

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

SALA DE DECISIÓN No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 16 de Mayo 2018

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: MARLEN SIAUCHO LARA

DEMANDADO: ESE GAMEZA MUNICIPIO SALUDABLE

RADICADO: 15238333300120130017402

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el fallo de fecha 16 de noviembre de 2016, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, en el que fueron denegadas las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la señora **MARLEN SIAUCHO LARA** contra la **ESE GAMEZA MUNICIPIO SALUDABLE**.

II. ANTECEDENTES

2.1.- LA DEMANDA. Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, la señora **MARLEN SIAUCHO LARA** solicitó se inaplicara el Acuerdo No. 011 de 2012 "Por el cual se adopta la modernización institucional y modifica la planta de personal de la ESE GAMEZA MUNICIPIO SALUDABLE y se dictan otras disposiciones"; así mismo que se declarara la nulidad de la resolución No. 129 del 28 de diciembre de 2012 por medio del cual se terminó el nombramiento de la demandante

como auxiliar de enfermería que desempeñaba en provisionalidad en esa Entidad.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento solicitó se le reintegrara al cargo que ocupaba como auxiliar del área de salud de la ESE demandada, o en su defecto a uno de igual o superior jerarquía. Así mismo, pidió que se reconociera y pagara a favor de la demandante todos los salarios y prestaciones sociales, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, subsidios, intereses y demás derechos laborales dejados de devengar desde el momento de su retiro y hasta cuando se produjera su reintegro; entre otras declaraciones y condenas.

Como **fundamento de sus pretensiones**, manifestó que se vinculó a la Entidad demandada el 2 de enero de 2006, en el cargo de auxiliar del área de salud código 412 grado 05, nivel asistencial.

Que con fundamento en las conclusiones arrojadas por el estudio técnico elaborado por la Institución demandada, como estrategia de modernización y reestructuración, se suprimieron un número significativo de cargos adscritos a la planta de personal de la entidad, entre ellos, el de auxiliar del área de salud código 412 grado 05 del nivel asistencial, que era desempeñado por la demandante. Esta circunstancia se concretó en la resolución No. 129 del 28 de diciembre de 2012 por medio del cual se terminó el nombramiento de la demandante.

Agregó que 4 de los 5 cargos de auxiliar del área de salud que existían en la planta de personal fueron suprimidos, subsistiendo solo uno de ellos, para atender las funciones de los cargos suprimidos y a éste se asignaron las funciones que cumplían los otros cargos, lo que a juicio de la demandante configura la desmejora de la prestación del servicio de salud.

En cuanto al **concepto de la violación** señaló que los actos demandados vulneraban las normas en que debían fundarse, de orden constitucional y legal, en primer lugar, la garantía del debido proceso, en la medida que

para proceder a la supresión de los empleos, no avisó ni comunicó a sus empleados la iniciación del proceso de modernización y la integración del Comité Interdisciplinario; que las actuaciones adelantadas en el proceso de reforma no fueron de acceso de los empleados, con lo cual se les cercenó a éstos la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

En cuanto las normas de orden legal señaló que se vulneraron los decretos 1227 de 2005 y 019 de 2012, pues el estudio técnico que dio fundamento a la reforma de personal, específicamente el análisis de los procesos técnico- misionales y de apoyo, la evaluación de la prestación del servicio y la valoración de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos no se basan en metodologías de diseño organizacional y ocupacional verificables. Aunado a esto que, el aludido estudio técnico no consulta el contexto fáctico de la ESE demandada, que éste propone la supresión de cargos, reasignación de funciones y tercerización de servicios de carácter permanente y necesarios para el cumplimiento de los fines misionales de la ESE sacrificando no solo el cumplimiento de los fines del Estado, sino además que incentiva la vinculación de personal mediante figuras que se encuentran proscritas por la Ley.

Aunado a lo anterior, que las conclusiones arrojadas por el estudio técnico implican la desmejora en el servicio de salud atribuido a la entidad demandada, pues a su juicio, la modificación de más del 50% de la planta de personal de la ESE dejando solo 6 cargos para proveer la demanda de los servicios de salud, sacrifica la buena marcha del servicio.

De otro lado, que el estudio técnico no fue firmado y/o suscrito por cada uno de los miembros del Comité interdisciplinario constituido para ese efecto, y que además, el manual de funciones no se adoptó mediante acto administrativo.

En segundo lugar acusó también el acto demandado de haber sido expedido con falsa motivación, no solo por los argumentos expuestos, sino porque la causa del retiro de la demandante no fue buscar el mejoramiento

del servicio, sino retirarla por *no haber acompañado en su causa política al hoy Alcalde de Gámeza* (fl. 11 vltto).

Finalizó señalando que los actos demandados fueron expedidos con desviación de poder, en la medida que no solo se desmejoró el servicio, sino porque las funciones que desempeñaba la demandante debieron mantenerse, en la medida que aunque asistenciales, por su importancia no pueden dejarse de ejecutar y que por tanto, tales funciones tienen carácter misional y su prestación no podía tercerizarse, como lo hizo la demandada (fl. 13-14).

2.3.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA. Se trata de la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2016, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, en la que se denegaron las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, la *A quo* en cuanto a los reparos hechos al estudio técnico elaborado por la ESE demandada, con fundamento en un pronunciamiento de esta Corporación manifestó que el referido estudio técnico sí fue suficiente y se ajustó a lo establecido en la ley 909 de 2004, reglamentada por el decreto 1227 de 2005 y modificada por el decreto 19 de 2005, así como la **guía de modernización de entidades públicas**, del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP).

Ahondó en esto señalando que el estudio técnico cumplió lo ordenado por el artículo 97 del decreto 1227 de 2005, en la medida que el mismo fue elaborado por un equipo interdisciplinario idóneo y organizado por la propia entidad, se basó en metodologías de diseño organizacional y ocupacional previstas y reglamentadas por el DAFP y que además desarrolló, entre otros aspectos, lo concerniente al análisis de los procesos técnico misionales y de apoyo.

Agregó que del estudio técnico se apreciaba la necesidad de modificar la planta de personal de la Entidad, dando cumplimiento a las disposiciones legales establecidas para el efecto; señaló que contrario a lo afirmado por

la actora, con la supresión de empleos no se desmejoró el servicio, pues el aludido estudio, analizó los cargos a suprimir, evaluando los perfiles y las hojas de vida de los empleados, para concluir qué funcionarios serían incorporados a la nueva planta de personal.

