



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 26 JUN. 2018

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO:	152383333001 201300173 -02
DEMANDANTE:	ALONSO PÉREZ SALAMANCA
DEMANDADO:	E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE
TEMA:	SUPRESIÓN DE CARGO - REINTEGRO
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Declaraciones y condenas (ff. 3-13)

El señor ALONSO PÉREZ SALAMANCA, a través de apoderado judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE con el objeto de que se inaplique en lo que afecta al accionante el Acuerdo No. 0011 de 2012, por el cual la entidad accionada modificó su planta de personal, y se declare la nulidad de la Resolución No. 130 del 28 de diciembre de 2012, a través del cual se terminó el nombramiento provisional del actor.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad accionada (i) a reintegrar al demandante al cargo que ocupaba como conductor de la ambulancia de la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE, o a uno de igual o superior jerarquía; y (ii) a reconocer y pagar a favor del accionante los salarios y prestaciones sociales, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, subsidios, intereses y demás derechos laborales dejados de devengar desde el momento del retiro hasta cuando se produzca el reintegro efectivo.

Finalmente, pidió que se declare la inexistencia de solución de continuidad y que la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 187, 189, 192, 193 y 195 del CPACA.

1.2. Fundamentos fácticos (ff. 3 v.-5)

Como fundamentos fácticos de la demanda, la parte actora enunció los que se resumen enseguida:

Que el señor ALONSO PÉREZ SALAMANCA se vinculó a la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE el 2 de enero de 2006 mediante la Resolución No. 014 de ese año, para ocupar el cargo de Conductor de Ambulancia código 480 grado 02 del nivel asistencial.

Que el accionante cumplía cabalmente los requisitos exigidos para el cargo y tenía amplia experiencia como conductor.

Que en virtud del estudio técnico elaborado para la modernización y reestructuración de la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE, adoptado mediante el Acuerdo No. 0011 del 28 de diciembre de 2012, la Junta Directiva de la entidad decidió reestructurar la planta de personal y suprimir el cargo ocupado por el actor.

Que con base en lo anterior fue expedida la Resolución No. 130 del 28 de diciembre de 2012, por medio de la cual se dio por terminado el nombramiento provisional del señor PÉREZ SALAMANCA, que fue notificada en la misma fecha.

Que de acuerdo con las planillas de servicio de ambulancia, debido a la alta demanda laboral del servicio de ambulancia, el demandante en reiteradas ocasiones tuvo que trabajar horas extras y tiempo suplementario, así que no era cierto que el uso del cargo estuviera por debajo del 50%.

Que las funciones inherentes al cargo del demandante después de la reestructuración se seguían ejecutando por personas vinculadas por órdenes de prestación de servicios y cooperativas de trabajo asociado.

Que el estudio técnico en mención cuenta con graves falencias formales y sustanciales y no cuenta con un sustento serio y debatible.

1.3. Fundamentos de derecho (ff. 3-14)

Se señalaron como normas violados los artículos 5, 6, 25, 29 y 209 de la Constitución; la Ley 1429 de 2010; y los Decretos Nos. 1950 de 1973, 1227 de 2005 y 019 de 2012.

En síntesis, la parte actora relató el procedimiento para efectuar reestructuraciones a las plantas de personal de las entidades públicas y sostuvo que la entidad no le había anunciado a sus empleados la iniciación de un proceso de modernización y no se conformó un expediente del mismo, o de existir, no se permitió su conocimiento a los trabajadores, con lo que se conculcó el debido proceso.

Recalcó que las reestructuraciones debían propender por la modernización de la Administración y que el estudio con que se sustentó el proceso adelantado por la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE no fundamentó en metodologías de diseño organizacional y ocupacional verificables el análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, la evaluación de la prestación de los servicios y la valoración de las funciones perfiles y cargas de trabajo.

Adujo que el estudio no consultó el contexto fáctico de la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE, ya que el demandante en reiteradas ocasiones tuvo que laborar tiempo suplementario y horas extras en razón a la alta demanda laboral de sus funciones.

Manifestó que el referido estudio técnico había contrariado postulados constitucionales y legales por cuanto las funciones ejercidas por el accionante eran esenciales para la marcha y el cumplimiento de las metas misionales e institucionales de la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE y habían sido trasladadas a personal tercerizado.

