no corresponde al espíritu de la Constitución Política de 1991 en materia de función pública, por ello, la motivación en caso de retiros de provisionales no necesariamente debe ser la misma frente a aquellos de carrera administrativa, para quienes existen determinadas causales legales, dado su fuero de estabilidad (del cual no goza el provisional).

De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificador aludido indicó:

“Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”.

En conclusión, dejó sentado el máximo Tribunal Constitucional que las referencias genéricas acerca del nombramiento provisional, el hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación de la facultad discrecional o la cita de información, doctrina y jurisprudencia que no se relacionen directa e inmediatamente con el caso particular, no constituyen razones válidas para la desvinculación de un funcionario provisional.”⁹

4.2. De los cargos de libre nombramiento y remoción.

Como se anotó en precedencia, la Ley 909 de 2004, establece en su artículo 5º la clasificación de los empleos públicos, fijando por excepción, cuáles de ellos no son de carrera administrativa, así:

“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:

⁸ Sentencia SU 917 de 2010.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda – subsección “A”- Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá D.C., 12 de abril de 2012

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

En la Administración Central del Nivel Nacional:

(...)

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.*

Conforme a lo anterior, es claro dilucidar que la legislación establece una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de manejo y dirección institucional, para lo cual, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Resultando razonable que para la provisión de empleos que impliquen tal condición, no se requiera superar un proceso de selección por méritos toda vez que, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Así entonces, se resalta, que no obstante que el sistema de carrera administrativa se constituye en la regla general para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, debe tenerse en cuenta que el legislador se encuentra facultado para establecer excepciones y es ahí donde surgen los **empleos de libre nombramiento y remoción**.

En sentir de la Corte Constitucional, para la clasificación de un cargo como de libre nombramiento y remoción, debe existir un fundamento legal para adelantar esa clasificación, y un principio de razón suficiente que justifique la determinación y la exigencia de confianza plena o el desarrollo de una decisión política en la función a ellos asignada. El contenido de esos requisitos, a juicio de esa Corporación, se concreta en los siguientes términos:

“(...) como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación”.

Recientemente, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU 003 de 2018, sostuvo respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción, lo siguiente:

“2. 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. de la Ley 909 de 2004, integra a los empleos públicos demás alto nivel jerárquico al interior de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de los Órganos de Control, en la administración central¹⁰ y descentralizada¹¹ del nivel nacional, en la administración central y órganos de

⁹ Sentencia C-195 de 1994, ya citada.

¹⁰ 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. II 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

¹¹ 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;

control del nivel territorial¹², y en la administración descentralizada del nivel territorial¹³. 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.

3. 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.

4. 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).

5. 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).

6. 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).

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 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".

¹² "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".

¹³ 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".

7. 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)

4.3 De la Declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción.

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2°, establece la **facultad discrecional de remover libremente** a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

"(...) 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.

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

Conforme a la disposición normativa transcrita en precedencia, la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, es discrecional y no requiere motivación alguna, empero, dicha discrecionalidad debe estar revestida de unos límites mínimos de razonabilidad, justos y ponderados, tal como lo ha venido indicando nuestro superior jerárquico.

Por su parte y en concordancia con dicho planteamiento, la Honorable Corte Constitucional¹⁴, ha señalado, que esa discrecionalidad debe ser ejecutada dentro de unos límites de razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad, indicando así, como límites para el ejercicio de dicho poder discrecional, los siguientes:

- a) Debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente.
- b) Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza.
- c) La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012

Igualmente, dicha Corporación de manera reiterativa ha señalado que, dicho poder discrecional de que goza el agente nominador, no debe en ningún momento conducir a decisiones arbitrarias, ya que toda decisión administrativa debe obedecer al bien común, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 209 de la Constitución Política, según el cual, la función administrativa está al servicio de los intereses generales.

Al respecto, Nuestro Órgano de Cierre Constitucional¹⁵, ha señalado:

" (...) Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

(...)

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la **razonabilidad**, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad¹⁶.