Sobre este punto señaló que, como lo dijo el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia citada, el cargo de auxiliar área de salud no era necesario, teniendo en cuenta la frecuencia de uso de los servicios y la posibilidad de que el profesional realizara las actividades propias de su servicio sin que existiera necesidad de contar con un auxiliar.

De otro lado indicó que en cuanto a las calidades de la persona que elaboró el estudio técnico o el coordinador del equipo de trabajo, esto es, el señor Hugo Leonel Salazar Gómez, resultaba idóneo pues contaba con la acreditación académica y la experiencia que le llevaron a concluir que tal profesional resultaba *idóneo y capacitado para la elaboración del estudio*. Que en todo caso, si la demandante no estaba de acuerdo con el estudio técnico, se encontraba en la obligación de aportar la experticia que lo contravirtiera.

En cuanto a la acusación consistente en que se vulneró el derecho al debido proceso de los empleados, la Juez de instancia manifestó que en el expediente reposaba un oficio del Gerente de la ESE dirigido a los empleados, en el que los invitaba a la socialización y conformación del comité interdisciplinario para adelantar el proceso de modernización institucional, no obstante, no obraba prueba de la demandante ni los demás trabajadores de la Entidad hubiese manifestado su intención de participar. En el mismo sentido señaló que en el expediente reposaba acta del Comité Interdisciplinario de la socialización de la metodología del estudio técnico, lo mismo que de los documentos que hacían parte de la reforma administrativa, los que se encontraban disponibles para los interesados o que en todo caso, podían ser solicitados en ejercicio del derecho de petición.

Finalmente indicó que a la entidad demandada le correspondía determinar la naturaleza de los empleos misionales y que de acuerdo con ello, el cargo de auxiliar en el área de salud, no ostentaba esa naturaleza; además de esto, que si bien la supresión del empleo de la demandante se llevó a cabo en diciembre de 2012, y que en el expediente reposaban contratos de prestación de servicios como auxiliares de enfermería, lo cierto es que éstos fueron celebrados a partir del 1 de julio de 2014, es decir que con ellos no se pretendió suplir las funciones desempeñadas por la demandante (fl. 337-355).

2.3. EL RECURSO DE APELACIÓN. Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante la impugnó oportunamente, indicando al efecto que la *ratio decidendi* de la sentencia no podía fundamentarse en las declaraciones de un testigo que había sido tachado de sospechoso, por tener relación directa con los hechos materia del proceso, como era el caso del señor Hugo Leonel Salazar Gómez; que la tacha al testigo se encaminó a demostrar que éste no era imparcial en la medida que había hecho parte del equipo interdisciplinario que elaboró el estudio técnico que fundamentó la reforma a la planta de personal y que por ello le asistía interés directo en su declaración. Indicó que la Juez de instancia, por haber conferido valor probatorio a tal testimonio, a pesar de la tacha que se le había formulado, incurrió en defecto fáctico en su dimensión positiva, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

De otro lado, indicó que la contratación de la planta de personal de la ESE demandada, conforme se observa en el oficio No. AO-600, más de la mitad de los empleos de la planta de personal de la entidad se efectuaron mediante contratos de prestación de servicios, lo que a su juicio, evidencia la tercerización de empleos de carácter misional y permanente como el que desempeñaba la demandante, lo cual, conforme la jurisprudencia constitucional se encuentra prohibido.

Reiteró que se configuraba la desviación de poder con que habían sido expedidos los actos administrativos demandados, en la medida que se probó

que posterior a la reforma de personal se vinculó a dos auxiliares de enfermería mediante contratos de prestación de servicios, lo cual contrariaba precisamente el estudio técnico, con lo cual, a su juicio, se desvirtuaba también la pretendida mejora del servicio.

De otro lado señaló que el fallo impugnado se abstuvo de analizar el caso concreto, para en su lugar, valerse de un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Boyacá y dar por sentado, en el caso concreto, los argumentos de sus consideraciones; el que en todo caso no era aplicable pues trataba de un cargo diferente al debatido en el *sub examine*.

Finalmente solicitó se revocara la condena en costas, pues a su juicio, conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada no se argumentaron las razones para acceder a su condena y porque además no se probó su causación en la medida que la parte actora no presentó conductas dilatorias (fl. 359-363).

2.4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA. El recurso de apelación se admitió mediante auto de 28 de abril de 2017 (fl. 370), y por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., se ordenó por auto de 14 de julio de 2017, correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que, si a bien lo consideraba, emitiera su concepto (fl. 1847)

2.5. TRASLADO DE ALEGATOS DE CONCLUSION. En el término concedido para el efecto, la apoderada de la **parte demandante** presentó escrito en el que reiteró los argumentos expuestos en el escrito de demanda (fl. 384-385).

Por su parte la Entidad demandada solicitó se confirmara la sentencia recurrida, pues a su juicio la actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados. Al efecto reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agregó que según concepto

de la Secretaría de Salud Departamental, cada Entidad sería quien definiría qué empleos debían considerarse misionales, que por ello, la demandada, con fundamento en el estudio técnico, los determinó. Adujo que el cargo desempeñado por la actora fue catalogado por el estudio técnico como sujeto de supresión, dado que no era *viable*.

De otro lado indicó que conforme lo dispuesto en el artículo 59 de la ley 1438 de 2011, las Empresas Sociales del Estado tienen la facultad de contratar con terceros los servicios conforme a las necesidades, por lo que el litigio en el caso no gira en torno a la contratación adelantada por la Entidad y que en todo caso, la vinculación de la actora era en provisionalidad y por tanto no gozaba de los derechos y estabilidad de los empleados de carrera administrativa.

Finalizó indicando que las conclusiones del estudio técnico eran acertadas en la medida que la Entidad demandada no presentaba buen comportamiento presupuestal y financiero, dado que estaba funcionando con una planta de personal sobreestimada y que no estaba acorde a la realidad financiera y social, pues la misma fue creada sin un soporte técnico que determinara la necesidad de la misma (fl. 376-383).

Por su parte, la Agencia del **Ministerio Público** no hizo pronunciamiento alguno en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si la demandante tiene derecho a ser reintegrada al cargo que ocupaba en provisionalidad en la planta de personal de la ESE GAMEZA MUNICIPIO SALUDABLE que fue suprimido en virtud del acto administrativo demandado.

