

RAMA JUDICIA DEL PÓDER PÚBLICO



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN "F"**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: **Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA**

REFERENCIAS:

RADICACIÓN: 11001 33 31 012 2011 00199 01
DEMANDANTE: SOFIA CAROLINA QUINTERO LEÓN
DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E. Y OTROS
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Correspondió a la Sala de Decisión de la Subsección "F" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el conocimiento para emitir sentencia de segunda instancia del presente proceso tramitado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Se procede entonces a resolver el recurso de apelación interpuesto por la señora Sofia Carolina Quintero León, contra la sentencia proferida el veintiocho (28) de febrero de dos catorce (2014), por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La señora Sofia Carolina Quintero León acudió a la Jurisdicción, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos:

- a. Nulidad parcial del Decreto 5018 de 28 de diciembre de 2009, dictado por el Presidente de la República, acompañado por los ministros de la Protección Social, Hacienda y Crédito Público, así como por la directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, a través del cual aprueba la modificación de la

planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología – E.S.E., en tanto suprimió el cargo de profesional especializado – código - 2028 – grado 13.

- b. Oficio No. INT-OFI-000162-2010 de 12 de enero de 2010, notificado el 13 de enero del mismo año, mediante el cual se informa a la señora Sofia Carolina Quintero León que, en cumplimiento a la protección a la condición de maternidad, se realizarán las modificaciones pertinentes al Decreto 5018 de 28 de diciembre de 2009.
- c. Oficio No. SAL-08711-2010 de 15 de octubre de 2010, notificado el día 20 del mismo mes y año; a través del cual se informa a la accionante que a partir del día 20 de octubre de 2010, se materializa la supresión del cargo de profesional especializado – código - 2028 – grado 13.

A título de restablecimiento del derecho, la accionante requirió, ser reintegrada al cargo que desempeñaba, sin solución continuidad, o uno de igual o superior categoría, con el respectivo pago de los salarios y prestaciones sociales causadas desde el momento de la desvinculación hasta cuando se haga efectivo el reintegro.

Pide que las sumas a pagar sean debidamente actualizadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 del Decreto 01 de 1984.

1.1 Hechos y omisiones

Los hechos en que se apoyan las anteriores declaraciones y condenas fueron expuestos por la poderosa judicial del demandante y se resumen de la siguiente manera:

1. Mediante Resolución No. 0552 de 19 de julio de 2005, la señora Sofia Carolina Quintero León fue nombrada con carácter provisional, en el empleo de profesional especializado – código – 2028, grado 13 (antes código 3010, grado - 16), de la Planta Global del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. Y tomó posesión del empleo con efectos a partir del 1 de agosto del mismo año.
2. A través de oficio No. 004332 de 23 de febrero de 2009, la Comisión Nacional del Servicio Civil, autorizó prorrogar el nombramiento de la demandante hasta cuando el mencionado empleo fuese provisto haciendo uso de las listas de elegibles producto del concurso de méritos.
3. Por intermedio de la Resolución No. 0106 de 27 de febrero de 2006, le fue comunicado (sic), el nombramiento en provisionalidad en el cargo de profesional especializado 2028 – 13, antes 3010 – 16, en los términos señalados en el numeral anterior.

4. Para el mes de agosto de 2007, la demandante desempeñaba las tareas de coordinadora del Grupo - Banco de Sangre, y mediante la expedición de la Resolución No. 0573 de 10 de agosto de 2007, le fueron asignadas las de directora del Banco de Sangre.

5. El 23 de diciembre de 2009, la señora Quintero León informó al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. su estado de embarazo.

6. El 28 de diciembre de 2009, es proferido el **Decreto 5018**, "por el cual se aprueba la modificación de la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología – Empresa Social del Estado", que suprimió en forma "aparente" el cargo de profesional especializado 2028 – 13 (antes 3010 – 16), desempeñado por la accionante; empero, el estudio técnico que sustenta la modificación de la planta, no esgrime las razones por las cuales el mencionado cargo ya no haría parte de la planta de empleos de la institución, máxime si se tiene en cuenta que las funciones por ella desempeñadas no desaparecieron, ni fueron trasladadas a otra dependencia.

La planta transitoria allí prevista, no incluyó a la señora Sofia Carolina Quintero León.

7. Mediante oficio **No. INT-OFI-000162-2010 de 12 de enero de 2010**, el director general del Instituto Nacional de Cancerología indicó a la accionante que, con el objeto de hacer efectiva la protección a la maternidad, el cargo de profesional especializado 2028-13, que desempeñaba, sería incluido en la planta transitoria de empleos de la institución.

8. El 8 de abril de 2010, es proferido el Decreto 1106, que aprueba una nueva modificación a la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., entre otras cosas, incluye en la planta transitoria un cargo de profesional especializado 2028-13.

9. El 20 de octubre de 2010, día en que la señora Sofia Carolina Quintero León debía reintegrarse a sus labores, por haber terminado su periodo de licencia de maternidad, fue notificada del contenido del **oficio No. SAL – 08711 – 2010** a través del cual se le informaba de la supresión material del cargo de profesional especializado 2028 – 13 (antes 3010 – 16), con efectos a partir de la misma fecha.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación.

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

CONSTITUCIONALES: artículos 2, 13, 25, 53 y 125 de la Constitución Política de Colombia.