5. Caso particular:

5.1 Pruebas alegadas al proceso:

Al plenario fueron allegados los siguientes elementos probatorios:

- Acuerdo No. 002 de 2005¹⁷, expedido por la Junta Directiva del Hospital San Carlos del Saldaña E.S.E. "Por medio del cual se ajusta el Manual Especifico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos que se encuentren provisionales en la Planta de Personal del Hospital de San Carlos de Saldaña – Empresa Social del Estado-.
- Acuerdo No. 007 de 2015¹⁸, expedido por la Junta Directiva del Hospital San Carlos del Saldaña E.S.E. "Por medio del cual se fija el plan de cargos y asignaciones civiles del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña

¹⁵ Consejo de Estado –Sección Segunda – Subsección B, C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez Rad: 73001-23-33-000-2014*00285-01

¹⁶ Decreto 001 de 7984. Artículo 36. *En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.*

¹⁷ Ver Expte Juzgado- C.Ppal- Tomo 2- fls 175-299

¹⁸ Ver Expte Juzgado- C.Ppal – Tomo 1- fls 237-239

Tolima, para la vigencia fiscal comprendida del 01 de enero al 31 de diciembre de 2016”

- Resolución No 260 de 12 de diciembre de 2012, por medio de la cual se nombró en provisionalidad, al señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz, en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02, en el área administrativa.¹⁹
- Oficio No 178 de enero de 2013²⁰, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por medio del cual, y previa solicitud del ente demandado, autorizó la provisión transitoria por el término de 6 meses del cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02, plazo dentro del cual se ordenó que se convocarán todos los empleos de la OPEC de dicha entidad a concurso de méritos.
- Resolución No 092 de 12 de mayo de 2016²¹, expedida por el Gerente del Hospital San Carlos E.S.E de Saldaña Tolima, por medio de la cual se dio por terminada la provisionalidad que venía ejerciendo el señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz, en el cargo del Profesional Universitario del Área Administrativa.

5.2 Análisis sustancial:

De acuerdo con las pruebas allegadas al encuadernamiento, procederá este Colectivo a dilucidar el problema jurídico planteado y así determinar si los actos objeto de reproche judicial se encuentran ajustados a derecho, o si, por el contrario, están viciados de nulidad como lo sostuvo el Juez de instancia.

El vocero judicial de la entidad accionada sostuvo en el recurso de alzada, que el cargo de Profesional Universitario Código 2019 Grado 02 ejercido por el demandante, obedecía a un cargo de libre nombramiento y remoción, ya que las funciones desempeñadas por éste correspondían al nivel ejecutivo, cuyo ejercicio implicaba un alto grado de confianza y manejo, por lo cual el Gerente del Hospital demandado podía disponer libremente del empleo.

De las probanzas allegadas al proceso se advierte, que mediante Resolución No 260 de 12 de diciembre de 2012, se nombró en provisionalidad, al señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz, en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02, en el área administrativa del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña Tolima,²² indicándose en la parte considerativa de dicho acto, lo siguiente:

“Que en la actualidad dentro de la Planta de Personal del Hospital San Carlos de Saldaña Tolima E.S.E, el cargo: Profesional Universitario (Administrador) Código 219 Grado 02 se encuentra en vacancia definitiva.

¹⁹ Ver Expte Juzgado – C.Ppal – Tomo 1- fls 13-15

²⁰ Ver Expte Juzgado – C. Pbas Dte.

²¹ Ver Expte Juzgado- C.Ppal No 2 – fls 241-245.

²² Ver Expte Juzgado – C.Ppal – Tomo 1- fls 13-15

Que una vez verificada la planta de personal, no existen servidores de carrera administrativa, que cumplan con los requisitos para efectuar el encargo de conformidad con el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Que tampoco existe lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para ocupar dicha vacante.

Que debido a la necesidad del servicio y a la urgencia manifiesta que por la naturaleza del cargo se predica dada su importancia y responsabilidad en la entidad, es necesario proveer la vacante mientras se surten los procedimientos establecidos para proveer el mismo, de acuerdo a lo establecido en la convocatoria 001 del año 2005 de la Comisión Nacional del Servicio Civil”.

Así mismo, se encuentra acreditado en el plenario, que la Comisión Nacional del servicio Civil, previa solicitud de la entidad accionada, mediante oficio No 178 de 2013, autorizó la provisión transitoria por el termino de 6 meses para proveer el Cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 0a 2.