3.1.1. De la supresión de cargos de carrera administrativa-Exigencia de estudio técnico

Sobre el particular la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la supresión de cargos de carrera administrativa debe ser entendida como la desaparición o reducción de puestos de trabajo en los que los servidores públicos ejercen y desarrollan determinadas y precisas funciones¹; que la supresión puede obedecer a circunstancias como la *i)* fusión o liquidación de la entidad pública respectiva, *ii)* cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad, *iii)* traslado de funciones o competencias de un organismo a otro, *iv)* supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones, *v)* mejoramiento o introducción de procesos, producción de bienes o prestación de servicios, *iv)* redistribución de funciones y cargas de trabajo, *vii)* introducción de cambios tecnológicos, *viii)* Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad, *ix)* racionalización del gasto público y *x)* mejoramiento de los niveles de eficiencia, eficacia, economía y celeridad de las entidades públicas.

Prosigue la jurisprudencia en cita señalando que el proceso de reestructuración debe responder a la garantía de los derechos de ese personal que ante la prevalencia del interés general queda cesante, por ello, debe estar precedida de una serie de etapas que son necesarias para su prosperidad y que inician con la elaboración del estudio técnico, luego, la propuesta de modificación de la planta de personal, el concepto técnico favorable y el concepto de viabilidad presupuestal.

Sobre el particular, la ley 443 de 1998 en su artículo 41 disponía que con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, **las reformas de planta de personal de las entidades de la**

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 7 de marzo de 2013. C.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Exp. 1454-11

rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera, deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración **y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en administración pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.**

El decreto 1572 de 1998 modificado por el decreto 2504 de 1998 reiteró que las modificaciones a la planta de personal debían motivarse expresamente y entre otras cosas, estar soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren.

Posteriormente se expidió la ley 909 de 2004, la que en su artículo 46 disponía que las reformas de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración **y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia;** estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional.

Este artículo fue modificado por el artículo 228 del decreto ley 19 de 2012, el que dispone que las reformas de plantas de personal de empleos en las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deben motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración **y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública- ESAP.**

Como se aprecia, tanto la norma que regía con anterioridad a la ley 909, esto es la ley 446 de 1998, como aquella, disponían que los estudios técnicos que debían soportar las reformas a las plantas de personal debían ser elaborados por *i)* la respectiva entidad, *ii)* la Escuela Superior de Administración Pública- ESAP, *iii)* firmas especializadas en la materia o, *iv)* profesionales en administración pública u otras profesiones idóneas debidamente acreditados. Sin embargo, esto último tuvo vigencia hasta la expedición del decreto 19 de 2012, en el que se restringió la elaboración de los aludidos estudios a los dos primeros, esto es, a la respectiva entidad bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública- DAFP y de la Escuela Superior de Administración Pública- ESAP.

Lo anterior encuentra su justificación en el espíritu mismo del decreto 19 de 2012, el cual se expresa en su artículo primero, al señalar que esa norma tenía por objeto suprimir o reformar los trámites o procedimientos y regulaciones innecesarios existentes en la administración pública, con el fin de facilitar la actividad de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades, contribuir a la eficiencia y eficacia de éstas y desarrollar los principios constitucionales que la rigen.

Así, lo pretendido con la reforma introducida por el artículo 228 del decreto 19 de 2012 es contribuir a la eficiencia y eficacia del proceso de reforma de plantas de personal, específicamente en lo relativo a la elaboración del estudio técnico que la soporte, el que como se dijo, fue encargado exclusivamente a la respectiva entidad, bajo las directrices del DAPF o de la ESAP, es decir, eliminando la posibilidad de que otras entidades o personas contribuyeran en su elaboración, lo que evidentemente ahorra esfuerzos humanos y económicos a la respectiva Entidad.

De otro lado, en cuanto a los requisitos específicos que debe cumplir el estudio técnico que reforma una planta de personal, el artículo 97 del decreto 1227 de 2005, reglamentario de la ley 909 de 2004 dispone lo siguiente:

Artículo 97. Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos:

97.1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.

97.2. Evaluación de la prestación de los servicios.

97.3. Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.

Sobre el particular, el Órgano Vértice de la Jurisdicción ha señalado que los aludidos aspectos *mínimos* que se exigen a los estudios técnicos que reformen las plantas de personal, responden al hecho de que tales modificaciones tienen naturaleza reglada, en la cual la ley le señala tanto la oportunidad como el procedimiento a seguir, así las cosas, la administración debe actuar dentro de un estricto marco legal, pues sus actuaciones en esta materia están desprovistas de discrecionalidad².

Conforme la jurisprudencia del Órgano de Cierre de la Jurisdicción el estudio técnico constituye el documento que contiene la aptitud técnica y legal del proceso, pues en él se debe ver reflejada la motivación que lleva a la modificación de la organización o entidad y que se erige como presupuesto *sine qua non* de la legalidad de la misma³.

El aludido estudio técnico debe ser elaborado por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la ESAP, contener las causas que llevan a la modificación de su estructura y la metodología que se implementará para el correspondiente análisis, tal como lo prevén los artículos 95, 96 y 97 del decreto 1227 de 2005 reglamentario de la ley 909 de 2004 y decreto ley 1567 de 1998.

Finalmente que los estudios para las modificaciones de las plantas de empleos deben basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos: *i)* análisis de los procesos técnicos misionales y de apoyo, *ii)* evaluación de

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 11 de mayo de 2017. C.P. William Hernández Gómez. Exp. 4719-14

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 16 de noviembre de 2017. C.P. William Hernández Gómez. Exp. 0177-15

la prestación de servicios y *iii*) evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos (art. 97 decreto 1227 de 2005).

3.1.2. La estabilidad de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera

El artículo 125 Constitucional dispone que los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera, se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales. Al respecto la ley 909 de 2004 contempló la figura del encargo mientras se surtía el proceso de selección y una vez convocado el respectivo concurso, así como la provisionalidad respecto de los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos⁴.

Respecto del nombramiento en provisionalidad de personas en cargos de carrera, la jurisprudencia constitucional ha señalado que excepcionalmente los cargos de carrera podrán ser ocupados en provisionalidad, que esta figura busca responder a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia⁵. Sin embargo, dicha situación temporal no cambia la calidad o naturaleza

⁴ Ley 909 de 2004. "Artículo 24. ENCARGO. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

ARTÍCULO 25. PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. *Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera."*

⁵ T-1206 de 2004

del cargo que se ocupa, pues la circunstancia de hecho no tiene la disposición para cambiar una determinación legal⁶.