Indicó que, por lo anterior, el acto acusado se encontraba falsamente motivado, había sido expedido irregularmente y demostraba una desviación de poder.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (ff. 65-79)

Dentro de la oportunidad procesal concedida para el efecto, la entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y adujo que el proceso de modernización de la entidad desde sus inicios fue público y conocido por los trabajadores, sin que el señor PÉREZ SALAMANCA

mostrara interés alguno, de forma que no se había violado el debido proceso.

Esgrimió que la reestructuración se motivó en la racionalización del gasto público y que el estudio técnico elaborado para sustentar el proceso se había adelantado obedeciendo a la realidad financiera de la entidad y cumpliendo los requisitos pertinentes.

Sostuvo que la metodología del estudio se basaba en documentos técnicos del DAFP y la Superintendencia Nacional de Salud, y agregó que el estudio de cargas de trabajo se fundamentó en un formulario que fue diligenciado por el mismo demandante. Además, las supuestas planillas donde constan las horas extras laboradas por el actor no tenían validez ni credibilidad porque no reposaban en los archivos de la entidad, no contaban con el logo respectivo ni tuvieron ningún tipo de control por parte del personal del área asistencial.

Indicó que los argumentos de nulidad expuestos por la parte actora eran infundados y añadió que durante el proceso de reestructuración la CNSC manifestó que los cargos ocupados en provisionalidad no contaban con autorización para efectuar los nombramientos respectivos y que, aun cuando se había abierto una convocatoria para proveerlos, no hubo ningún inscrito, lo que demostraba la desidia de los empleados de la entidad para ingresar en propiedad por meritocracia.

Recalcó que después de la reforma a la planta de personal el Ministerio de Salud categorizó a la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE con riesgo financiero bajo, lo que demostraba los efectos del proceso.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó *"ineptitud sustantiva de la demanda"*, *"carencia de razón legal y fáctica para demandar"* y la *"excepción genérica"*.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, mediante sentencia proferida el 15 de diciembre de 2016, resolvió (ff. 787-799):

"(...) Primero.- Declarar probada la excepción denominada: carencia de razón (sic) y fáctica para demandar, planteada por la E.S.E. Gámeza Municipio Saludable.

Segundo.- Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Tercero.-Condenar en costas a la parte vencida, las cuales se liquidarán por secretaría, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P. y se fijan agencias en derecho (sic) la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. (...)"

Para adoptar tal determinación, después de delimitar el marco jurídico aplicable al caso, el *a quo* se refirió a la tacha del testigo HUGO LEONEL SALAZAR GÓMEZ, que fue propuesta en la Audiencia de Pruebas. Al respecto, indicó que a pesar de que el testigo había sido quien había elaborado el estudio técnico, no se avizoraba que contara con un interés directo en las resultas del proceso debido a que la entidad accionada no estaba en la obligación de adoptar dicho documento y tampoco se evidenciaba que su declaración estuviera parcializada.

Relató lo probado acerca del procedimiento adelantado previo a la supresión del cargo ocupado por el demandante, para culminar analizando el estudio técnico. Sobre este documento, tras describir su contenido, afirmó que este Tribunal ya se había pronunciado sosteniendo que había sido suficiente y se había ajustado a la normatividad vigente, lo cual también compartió el *a quo* al examinar su sustento y contenido.

Adujo que no se había probado la existencia de falsa motivación, más aún cuando el señor HUGO LEONEL SALAZAR GÓMEZ había aseverado en su testimonio que en el estudio de cargas de trabajo aparecía que el demandante hacía máximo 7 remisiones de pacientes al mes, lo que significaba que estaba por debajo del 50% el grado de utilización del cargo. Además, el Despacho concluyó que el nivel de riesgo financiero de la entidad pasó de *riesgo bajo* a *sin riesgo* después de la reestructuración.

Precisó que tampoco se había demostrado la configuración de desviación de poder y que esta Corporación había señalado que la función misional de una E.S.E. estaba ligada directamente con los servicios prestados, como los de medicina o enfermería, que podían ayudarse con procesos de apoyo, y no por eso los empleos con esta última connotación podía catalogarse como de carácter misional.