Igualmente se encuentra en el expediente digital el Acuerdo No 002 de 2005, “Por medio del cual se ajusta el Manual Especifico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos que se encuentren provisionales en la Planta de Personal del Hospital de San Carlos de Saldaña – Empresa Social del Estado” y tal como se advierte en él, dentro de los **cargos de nivel profesional** se encuentra enlistado el de Profesional Universitario Código 2019 Grado 02, exigiéndose como requisitos para la provisión de mismo, tener título profesional en cualquier disciplina de las ciencias administrativas, económicas o jurídicas y tener experiencia profesional no inferior a 3 años en entidades públicas o privadas. Dentro de las funciones asignadas al referido cargo, se establecieron las siguientes:

- 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 informe 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.
- 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.
- 11-Contribuir con el diseño e implantación de normas y procedimientos administrativos orientados a mejorar la prestación de los servicios de su área y de la institución.

- 12-Revisar y refrendar la correcta aplicación de las tarifas, cobro y recaudo de os diferentes servicios que presta la institución.
- 13-Revisar y refrendar la liquidación de la nómina de pago del personal de la Institución.
- 14-Asignar el programa de trabajo al personal del área y supervisar su cumplimiento.
- 15-Consolidar e informar al superior inmediato el plan de capacitación de la institución.
- 16-Revisar y refrendar la ejecución presupuestal de ingreso y egresos.
- 17-Exigir, revisar y refrendar la relación de cuentas por pagar y reserva presupuestal y registro de pago de cuentas.
- 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.
- 19-Expedir los certificados de disponibilidad presupuestal, llevando igualmente un control numérico en la expedición de los mismos.
- 20-Elaborar los proyectos de resoluciones de traslados y adiciones al presupuesto.
- 21-Supervisar el control numérico de los contratos, ordenes de prestación de servicios, ordenes de suministro, resoluciones internas y cuentas de cobro.
- 22-Rendir en forma oportuna los informes solicitados por el Gerente y los diferentes organismos con respecto al área administrativa.
- 26- Velar por la actualización del manual de normas y procedimientos del área.
- 27-Mantener actualizada la hoja de vida del personal de la institución velando por la custodia de los mismos.
- 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.
- 29-Elaborar el Plan de Cargos para cada vigencia.
- 30- Las demás que sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del cargo y las que establezca la ley.

Precisado lo anterior, se tiene que los argumentos esbozados por el apoderado judicial de la entidad demandada, están encaminados a demostrar que el cargo desempeñado por el demandante – Profesional Universitario Código 219 Grado 02, de acuerdo a las funciones a él asignadas, obedecía a un cargo de libre nombramiento y remoción, y no de carrera, pues en su sentir, algunas de las funciones eran del nivel directivo, cuyo ejercicio implicaba cierta confianza y manejo.

Sobre el anterior argumento expuesto por el apoderado de la entidad accionada, debe precisar esta Sala, que el Decreto Ley 785 de 17 de marzo de 2005²³, establece que, según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales y descentralizadas se clasifican en los siguientes niveles

²³ “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.”

jerárquicos: nivel directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial, entendido el de profesional como 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; así mismo, se advierte que el numeral 18 *ibidem*, dispuso 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.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004²⁴ y el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la entidad accionada, establecido en el Acuerdo No 002 de 2005, se puede concluir, contrario a lo manifestado por el apoderado del extremo pasivo, que el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 02, en el que fue nombrado el hoy demandante, no encaja dentro de ninguno de los presupuestos establecidos en el citado artículo para ser catalogado como de libre nombramiento y remoción, pues si observamos el literal b) de dicho ordenamiento, este prevé claramente que para ser de esta naturaleza el mismo tendría que estar adscrito al despacho del Gerente del Hospital y prestar el servicio directo e inmediato a éste último, lo cual no aconteció en el *sub examine*, pues tal como se advierte en el acto mediante el cual se nombró en provisionalidad al señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz, el cargo en cuestión se encontraba adscrito al área administrativa del Hospital San Carlos E.S.E del municipio de Saldaña Tolima.

En efecto, una vez examinado el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales establecido en el precitado Acuerdo, encuentra la

²⁴ **“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:

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

En la Administración Central del Nivel Nacional:

(...)