Que por tanto, entre los dos extremos de estabilidad en el empleo público⁷, se encuentra una **estabilidad relativa o intermedia**, dado que el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera, no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción ni tampoco con quien desempeña el cargo en carrera por haber concursado, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto, pero tampoco la persona vinculada adquiere una plena estabilidad, una estabilidad equivalente a la del servidor de carrera administrativa. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos⁸.

Lo anterior se manifiesta en el *retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera*, dado que debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe *"atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un*

⁶ SU-556 de 2014

⁷ El que se predica de la persona nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción (discrecionalidad del nominador) y estabilidad reforzada del cargo de carrera

⁸ Ibidem

*lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo*⁹¹⁰ En concordancia con lo anterior, el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas.

Así, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que las personas que ocupan cargos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia¹¹, por lo que el acto administrativo que haga efectiva una desvinculación de un trabajador en provisionalidad debe estar respaldado por una motivación seria y suficiente en la que se indiquen específicamente las razones de tal decisión¹².

3.3.3. De la tacha por sospecha de los testigos

De acuerdo a la doctrina, el testimonio es la declaración que realiza un tercero, ajeno a la contención, pues no tiene relación jurídica procesal con las partes; sobre los hechos que le constan por percepción directa.

El artículo 211 del C.G.P., norma aplicable en el presente asunto, conforme lo establecido en Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de junio de 2014¹³, concordante con lo dispuesto en providencia de esa misma corporación del 6 de agosto de 2014¹⁴, dispone que:

⁹ Sentencia T-1310 de 2005 MP: Álvaro Tafur Galvis: "En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar." A su vez la sentencia T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández dijo: "La Corte ha precisado que un empleado o funcionario de carrera sólo puede ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley. Así, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario de un cargo de carrera administrativa o judicial debe ser motivado." Ver, entre otras, sentencias: T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-1206 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentería; y T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁰ C-279 de 2007.

¹¹ Ver, por ejemplo, sentencias T-245 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-109 de 2009 (M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez), T-507 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo), C-533 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), SU-917 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 1 de marzo de 2018. C.P. William Hernández Gómez. Exp. 05001233300020170484801 (AC)

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 2014, EXP. 25000-23-36-000-2012-00395-01(I.J.), M.P. ENRIQUE GIL BOTERO. (...) "*La Sala Plena entonces mediante Auto unificó jurisprudencia concluyendo que el Código General del Proceso para los asuntos que son competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entra a regir desde el 1º de enero del 2014 y no en forma gradual.*"

¹⁴ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, Auto del 6 de agosto de 2014. Si bien, es cierto, la disposición señalada hace una remisión expresa a este último cuerpo normativo, ello no es óbice para que a partir del 25 de junio de 2014, el CPG se aplique en lo pertinente a aquellos procesos que se iniciaron bajo la vigencia del C.C.A., pues una interpretación teleológica de la norma, permite concluir que el fin del legislador al consagrar la cláusula de integración residual, no era remitir a una codificación en concreto, sino a la legislación

"Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales y otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo a las circunstancias de cada caso".

La tacha es un cuestionamiento que se realiza respecto del testigo, bien por sus calidades personales, bien por sus relaciones afectivas o convencionales con las partes, de modo que su declaración pueda estar influenciada por elementos ajenos a su simple percepción, lo que lo torna en "sospechoso".

Son fundamentos de la tacha, *i)* la inhabilidad del testigo, *ii)* las relaciones afectivas o comerciales, *iii)* la preparación previa al interrogatorio, *iv)* la conducta del testigo durante el interrogatorio, *v)* el seguimiento de libretos, *vi)* la inconsonancia entre las calidades del testigo y su lenguaje y *vii)* la incongruencia entre los hechos narrados.

La tacha se formulará en la audiencia respectiva y se resolverá en sentencia, a menos que se trate de una inhabilidad, caso en el cual se deberá resolver inmediatamente.

Al respecto el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de enero de 2012, indico que los motivos de la tacha del testigo se analizaran en la sentencia, sin embargo, la tacha no implica que la recepción y valoración de esta prueba se torne improcedente, *"sino que exige del juez un análisis más*

procesal civil vigente, que como ya se dijo, regula los aspectos más transversales a todos los procesos. En consecuencia, a partir del auto de unificación del 25 de junio de 2014, en aquellos procesos que aún se tramitan en el sistema escritural, el juez deberá acudir al CGP.

severo para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria”¹⁵.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-790 de 2006 para el evento en que los testigos sean sospechosos por encontrarse en situaciones que afecten su credibilidad o imparcialidad, en tal situación la declaración si puede recibirse pero debe apreciarse con mayor severidad. Eso se señaló en la referida jurisprudencia:

"En cuanto al artículo 217 del C.P.C., éste lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador ; ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, "...la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil.

No obstante lo anotado, cuando una controversia entre particulares debe ser dirimida por el juez competente, éste deberá definirla, como antes se dijo, a partir del análisis que realice del acervo probatorio, el cual está en la obligación de estudiar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica confrontarlas, permitir que las partes las contradigan y si es del caso las desvirtúen, y ponderarlas en conjunto, a la luz de su saber técnico específico y su experiencia”¹⁶.

3.1.4. Caso concreto

En síntesis, la recurrente disiente del fallo de primera instancia por lo siguiente, a) que la Juez de instancia fundamentó la *ratio decidendi* en la declaración de un testigo tachado de sospechoso, en el entendido de que el testigo Hugo Leonel Salazar Gómez carecía de imparcialidad pues había

¹⁵ Sentencia del 17 de enero de 2012, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Radicación No. 110010315000 201100615 00.

¹⁶ Sentencia C-790 de 2006

conformado el equipo interdisciplinario que había elaborado el estudio técnico que fundamentó la reforma a la planta de personal de la Entidad; b) que en el expediente se encuentra probado que posterior a la supresión de la planta de personal, la vinculación *de más de la mitad de la planta* se dio mediante contratos de prestación de servicios, lo que a su juicio evidencia la tercerización de empleos de carácter misional y permanente; c) que el fallo recurrido se abstuvo de analizar el caso concreto para dar por sentado argumentos expuestos por esta Corporación en un fallo de contornos fácticos similares y finalmente, d) que debe revocarse la condena en costas, pues las mismas no se causaron.