Aclaró que las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud podían contratar terceros, entidades privadas u operadores externos para desarrollar sus funciones, siempre que no se tratara de aquellas de carácter permanente, que pudieran desarrollarse con personal de planta

o que no requirieran de conocimientos especializados, y de acuerdo con lo informado por la Secretaría de Salud de Boyacá, era cada entidad la que definía cuáles empleos eran misionales teniendo en cuenta los servicios habilitados y el respectivo estudio técnico; cuestión replicada por la CNSC.

Alegó que en el estudio técnico había considerado que el transporte asistencial básico no era un proceso misional por no estar ligado directamente al cumplimiento de los objetivos y razón de ser de la entidad, aunado a que no se necesitaba de tiempo completo.

Finalmente, encontró acreditado que el proceso de reestructuración fue público y conocido por los trabajadores, así que concluyó que no se había violado el debido proceso; motivo por el cual dispuso negar las pretensiones de la demanda.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante apeló la sentencia con base en los siguientes argumentos (ff. 803-806):

Adujo que el fallo había transgredido presupuestos legales y jurisprudenciales, ya que la Ley 1429 de 2010 en sus artículos 63 y 103 proscribía la contratación del personal misional permanente mediante tercerización en razón a que esto desconocía los derechos laborales ciertos e indiscutibles de los empleados.

Sostuvo que el servicio de ambulancia se prestaba de manera asistencial, permanente y oportuna, y era inherente a toda institución que se dedica a la prestación de servicios médicos y hospitalarios, ya que ayuda a los fines y cometidos de toda E.S.E. así como a alcanzar sus objetivos. En apoyo de lo anterior, hizo referencia a las sentencias C-614 de 2009 y C-171 de 2012, dictadas por la Corte Constitucional y arguyó que los pronunciamientos de esta Corporación no eran aplicables al caso pues examinaban el caso de auxiliares administrativos.

Cuestionó el valor probatorio otorgado al testimonio del señor HUGO LEONEL SALAZAR GÓMEZ, quien consideró que podría estar “*incurso en parcialidad*” por haber elaborado el estudio técnico que sustentó la supresión del cargo del accionante, aun cuando su relación contractual con la entidad ya hubiera finalizado.

Señaló que el *a quo* había condenado al demandante al pago de las costas procesales, fijando como agencias en derecho el equivalente al 4% de las pretensiones sin ninguna argumentación, teniendo en cuenta que no se observa temeridad en las acciones de la parte actora.

5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido mediante auto del 6 de febrero de 2017 (f. 807) y fue admitido por esta Corporación mediante providencia calendada del 2 de marzo de 2017 (f. 812). Posteriormente, a través de auto del 15 de marzo de 2017 se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del CPACA y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (f. 816).

5.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1.1. Parte demandante (ff. 838-839)

Hizo alusión a los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

5.1.2. Parte demandada (ff. 818-837)

Redundó en los razonamientos esgrimidos en el fallo de primera instancia respecto del carácter no misional del cargo ocupado por el accionante y la posibilidad de la entidad de contratar la operación de servicios con terceros, de acuerdo con el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 y la sentencia C-171 de 2012, expedida por la Corte Constitucional. Además, reiteró los argumentos esbozados en la contestación de la demanda.

5.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

En los términos del recurso de apelación, corresponde a esta Sala establecer si:

- i. *¿El cargo ocupado por el accionante era de carácter misional y, por ende, no podía ser suprimido de la planta de personal?*
- ii. *¿Las funciones desempeñadas por el accionante, a pesar de la supresión del cargo, siguieron siendo desempeñadas permanentemente por personal tercerizado o mediante contratos de prestación de servicios?*
- iii. *¿La tacha del testimonio del señor HUGO LEONEL SALAZAR GÓMEZ debió impedir la valoración de su declaración por verse afectada la imparcialidad del testigo?*
- iv. *¿Era procedente la condena en costas dictada en primera instancia en contra de la parte demandante?*

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

2.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala confirmará el fallo apelado en razón a que se probó que el cargo ocupado por el accionante no era de carácter misional, así que la entidad demandada podía suprimirlo de la planta de personal y contratar con terceros la operación del servicio. Además, en razón a que la motivación formal y material de la reestructuración y del acto de retiro del actor se sujetaron al ordenamiento jurídico, no puede aceptarse que hechos posteriores a la modificación de la planta de personal tengan la potencialidad de invalidarla.