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;

Sala que las funciones que le fueron asignadas al cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02 eran propias del área administrativa, tal cual como quedó establecido en el acto de nombramiento del demandante, lo que permite concluir que el cargo desempeñado por el señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz, no estaba al servicio directo e inmediato del Gerente del ente Hospitalario, no cumpliéndose así el criterio establecido en el citado literal b) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, para clasificar dicho empleo como de libre nombramiento y remoción.

Tampoco puede concluirse que el cargo ejercido por el accionante, obedece a aquellos establecidos en el numeral 2 literal a) del artículo 5 *ibídem*, pues de las funciones asignadas a este, no se puede inferir que el cargo de Profesional Universitario fuese un empleo de dirección, de conducción, de orientación que implique el desarrollo de políticas y directrices de la entidad; además, conforme a lo dispuesto en la citada norma, en la administración descentralizada del nivel territorial, solo cumplen dichas funciones de dirección y conducción 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*”; aunado a ello, en el Acuerdo No 007 de 2015, mediante el cual se fijó el plan de cargos y asignaciones del Hospital demandado, se observa, que en el nivel Directivo sólo se encuentra enlistado el cargo de Gerente de dicha entidad, advirtiéndose igualmente que el cargo de Profesional Universitario Código 2019, se encuentra en el nivel profesional, probanza esta que respalda totalmente la tesis aquí expuesta, y que corrobora que evidentemente el cargo que ostentaba el señor Oscar Eduardo Rodríguez Ruíz, no integraba aquellos de dirección, orientación o conducción.

En virtud de lo anterior, esta Corporación no encuentra razonable el argumento argüido por el vocero judicial de la entidad demandada, encaminado a establecer que el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02 de Área administrativa, que ocupó el aquí demandante, era de libre nombramiento y remoción, pues de las probanzas allegadas al encuadernamiento y de la lectura y análisis de las funciones del cargo relacionadas en precedencia, en concordancia con el numeral 2° del artículo 5 de la Ley 909 de 2002, es posible afirmar que dicho cargo es totalmente compatible con el sistema de carrera administrativa.

Preciso lo anterior, y establecido que el policitado cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02 del Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña, es sin lugar a dudas, un empleo de carrera, habrá de decirse, que como quiera que la parte actora fue vinculada en el mismo bajo la figura de la provisionalidad, situación administrativa esta idónea para proveer los cargos de carrera que se encuentre en vacancias definitivas, la desvinculación del mismo debió obedecer a los parámetros legales y jurisprudenciales que gobiernan la materia, es decir, que dicho acto de desvinculación tenía que estar debidamente motivado, debía explicar de manera clara, detallada y precisa, cuáles eran la razones de hecho por las cuales se prescindía del funcionario, ello con el fin de garantizar el principio de publicidad respecto de las actuaciones de la administración, el derecho de defensa, de contradicción y del debido proceso, para hacerle un alto a la arbitrariedad de la administración.

Ahora bien, se advierte que en la parte considerativa del acto administrativo enjuiciado se indicó, que en el Decreto a través de la cual se nombró al demandante en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 02, se le había otorgado a este cargo una naturaleza jurídica inexistente, señalando que se le había dado la categoría de cargo de carrera, cuando por mandato legal no lo era, pues éste correspondía a un cargo de libre nombramiento y remoción, y bajo dichos argumentos, la entidad accionada procedió a declarar insubsistente la designación del demandante, motivación esta que, en sentir de este Colectivo, fue consignada de manera amañada y alejada de los parámetros legales, contraviniendo no sólo las disposiciones que gobiernan la materia, sino los mismo Acuerdos expedidos por dicha entidad.

En este orden de ideas, entiende esta Corporación, que el acto administrativo de insubsistencia que dio lugar al presente proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, debía considerar una razón suficiente, en virtud de la cual, de manera particular y concreta debían expresarse los motivos de hecho y de derecho con base en los cuales se retiraba al demandante de su cargo, razón esta que no podía soportarse bajo los argumentos de que el cargo ostentado por el actor era de libre nombramiento y remoción, por las razones expuestas en este proveído, sino que las mismas debían fundarse sobre hechos razonables que ameritaran su desvinculación laboral, como por ejemplo, la provisión definitiva del cargo, el incumplimiento de las funciones asignadas o las imposición de sanciones disciplinarias; en tal sentido, se itera, que los actos administrativos demandados estuvieron desprovistos de verdaderos motivos que justificaran el proceder de la administración, pues las motivaciones allí plasmadas carecían de total asidero jurídico, pretendiéndose con ello simular bajo el amparo de legalidad la desvinculación del accionante.