Teniendo presente estos derroteros y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del CGP la Sala se adentrará en su análisis como sigue:

a. De la tacha del testigo

Refiere la apelante que la sentencia de primera instancia se fundamentó en la declaración del testigo Hugo Leonel Salazar, a quien se le tachó por sospechoso, en la medida que hizo parte del equipo interdisciplinario que elaboró el estudio técnico que fundamentó la reforma de personal, que por ello, carecía de imparcialidad.

Revisado el plenario se constata que en la audiencia llevada a cabo el 9 de septiembre de 2015, la apoderada de la parte demandante efectivamente tachó al testigo Hugo Leonel Salazar, por las razones ya referidas (fl. 324-325).

Sobre el particular, la Sala se remitirá a las argumentaciones expuestas en el fallo proferido por esta Corporación el 19 de julio de 2016 dentro del radicado 15238333300220130017102, por cuanto comparten supuestos fácticos y por ello resulta aplicable al *sub examine*.

La apelante consideró que la imparcialidad y objetividad de la declaración del mencionado testigo quedó en entredicho por cuanto era la persona

contratada por la E.S.E para adelantar el estudio técnico de reestructuración, por lo que su testimonio no podía servir para probar la suficiencia del mismo.

Visto el expediente, evidencia la Sala que efectivamente el señor HUGO LEONEL SALAZAR GOMEZ, hizo parte del equipo de trabajo como consultor, para elaborar el estudio técnico de modernización institucional de la E.S.E. GAMEZA MUNICIPIO SALUDABLE, y por tanto habrá de analizarse si su declaración estuvo afectada de parcialidad y ausencia de objetividad.

Para ello, la Sala realizará una síntesis de los temas centrales de la declaración presentada por el señor HUGO LEONEL SALAZAR GOMEZ, así:

Sobre los hechos materia del litigio, el testigo manifestó en síntesis que contaba con los estudios de tecnólogo en administración municipal, administrador público municipal y especialista en gerencia en salud pública y se dedicaba a ser asesor administrativo de diferentes entidades territoriales. Manifestó que no tenía ningún parentesco con la demandante.

Agregó que elaboró el estudio para el proceso de modernización de la E.S.E. GAMEZA MUNICIPIO SALUDABLE de 2012, y al interior de ese proceso desarrolló un estudio que arrojó recomendaciones para que la junta directiva y la gerente tomaran la determinación en aras de la modernización de la entidad. Dentro de las varias recomendaciones, estuvo la de suprimir algunos cargos, entre ellos el desempeñado por la demandante, dado que el mismo resultaba innecesario conforme la misión institucional de la Entidad.

Que la metodología implementada para la elaboración del estudio técnico, fue tomada de la guía que para el efecto tiene el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el que se deben tener en cuenta 8 etapas. Indicó que fue el análisis financiero el que dio luces para darse

cuenta que la E.S.E., no era auto sostenible, y se hizo un estudio de cargas de trabajo y funciones en el que se realizaron cálculos de tiempos sobre las funciones que realizaban cada uno de los empleados, y de ahí se pudo concluir el número de personas que se requerían para el cumplimiento de las funciones; de la misma manera se hizo entrevista a los trabajadores de la E.S.E., incluida la hoy demandante, para que contaran las funciones que realizaban, y los tiempos que gastaban en ellas, es así como se hizo la verificación del manual de funciones para determinar si los trabajadores las cumplían. Dentro de las recomendaciones se presentó una nueva planta de personal a la E.S.E., en la que antes se tenía más personal de tipo administrativo que asistencial, lo que iba en contravía del objeto social de la entidad.

Agregó que con fundamento en las hojas de vida de los empleados de la Entidad se evaluó la experiencia y los estudios de cada uno de ellos, es decir, la capacidad de cada una de las personas vinculadas, para establecer un perfil.

Adujo que de acuerdo a las necesidades de la Institución no era necesaria la existencia de 6 cargos de auxiliar de información en el área de la Salud, dado que se trataba de una entidad con capacidad reducida, dirigida a un sector también pequeño y que por tanto, tal cantidad de cargos excedía las necesidades existentes y que la planta de personal estaba sobredimensionada, con lo cual se ponía en riesgo la prestación del servicio.

Hubo un análisis financiero, que demostraba el déficit en el que se encontraba la entidad. Como consta en el archivo hay constancias de socializaciones que se brindaron a los funcionarios y a la junta directiva dentro del proceso, por lo que hubo el suficiente conocimiento de cada una de las etapas que se iban adelantando en el estudio técnico.

Que la E.S.E. se encontraba en riesgo financiero, y esta fue la causal para la modernización, de acuerdo a lo ordenado por la ley, el análisis de las 4

vigencias anteriores, concluyó que estaba en déficit por más de \$50.000.000 anuales, antes de realizar el estudio estaba en riesgo bajo, y hoy, de acuerdo a certificación del Ministerio de Hacienda la E.S.E., esta sin riesgo financiero, se redujeron costos y se amplió la prestación de servicios en la parte asistencial que es el objeto de la E.S.E. Puede concluirse que se actuó ajustándose a la norma y que el estudio se realizó atendiendo la metodología legalmente establecida (Min 5:03 a 30:52).

Ahora bien, de acuerdo al fundamento legal y jurisprudencial planteado en precedencia sobre la tacha por sospecha del testigo, y escuchada la declaración del señor HUGO LEONEL SALAZAR GOMEZ en la audiencia de pruebas, encuentra la Sala que esta no puede ser tildada de sospechosa, por el solo hecho de que el testigo haya sido quien realizó el estudio técnico que dio lugar a la reestructuración de la entidad, pues si bien es cierto tuvo una relación de tipo convencional con la entidad demandada, no se evidencia que éste tuviera un interés en las resultas del proceso que hoy se estudia y por tanto su declaración no está viciada de falta de objetividad y parcialidad.

Ahora bien, hay que recordar que según la jurisprudencia del Alto Tribunal Administrativo, el hecho de que se haya propuesto tacha por sospecha del testimonio rendido por el señor HUGO LEONEL SALAZAR GOMEZ, no implica que su recepción y valoración sea improcedente, pues lo que se exige es que el análisis sea más severo, a fin de determinar el grado de credibilidad.