Adicionalmente, no se acreditó que las funciones desempeñadas por el accionante después de la supresión del cargo continuaran siendo ejercidas de forma permanente con personal tercerizado o a través de contratos de prestación de servicios, ya que se aportaron solo dos contratos de esta naturaleza suscritos aproximadamente un año y medio después del retiro del servicio del demandante y con un plazo de

ejecución corto, a lo que se agrega que el clausulado del acuerdo de voluntades permitía que el servicio no se prestara personalmente.

Por otra parte, la tacha del testigo HUGO LEONEL SALAZAR GÓMEZ no genera de plano la inadmisión de la declaración sino que sea examinada rigurosamente y, en todo caso, aun cuando lo dicho por el deponente fuera desestimado, esto por sí solo no conlleva a la nulidad del acto acusado.

Finalmente, la condena en costas en primera instancia era procedente por haber sido la parte actora vencida en el proceso y al encontrarse demostrada la actividad procesal de la contraparte, sin que en este análisis deba examinarse la temeridad o mala fe de la parte condenada a su pago.

3. ANÁLISIS DE LA SALA

En el *sub lite* se observa que la alzada se dirige a cuestionar (i) el carácter del cargo ocupado por el accionante, que según se indica es misional y permanente; (ii) la valoración del testimonio del señor HUGO LEONEL SALAZAR GÓMEZ, que la parte actora considera que debió desecharse por estar en entredicho la imparcialidad del deponente; y (iii) la condena en costas dictada en primera instancia, que esgrime el extremo activo que fue impuesta sin argumentación y sin que se configurara temeridad.

Sobre el primer cargo de la alzada, la Ley 1438 de 2011, "por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", en sus artículos 59 y 103 contempla previsiones específicas acerca de la contratación externa o por intermediación laboral que pueden llevar a cabo las Empresas Sociales del Estado:

"(...) ARTÍCULO 59. OPERACIÓN CON TERCEROS. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

(...)

*ARTÍCULO 103. CONTRATACIÓN DEL PERSONAL MISIONAL PERMANENTE. El **personal misional permanente** de las Instituciones públicas Prestadoras de Salud **no podrá estar vinculado mediante la modalidad de cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.***
(...) (Subraya y negrilla fuera del texto original)

El primero de los artículos citados fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-171 de 2012, en donde se dijo:

*"(...) la Sala reitera que la norma acusada, tal y como está enunciada, se encuentra en contravía de la **prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente de las entidades estatales**, funciones para cuyo cumplimiento se requiere la creación de los empleos o cargos públicos correspondientes.*

(...)

*Por consiguiente, la Sala evidencia en este caso, la necesidad de incorporar al entendimiento de la norma acusada, la única interpretación constitucional posible de la misma, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de este Alto Tribunal, según la cual, **la potestad de contratación otorgada por el precepto demandado a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados**. Por lo tanto, la Corte declarará en la parte resolutive de esta sentencia, la exequibilidad condicionada del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el sentido anunciado. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este sentido, en el sector de la salud y más específicamente en las Empresas Sociales del Estado está permitida la contratación de terceros para la prestación de los servicios que sean necesarios, pero con las mismas restricciones con que cuenta la Administración Pública en general, esto es, la imposibilidad de menoscabar los derechos mínimos laborales que se derivan de la Constitución. La limitación de la contratación de personal externo es más clara tratándose de empleos de carácter misional permanente, los cuales en todo caso deben ser provistos de forma directa y mediando una relación laboral.