Como se observa, en el *sub examine*, el Hospital demandado se limitó a indicar como motivo de la insubsistencia que el cargo ocupado por el actor era de libre nombramiento y remoción, condición esta que, como se demostró, no resultó ser cierta, por lo cual, la motivación consignada en el acto administrativo demandado no sólo fue insuficiente sino, también, falsa.

En este orden de ideas, no resultan de recibo las apreciaciones vertidas en el recurso de alzada, pues contrario a lo aseverado por el recurrente, la providencia de primera instancia se fundó de manera correcta sobre las disposiciones legales que regulan la materia y con base en las probanzas allegadas al cartulario, sin que se apreciara, en momento alguno, una indebida valoración probatoria o indebida interpretación normativa.

Conforme a lo expuesto, no cabe duda que la decisión adoptada por el operador jurídico primario estuvo ajustada a derecho, no obstante, esta Corporación, y en lo atinente al restablecimiento del derecho, modificará la providencia recurrida, en el entendido de no ordenar el reintegro del accionante en los términos dispuesto en la sentencia, disponiéndose únicamente como restablecimiento del derecho, el pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir, por el término de seis (6) meses, contados a partir de su desvinculación del servicio, de acuerdo con el criterio fijado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 556 de 2014.

Lo anterior, como quiera, que el demandante no gozaba de un fuero estabilidad absoluto, sino precario, en razón a su forma de vinculación; aunado a lo anterior, debe precisar la Sala, que distinto es el nombramiento adelantado cuando se presenta una vacante temporal del cargo en los términos de los artículos 25 de la Ley 909 de 2004 y artículo 9 de su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, cuya duración podrá persistir durante dicha vacancia temporal, a aquel nombramiento temporal que se presenta ante la presencia de una vacante definitiva, nombramiento este que solo tendrá lugar hasta tanto se surta el proceso de selección respectivo convocado para la provisión del empleo vacante, el cual no podrá ser superior a 6 meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por ende, se itera, no es posible el reintegro pretendido por el demandante, como quiera que la provisión de dicho cargo tenía que surtirse conforme a las reglas de la carrera administrativa.

En razón a lo anterior la providencia recurrida será modificada, pero solo en lo atinente al restablecimiento del derecho en los términos expuestos en precedencia, en lo demás la providencia será confirmada.

5. Las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código General del Proceso.

A su turno, el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., fija las reglas que deben sujetarse para la condena en costas, señalando que en los eventos donde prospere parcialmente la demanda, el Juez podrá obtenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial; así las cosas, esta Sala se abstendrá de condenar en costas, como quiera que la demanda prosperó parcialmente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, Sala Oral de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

PRIMERO: MODIFIQUESE el ordinal tercero de la providencia impugnada, proferida el 06 de agosto de 2021 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué. En su lugar se dispone:

*“**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho se CONDENAN al Hospital San Carlos E.S.E. de Saldaña, a pagar al actor los salarios, primas, vacaciones, cesantías, y demás emolumentos causados por el término de 6 meses, contados a partir de la fecha de su desvinculación.*

Así mismo, el tiempo de servicios se tendrá en cuenta para efectos pensionales, razón por la cual la entidad accionada, deberá consignar en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija el actor, el valor de las

cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente al cargo del empleado, durante el término que estuvo desvinculado del municipio de Ibagué”.

SEGUNDO: En lo demás confírmese la providencia impugnada.

TERCERO: Sin condena en costas

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ANGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA


BELISARIO BELTRAN BASTIDAS


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO

Se suscribe esta providencia con firmas electrónica y escaneada, ante las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional con el fin de evitar la propagación de la pandemia del COVID-19 –coronavirus-en Colombia. No obstante, se deja expresa constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada por cada uno de los Magistrados que integran la Sala de Decisión a través de la plataforma tecnológica Teams y correos electrónicos institucionales

Firmado Por:

Jose Aleth Ruiz Castro
Magistrado
Oral 006
Tribunal Administrativo De 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: **68ab35127f578ac4c3f939b3f54ce7c43a255a3ef677714424842494765587fc**

Documento generado en 05/05/2022 05:40:37 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>