Por lo tanto aplicando las reglas de la sana crítica, encuentra la Sala que el testigo hizo su declaración de forma convincente, fue suficientemente claro en su exposición, e hizo sus manifestaciones con conocimiento de causa, teniendo en cuenta que fue él quien realizó el estudio técnico y por tanto lo conocía de principio a fin. Ahora bien, no encuentra la Sala demostrado que el mencionado testigo tuviera interés directo en las resultas del proceso, pues no tenía ninguna relación de subordinación con la entidad demandada, por cuanto su vinculación era de tipo contractual

únicamente por el tiempo que durara la elaboración del estudio, lógicamente al haber sido él quien lo realizó, su declaración defendió las conclusiones y recomendaciones que había presentado, pero como el testigo lo manifestó, el estudio arroja simples recomendaciones y es la junta directiva de la entidad la que definía si las adoptaba o no.

Las anteriores razones hacen concluir, que la tacha por sospecha del testimonio rendido por el señor HUGO LEONEL SALAZAR GOMEZ, no tiene vocación de prosperidad, razón por la cual la decisión que en primera instancia así lo encontró probado amerita ser confirmada.

b. De la presunta tercerización de servicios misionales de la Entidad

Aduce la apelante que la demandada, contrarió la prohibición legal y constitucional, con posterioridad a la supresión de cargos, vinculó a más de la mitad de la planta de personal mediante contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades permanentes o misionales, lo cual a su juicio configura la falsa motivación y desviación de poder de los actos demandados; que esto es patente en el hecho de que se contrataron mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios a 2 auxiliares de enfermería, lo cual además sería contrario a las conclusiones y recomendaciones del estudio técnico.

Sobre el particular, la ley 438 de 2011¹⁷, en su artículo 59, habilitó a las Empresas Sociales del Estado para desarrollar sus funciones mediante *contratación con terceros*, empresas sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas u operadores externos, previa verificación de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía de calidad.

¹⁷ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

Sobre esto último, la Corte Constitucional en la sentencia C-171 de 2012 en el estudio de constitucionalidad del referido artículo de la ley 438 de 2011 analizó la potestad de las Empresas Sociales del Estado para contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, para lo cual reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la **prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, principios que constituyen el marco constitucional para la celebración de contratos de prestación de servicios por estas entidades**¹⁸.

¹⁸ En sentencia C-171-12 La Corte Constitucional reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad en los siguientes términos: "...

(iii) El Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para la regulación de la prestación del servicio de salud y para la estructuración de las Empresas Sociales del Estado destinadas a dicha finalidad, lo cual incluye el tema de la contratación por parte de estas entidades. No obstante lo anterior, dicha amplitud de configuración normativa encuentra claros límites en los principios, valores y derechos constitucionales, de manera que no puede desconocer ni vulnerar las normas sobre el derecho al trabajo, la protección a la vinculación laboral con el Estado, la protección de los servidores públicos, ni los límites constitucionales y legales, y de la jurisprudencia de esta Corte, a la contratación por parte de las entidades del Estado.

(iv) De la protección constitucional del derecho al trabajo y del vínculo laboral con las entidades del Estado se deriva una regla general relativa al acceso a la función pública mediante la ocupación de un cargo o empleo que constituya una relación laboral. De esta manera, el contrato de prestación de servicios debe ser excepcional, como modalidad de trabajo con el Estado que solo se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

(v) El respeto de estas reglas constitucionales constituyen criterios imperativos que limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución.

(vii) La jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Superior. En consecuencia, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.

(viii) En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados.

(ix) Respecto de la determinación de lo que constituye función permanente en una entidad, la Corte ha fijado para su reconocimiento los criterios (a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad.

(x) La jurisprudencia ha insistido en la regla según la cual, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Por tanto, la Sala reitera la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución.

(xi) La prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, tiene como finalidad, la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, y el impedir que los nominadores desconozcan los principios que rigen la función pública. En armonía con lo anterior, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

Así, -continúa la sentencia en cita-, la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado, solo podrá llevarse a cabo **siempre y cuando (i) no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad¹⁹, (ii) cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o (iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones.**

Por lo anterior, la Corte declaró parcialmente exequible el artículo 59 de la ley 438 de 2011, en el entendido que (i) la contratación de servicios y la operación con terceros de las entidades estatales no está prohibida constitucionalmente, aunque sí limitada; (ii) a que tiene sustento constitucional la concurrencia privada en la prestación de servicios de salud, no obstante lo cual dicha concurrencia se encuentra igualmente limitada; y (iii) **a que existe la prohibición constitucional y legal de contratar funciones permanentes de las entidades del Estado.**

Revisado el plenario se constata que mediante el acuerdo No. 011 del 28 de diciembre de 2012 por el cual se modificó la planta de personal de la ESE Gámeza Municipio Saludable, en su artículo 2 parágrafo se suprimieron, entre otros cargos, **CINCO (5) DE AUXILIAR AREA DE SALUD DEL NIVEL ASISTENCIAL CÓDIGO 412 GRADO 05**; en ese mismo acto se estableció que las funciones propias de la Entidad serían cumplidas por la planta de cargos que allí se describe, en especial, **UNO (1) DE AUXILIAR AREA DE SALUD DEL NIVEL ASISTENCIAL CÓDIGO 412 GRADO 05** (fl. 3).

(xii) En armonía con lo expuesto, la Corte ha reiterado la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que puedan utilizar figuras legalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la verdadera relación de trabajo (...)"

¹⁹ En la sentencia, la Corte indica que en estos casos, la entidad debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal

De otro lado se constata que mediante la resolución No. 129 de 2012 dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante en el cargo **auxiliar área salud código 412 grado 05** (fl. 35-36).

Ahora bien, a folio 306 reposa la certificación expedida por la Gerente de la Entidad demandada, en la que consta que para esa fecha (11 de julio de 2014), las personas que prestaban los servicios de salud eran en total 12 personas, entre las que se contaban 2 médicos vinculados mediante nombramiento en periodo fijo, 1 odontólogo, 1 bacterióloga 1 enfermera profesional, 1 regente de farmacia, 2 conductores de ambulancia, 1 sicólogo, 2 auxiliares de enfermería, vinculados mediante contrato de prestación de servicios y 1 auxiliar de enfermería vinculada mediante nombramiento en provisionalidad.