Ahora bien, no existe una regulación que enliste los empleos de carácter misional permanente para el caso de las E.S.E. Como lo expuso el *a quo*, en el presente proceso tanto la Secretaría de Salud de Boyacá (f. 644) como la CNSC (f. 662) señalaron que es la estructura de la planta de personal la que determina qué empleos tienen esa connotación, de acuerdo con los servicios habilitados y las particularidades propias de cada entidad. Sobre este punto, cabe traer a colación la definición aportada por la CNSC de empleo misional (f. 662):

*"(...) me permito informarle que por empleo misional se entiende **aquel cuyo Manual de Funciones y Competencias Laborales contempla** (sic) **actividades o funciones directamente relacionadas con el cumplimiento de la razón de ser o propósito de la autoridad pública**.*

Para el caso de empresas sociales del Estado, que prestan servicios de salud, **podrían ser empleos misionales los correspondientes al personal médico, de enfermería y auxiliares de enfermería**, distintos a los que ejercen funciones para el área administrativa, contable o financiera, los cuales son comunes en cualquier entidad pública. (...)” (Negrilla fuera del texto original)

En el *sub lite*, aun cuando la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE tiene habilitado el servicio de ambulancia terrestre básica (f. 647), en el proceso de reestructuración se definió que aquel no hacía parte de un proceso misional sino de apoyo, de conformidad con la siguiente discriminación (f. 111-113 anexo 1):

Procesos estratégicos	Procesos misionales	Procesos de apoyo	Procesos de evaluación
- Planeación estratégica	- Citas médicas - Medicina general - Consulta prioritaria - Odontología - Consulta de enfermería - Esquema de vacunación - Saneamiento ambiental - Plan de salud territorial	- Gestión administrativa - Comunicación pública - Gestión financiera y contable - Servicio de farmacia - Gestión documental - Tesorería y presupuesto - Transporte asistencial básico - Gestión del talento humano	- Evaluación independiente

Esta Corporación ya ha sostenido¹ que el anterior entendimiento es razonable, teniendo en cuenta que en estricto sentido la razón de ser de una Empresa Social del Estado de primer nivel complejidad es la prestación de los servicios básicos médicos y de enfermería, así que los empleos que desempeñen dichas funciones deben ser provistos directamente por la entidad; por consiguiente, el carácter de apoyo del empleo de Conductor de Ambulancia hacía viable su desaparición de la planta de personal para efectos de la operación del servicio a través de terceros.

En este punto es necesario realizar dos precisiones. En primer lugar, la anterior conclusión resulta válida en este caso teniendo en cuenta que la motivación material y formal de la actuación se encuentra conforme a derecho y, de hecho, no es objeto de discusión en esta instancia. De

¹ TAB, 13 Sep. 2016, e15238-33-33-002-2013-00175-01, L. Arciniegas.

conformidad con lo probado en el proceso, también indicado por el a quo, el estudio técnico que sustentó la reestructuración evidenció que la carga laboral del empleo era inferior al 50%, según puede leerse enseguida (f. 174 anexo 1):

"(...) Se suprime este cargo [Conductor código 480 grado 02] teniendo en cuenta el estudio de cargas de trabajo y frecuencia de uso que nos arroja un promedio de menos de un 50% de uso, lo que nos permite tercerizar la contratación de este personal por evento o disponibilidad garantizando de esta forma la oportunidad en la prestación del servicio contratado. (...)"

Además, la reducción de la planta de personal significó una disminución de los gastos de funcionamiento de la entidad, que pasaron de \$250.917.858,00 a \$112.524.870,00 (f. 178 anexo 1), lo que sumado a lo anterior, claramente significa que el móvil que suscitó la supresión del cargo y que necesariamente fue anterior a ésta fue la racionalización del gasto público.

En segundo lugar, en razón a que era posible la operación del servicio con terceros y que la motivación formal y material del proceso de reestructuración que precedió al acto acusado atienden el ordenamiento jurídico, las actuaciones posteriores de la Administración no tienen la virtualidad de viciar la validez de este último. Así las cosas, ante la supresión del cargo de Conductor de Ambulancia la entidad tenía la posibilidad de escoger una de las formas para prestar el servicio sin desatender normas superiores, pero si, por ejemplo, opta por una modalidad que afecte los derechos laborales de algún ciudadano, esto no significa que la reestructuración sea ilegal sino que tendrá que resarcir a la persona afectada en concreto.

En otras palabras, válidamente la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE podía suprimir el cargo en comento y seguir prestando el servicio, pero si con este fin hace un uso inadecuado de las modalidades de tercerización laboral o de los contratos de prestación de servicios, será el ciudadano vinculado a través de una de estas modalidades quien podrá reclamar sus derechos laborales ante la jurisdicción, sin perjuicio de las sanciones administrativas pertinentes, pero esto en todo caso no tiene la potencialidad de hacer reaparecer el cargo en la planta de personal, después de haber sido suprimido legalmente.

Por otra parte, debe recalcar que no fue probado que el cargo de Conductor de Ambulancia siguiera existiendo materialmente por medio de sucesivos contratos de prestación de servicios a pesar de su supresión, ya que solo fueron allegados dos contratos de esa naturaleza suscritos el

1º de junio y el 1º de julio de 2014, respectivamente, por el término de 5 y 2 meses cada uno (ff. 1-6 anexo 2). En este sentido, estos acuerdos de voluntades fueron signados aproximadamente un año y medio después del retiro del servicio del demandante y por un plazo limitado del que no se extrae la permanencia y continuidad propia de un empleo de planta, con el ingrediente adicional relativo a que dentro de su clausulado no se exigía rigurosamente la prestación personal del servicio, sino que facultaba al contratista a enviar un "reemplazo" cuando fuera necesario, siempre que contara con las mismas calidades y requisitos que aquel.

Por lo antedicho, la Sala considera que este razonamiento no desvirtúa la presunción de legalidad del acto acusado, así que este cargo de la apelación no prospera.

Acerca de la tacha del testimonio del señor HUGO LEONEL SALAZAR GÓMEZ, debe tenerse en cuenta que el artículo 211 del CGP establece que cuando se proponga y sustente una tacha sobre la imparcialidad o credibilidad del testigo, *"el juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso"*, lo que significa que esta duda no genera de entrada la necesidad de enjuiciar la admisibilidad o no de la prueba, sino que obliga a examinar con mayor rigor la declaración para verificar que sea consistente y objetiva. Por esta razón, no era procedente que el *a quo* antes de analizar el contenido de lo dicho por el testigo de plano desestimara la tacha, lo cual genera la inconformidad expuesta en la alzada, sino que era necesario escudriñar sus afirmaciones de manera estricta y confrontarlas con el material probatorio restante para verificar si el motivo que generaba la duda respecto de su imparcialidad había afectado efectivamente la objetividad de la declaración.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala considera que en realidad este aspecto no tiene la trascendencia suficiente para cambiar el sentido de la decisión. Nótese que el carácter del empleo bajo análisis (de apoyo) y en general la legalidad del proceso de reestructuración no se basan en la prueba testimonial sino en las documentales aportadas al plenario, de modo que de desecharse la aludida declaración en todo caso el juicio de legalidad del acto acusado llegaría al mismo punto. Además, el testigo se limitó a narrar las actuaciones adelantadas en el proceso de modernización de la E.S.E. GÁMEZA MUNICIPIO SALUDABLE, que llevaron a la desvinculación del demandante, lo cual es concordante con el resto de las probanzas existentes en el proceso.

De este modo, este argumento de la apelación tampoco prospera.

4. DE LA CONDENA EN COSTAS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

De acuerdo con el artículo 361 del CGP, el concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el CPACA, gastos ordinarios del proceso² y otros como son los necesarios para el traslado de testigos y la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia (como peritos y secuestres), transporte del expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, la noción de costas incluye las agencias en derecho, que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado³, los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el numeral 8º del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007⁴.

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el seno del Consejo de Estado se han suscitado tres posiciones acerca del análisis que debe desarrollar el Juez al momento de decidir, en los términos del artículo 188 del CPACA, sobre la condena en costas. Al respecto, la Subsección C de la Sección Tercera -no de forma pacífica- ha indicado que es necesario efectuar un test de proporcionalidad que involucre la afectación al acceso a la Administración de Justicia (idoneidad), su grado de intensidad (necesidad) y su repercusión en términos de tasación de la aludida condena (proporcionalidad en estricto sentido)⁵.

Por otra parte, la Subsección B de la Sección Segunda sostuvo que la norma en comento no implica la condena de manera "automática" u "objetiva" frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello en

² CPACA, Arts. 171-4.