De todo lo anterior puede colegirse que si bien en la planta de personal que se creó con posterioridad a la reforma se mantuvo 1 cargo de auxiliar en el área de salud código 412 grado 05, lo cierto es que no se probó mediante qué modalidad se encontraba vinculada la persona que lo desempeñaba, para de esta manera dar certeza a las aseveraciones de la actora en el sentido de que el cargo que subsistió fue proveído mediante contrato de prestación de servicios, trasgrediendo de esta manera la prohibición de tercerizar los empleos que tienen naturaleza misional.

Ahora, aun considerando en gracia de discusión que el cargo que desempeñaba la demandante fuera de los que supuestamente se tercerizaron como afirma, la conclusión seguiría siendo la misma, si se considera que el estudio técnico recomendó prescindir o tercerizar los servicios prestados por los cargos de auxiliar área de salud, como se aprecia a continuación:

CARGOS			NIVELES		TOTAL	
	Directivo	Asesor	Profesional	Técnico	Asistencial	
Auxiliar de área de salud					96,4=0,57	0,57

Auxiliar área de salud					99,48=0,59	0,59
Auxiliar área de salud					112,61=0,67	0,67
Auxiliar área de salud					108,68=0,65	0,65
Auxiliar área de salud					70,25=0,42	0,62

Lo anterior arrojó como resultado, en el caso específico del cargo de auxiliar área de salud, lo siguiente:

"Es de mencionar que la aplicación de la metodología de cargas de trabajo a la planta actual nos arroja un resultado igual a 8,87 personas que se necesitan para que funcione normalmente la ESE, pero si analizamos la tabla podemos observar que (...) en lo referente a las auxiliares área de salud, la que realiza actividades de sicaps como se trata de un convenio interinstitucional no permanente se puede contratar por aplicación de fichas dentro de un periodo determinado como lo realizan la mayoría de ESE con personal a contrato y no de planta por no ser una actividad permanente y misional sino dirigida hacia la parte estadística de apoyo institucional; la Auxiliar del área de la salud que realiza funciones de auxiliar de odontología se puede suprimir ya que de acuerdo a las metas y la frecuencia de uso del servicio estas funciones las puede desarrollar el profesional encargado de este servicio; en cuanto a las tareas de vacunación que desarrolla o realiza la auxiliar del área de salud éstas serán asignadas a la enfermera jefe quien viene coordinando y llevando las estadísticas de estos programas que se adelantan en la institución y si es el caso la ESE contratará estos servicios para apoyar exclusivamente las jornadas programadas por los entes encargados del tema y así dar cumplimiento a las metas propuestas". (fl. 152-153)

A folio 40 reposa la certificación en la que consta las funciones que eran desempeñadas por la actora en el cargo de auxiliar área salud código 412 grado 05, entre las que se cuentan: a) mantener arreglado permanentemente el espacio de archivo de historias clínicas, preconsulta, urgencias y esterilización; b) realizar acciones de enfermería de baja complejidad; c) asignar las citas de consulta médica general, odontología y enfermería evaluando el tipo de atención de los pacientes y asignarlos al profesional que corresponda; d) informar oportunamente al profesional responsable sobre situaciones de emergencia y riesgo que observen en los

pacientes, familia y ambiente; e) esterilizar, preparar y responder por el material, equipo y elemento a su cargo, así como prestar cuidado directo a los pacientes que requieran atención especial; f) prestar primeros auxilios en caso de emergencia; g) registrar RIPS asignados alimentando el correspondiente sistema; h) realizar actividades de enfermería necesarias para dar comodidad y seguridad al paciente; i) colaborar con el médico durante el examen físico y ejecutar tratamientos, aplicar inyecciones, canalizar, curaciones, de acuerdo a las indicaciones médicas; j) aplicar vacunas de acuerdo a normas establecidas; k) anotar las actividades realizadas en el registro diario de consultas externas para entregar informe mensual de las actividades en cada programa en el plazo establecido; l) diligenciamiento de tarjeta SICAPS; m) velar y cuidar por los equipos de su dependencia haciendo mantenimiento preventivo; n) realizar apoyo y transporte asistencial básico y o) ejercer las demás funciones establecidas en leyes y estatutos de la entidad.

Como se aprecia, muchas de las funciones que la actora desempeñaba fueron de aquellas descritas en el estudio técnico como prescindibles, tercerizables o que podían ser encargadas a otra persona, esto, de acuerdo a la facultad encomendada a los estudios técnicos de establecer el carácter misional de algunas funciones y cargos, conforme lo señaló la Comisión Nacional del Servicio Civil, respecto del carácter misional de las funciones desempeñadas por las Empresas Sociales del Estado (fl. 313).

En suma para la Sala, la presunta tercerización de servicios que alega la demandante no solo está permitida, para el caso de las Empresas de Servicios de Salud, cuando se trate de cargos o funciones que no tengan el carácter de misionales, conforme lo dispuesto en la ley 438 de 2011; sino que en el caso, el estudio técnico, luego de hacer el análisis de cargas de trabajo, recomendó la supresión o tercerización de tales funciones que por tanto no consideró misionales o que al serlo, podrían ser desempeñadas por otro funcionario de la Entidad.

Razones suficientes para estimar que el cargo no prospera.

c. De la fundamentación del fallo recurrido

La apelante aduce que la Juez de instancia se abstuvo de analizar el caso concreto y que en su lugar dio por sentadas las argumentaciones expuestas por esta Corporación en un fallo de contornos fácticos similares a los ventilados en el caso de la referencia, lo que a su juicio, implicó la sustracción del *quehacer jurisdiccional, como lo es buscar la verdad, la justicia y proteger el derecho sustancial*.

Al respecto debe señalarse que conforme lo dispuesto 230 Superior, los jueces, en sus providencias, pueden acudir a la jurisprudencia como criterio auxiliar; en el caso, la sentencia del 19 de julio de 2016 proferida por esta Sala de Decisión en un asunto similar al de las presentes diligencias no constituye propiamente precedente jurisprudencial, no obstante sí resulta válido y procedente que la Juez hubiese tomado como referente la aludida decisión, teniendo en cuenta que por los supuestos fácticos resultaba similar y ello de ninguna manera vulnera los derechos a que alude la recurrente, sino que a contrario, coadyuva a que las providencias judiciales respondan a una coherencia temática en aras de la seguridad jurídica, máxime si se tiene en cuenta que esta Corporación ostenta la calidad de superior funcional de los jueces administrativos del distrito de Boyacá.