³ Criterio aceptado por la Corte Constitucional en sentencias C-043 de 2004 y C-539 de 1999.

⁴ Regula la norma como deber de los abogados, el de "...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto".

⁵ Ver, por ejemplo: CE 3C, 29 Ene. 2018, e250002336000201500405-02 (59179), J. Santofimio.

consideración a que debían observarse una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debe ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis en el que el Juez debe evaluar las circunstancias para imponerla o no⁶. Esta postura fue recientemente rectificada por la Subsección, que acogió la tesis que se expone enseguida⁷.

Finalmente, la Subsección A de la Sección Segunda prohijó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho), al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), con los siguientes argumentos:

"(...) El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio 'subjetivo' -CCA- a uno 'objetivo valorativo' -CPACA-.
- b) Se concluye que es 'objetivo' porque en toda sentencia se 'dispondrá' sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, **se le califica de 'valorativo' porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación.** Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. **Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.**
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia. (...)"⁸ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

⁶ Ver, por ejemplo: CE 2B, 9 Nov. 2017, e18001-23-33-000-2015-00214-01(1050-17), S. Ibarra.

⁷ CE 2B, 22 Feb. 2018, e250002342000201200561 02 (0372-2017), S. Ibarra.

⁸ CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.

Bajo el anterior contexto, la Sala ha acogido el criterio objetivo-valorativo en la condena en costas, debido a que se ciñe de forma más estricta a las disposiciones que regulan la materia. En este sentido, la aplicación del test de proporcionalidad se considera inadecuada en razón a que se emplea como instrumento de tasación, sin que de por medio se presente una tensión entre derechos o principios que requiera la realización de un examen sobre su coexistencia (o contraposición) y peso en situaciones concretas. Por otra parte, es clara la intención del legislador de abandonar el criterio subjetivo para efectos de decidir si se impone o no la condena, ya que no se dispuso la evaluación de aspectos como la temeridad o mala fe.

Lo anterior no implica que no deba verificarse que las costas se hayan causado, sino que no debe acudir a elementos extraños a la regulación para determinar y, de ser el caso, cuantificar la suma por la que debe condenarse. Esto sin dejar de lado que, como se dijo, las costas están integradas por las expensas y las agencias en derecho y, mientras que la acreditación de las primeras se lleva a cabo valorando los gastos causados y quien los sufragó, las segundas se derivan de la actividad procesal de la parte vencedora.

Descendiendo al caso concreto, se observa que en la **primera instancia** se condenó en costas a la parte demandante, lo cual resulta lógico en la medida en que (i) fue vencida en el litigio y (ii) la parte demandada mantuvo actividad procesal con la contestación de la demanda, su intervención en las audiencias y la presentación de alegatos de conclusión. Asimismo, en la **segunda instancia** si bien es cierto no se causaron expensas a cargo de la parte demandada, también lo es que (i) a la parte actora le fue resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, y (ii) la entidad tuvo actividad procesal al pronunciarse durante el traslado de alegatos de conclusión.

En suma, en el *sub lite* en criterio de la Sala no procede la revocatoria de la condena en costas dictada en primera instancia y, por otra parte, en esta instancia también debe condenarse al accionante al pago de las mismas. Su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, deberá ser llevada a cabo por el Despacho de primer grado siguiendo lo dispuesto en el artículo 366 del CGP⁹.

⁹ Sobre la etapa procesal y la forma de liquidar las costas, incluyendo las agencias en derecho a cuyo pago se condena en segunda instancia, ver: TAB, 22 May. 2018, e150013333013201300095-01, F. Afanador.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia preferida el 15 de diciembre de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la **parte demandante y a favor de la entidad demandada**, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA y el numeral 1° del artículo 365 del CGP. Por Secretaría del Despacho de primera instancia, procédase a la liquidación correspondiente e inclúyanse las agencias en derecho, siguiendo lo establecido en el artículo 366 *ídem*.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el sistema de información de la Rama Judicial.

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

RECEIVED
BOYACÁ
SECRETARÍA DE JUSTICIA
BOYACÁ
104 JUN 17 2018