Ahora bien, revisada la decisión recurrida se constata que si bien la Juez de instancia citó *in extenso* la aludida sentencia, lo cierto es que contrario a lo afirmado por la recurrente, no se sustrajo del análisis del caso concreto. En efecto, la sentencia apelada únicamente se apoya en la sentencia citada para concluir que el estudio técnico elaborado en el caso, resultaba suficiente y adecuado, mientras que los demás ítems puestos a su juicio fueron efectivamente resueltos con fundamento en las pruebas allegadas.

Así las cosas, para la Sala, este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

d. De la condena en costas en primera instancia

Refiere la apelante que en la sentencia recurrida no se argumentó la razón para imponer costas a la demandante, lo que contraría lo señalado por el Consejo de Estado, en el sentido de que la condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, sino que deben probarse, y en el caso esto no ocurrió, pues la parte actora no desplegó actuación alguna que implicara temeridad o mala fe.

Sobre el particular los numerales 1 y 8 del artículo 365 del C.G.P., disponen lo siguiente:

Artículo 365. Condena En Costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...)” (negrilla y subrayado fuera del texto)

La jurisprudencia constitucional al respecto ha señalado que *la condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siguiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios*

causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra²⁰.

En el mismo sentido la jurisprudencia de esa Corporación señaló, que en *relación con las costas, es decir, con los gastos en que incurrieren las partes en un proceso se aplica el dictum romano, de conformidad con el cual, quien ha sido vencido en un proceso judicial debe "pagar al vencedor los gastos o costas del juicio". Justo en ese sentido, ha dicho la doctrina que las costas equivalen a "la carga económica que debe afrontar quien no tenía razón [en el juicio] motivo por el cual obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que deben ser entregados²¹.*

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 7 de abril de 2016 de la Subsección A, con ponencia del Consejero William Hernández Gómez²², sobre el particular señaló que si bien con ocasión de la expedición de la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), esa Subsección había sostenido que el artículo 188 de esa Codificación *no implicaba la condena de manera "automática" u objetiva", frente a aquel que resultara vencido en el litigio*, pues debían observarse una serie de factores tales como la temeridad, mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el proceso, de lo cual el Juez debía ponderar si accedía a la imposición de las costas, *existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no*; no obstante, en la citada providencia cambió su postura, para señalar que acogía el criterio objetivo para su imposición (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debía evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino que se debían *valorar aspectos objetivos*

²⁰ Sentencia C-157 de 2016

²¹ Sentencia T-625 de 2016

²² Exp. 1291-2014

respecto de la causación de las costas, tal y como lo prevé el artículo 365 del CGP.

Así las cosas, conforme lo señalado, y reiterando la postura de este Tribunal sobre el particular, no es el **factor subjetivo** el que rige la imposición de costas, sino el **factor objetivo** y por ello, le corresponde al Juez *disponer* sobre su imposición, siempre que ellas se hubiesen demostrado; aunado a esto, la gestión judicial o la conducta asumida por las partes y sus apoderados no influyen en la decisión del Juez, pues para su imposición debe prevalecer el criterio objetivo valorativo, *de modo que, al proferir sentencia y hallarse vencida una de las partes, aquel procederá conforme a derecho y condenará a dicha parte*²³.

Ahora bien, revisado el expediente se constata que las pretensiones fueron **negadas en su totalidad**, es decir que la parte actora resultó **vencida en el proceso**, y dado que la Juez de primera instancia encontró acreditada su causación (fl. 355 vlto), era procedente la condena en costas, conforme las motivaciones expuestas, razón por la cual, la decisión que así lo dispuso amerita ser confirmada.

- De las costas

La Sala condenará en costas a la parte recurrente en esta segunda instancia, puesto que resultó desfavorable su recurso de apelación, conforme lo señalado en el numeral 1 del artículo 365 del CGP y porque además en el expediente está demostrada su causación en la medida que la parte demandada desplegó actuaciones en segunda instancia, al haber presentado alegatos de conclusión (fl. 376-383), conforme lo previsto en el numeral 8 del aludido artículo 365 del CGP.

Corresponderá al Juez de primera instancia fijar el monto de las agencias en derecho conforme lo señalado en el artículo 366 del CGP.

²³ Postura expuesta en la sentencia del 27 de abril de 2017 de la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, con ponencia de la Magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz, expediente 15001333301220150019701

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2016, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sogamoso, por las razones expuestas.

Segundo.- Condenar en costas en segunda instancia a la parte demandante, conforme lo expuesto.

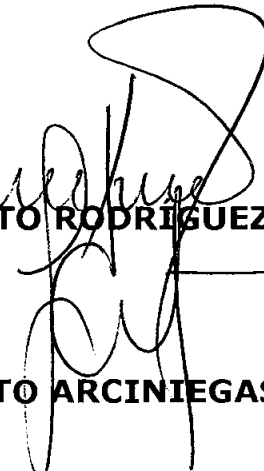
Tercero.- Corresponderá al Juez de primera instancia fijar el monto de las agencias en derecho conforme lo señalado en el artículo 366 del CGP.

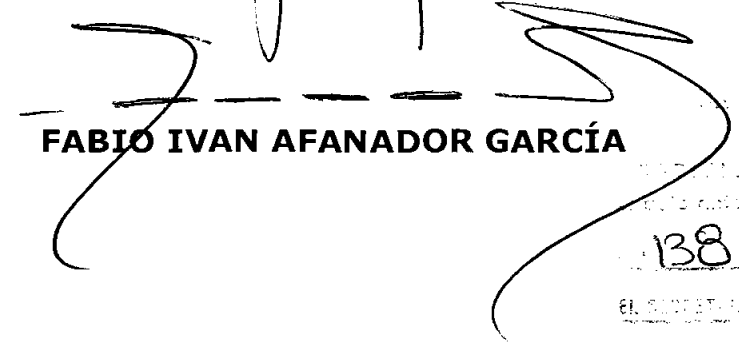
Cuarto.- Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría **ENVÍESE** el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS


LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA


FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA

RECEIVED
BOYACÁ
2018
138
EL SECRETARIO