LEGALES: artículo 41 de la Ley 909 de 2004; artículo 9º del Decreto 1227 de 2005 y artículo 10 del Decreto 01 de 1984.

La apoderada judicial de la demandante estructura el concepto de violación así:

Considera que el Decreto 5018 de 2009 se encuentra viciado de **falsa motivación**, por cuanto el estudio técnico en el cual se sustenta proyecta la supresión de 24 cargos de profesional especializado 2028 – 13, empero no es específico en señalar que uno de ellos, es el desempeñado por la señora Sofía Carolina Quintero León; se trató de una supresión genérica y ello sirvió de fundamento para desvincular a la demandante del servicio.

Aduce además que, según el mencionado estudio (f. 165), la nueva planta incluiría 74 empleos de profesional especializado código 2028 – 13; cargos en los que podía ser incorporada la demandante, habida consideración que cumplía con los requisitos exigidos por el Manual Especifico de Funciones y Competencias del Institución Nacional de Cancerología E.S.E. (Resolución 0930 de 2009), para el empleo de coordinadora del Grupo – Banco de Sangre.

Alega que en el estudio técnico *“no se encuentra justificación o soporte sobre la supresión del cargo de la señora Sofía Carolina Quintero León o la asignación de sus funciones a otras áreas del Banco de Sangre; a la fecha siguen intactos tanto el cargo como las funciones de dicha dependencia, así como los empleados que ocupaban los cargos en dicha área”*.

Recordó que la señora Quintero León fungió como director del Grupo – Banco de Sangre, según Resolución No. 0573 de 10 de agosto de 2007; para decir que a mediados del mes de abril de 2010, momento en el que aquella se encontraba en su estado de gestación, se llevaron a cabo las modificaciones al interior del Grupo - Banco de Sangre, con ocasión de la *“supuesta reestructuración”* de la planta de empleos, y las funciones de director fueron asignadas a un médico (Dr. Enciso), que al igual que su prohijada estaba vinculado en provisionalidad; actuación con la que se produjo una desmejora en la situación laboral y profesional de ésta.

Alegó la nulidad del acto por **desviación de poder**, en razón a que, según dijo, quien actualmente desempeña el cargo de coordinadora del Grupo - Banco de Sangre del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. (Ana Katina Kingross Rodríguez), no cumple los requisitos previstos para su desempeño, y ello es así, en razón a que, para ello, el manual de funciones establece que se debe tener título de especialista en hematología, estudios de los cuales carece la mencionada funcionaria, que no pueden ser acreditados a través de equivalencia alguna, habida consideración que ellas están prohibidas en el sector salud.

21

Explica que la señora Kingross Rodríguez fue sujeto de una "recategorización" en el año 1999, y eso le permitió pasar de profesional universitario a profesional especializado, sin que para dichos efectos contara con la especialidad exigida por el manual de funciones para desempeñar el empleo de coordinadora del Banco de Sangre. Además de ello, aquella no se encuentra amparada por el "reten social", esto es, no poseía mejor derecho para ocupar el cargo.

Advierte que la hoja de vida de la demandante denota una conducta intachable durante el tiempo que se prolongó su vinculación con el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., y así mismo, se evidencia que cumplía cabalmente los requisitos necesarios para desempeñar el cargo de coordinadora Grupo - Bando de Sangre, lo que no ocurre con quien la reemplazó en el cargo.

Con fundamento en el contenido del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 9 del Decreto 1227 de 2005, explica que, siendo que su mandante desempeñaba en provisionalidad un cargo de carrera, su desvinculación debió producirse a través de acto motivado, siempre que existiera una justa causa para ello, situación que no ocurrió.

1.3 Contestación de la demanda

1.3.1 Ministerio de Salud y Protección Social

La accionada contestó la demanda, mediante memorial presentado dentro del término que le fue conferido, a través del cual adujo su falta de legitimación en la causa por pasiva, al tiempo que pidió que las pretensiones de la demanda se despachen en forma desfavorable (fs. 68 a 70).

Explica que las Empresas Sociales del Estado [.E.S. E], constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, sujetas al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y Ley 489 de 1998; y en razón a ello, gozan de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

Se refiere al Instituto Nacional de Cancerología, para señalar que de conformidad con el artículo 2º del Decreto 1287 de 1994, es una E.S.E. del orden nacional, de naturaleza especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa; calidades que le permiten responder por sí sola ante las pretensiones de la señora Quintero León. Siendo ello así, asegura, surge palmario que no es procedente la vinculación del Ministerio de Salud y Protección Social.

Fundado en las anteriores consideraciones propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva; aunado al hecho que, según dijo, nunca actuó como empleador de la accionante ni profirió los actos administrativos cuya nulidad se demandan.

De otra parte, y en lo que hace al fondo del asunto, arguye que en tratándose de procesos de supresión, el interés particular de los empleados públicos está obligado a ceder ante el interés general de mejoramiento del servicio, por tal motivo, no puede entenderse que estos gozan de una estabilidad laboral que torne en inamovible su permanencia en el empleo; máxime si como en el caso de autos, la accionante no tenía la condición de empleada de carrera, pues desempeñaba el cargo en provisionalidad.

1.3.2 Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.

El **Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.**, actuando a través de apoderado judicial se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Adujo en esencia lo siguiente (fs. 105 a 126)

Expone que la desvinculación de la demandante encuentra su justa causa en el contenido del literal "l", del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, según el cual, el retiro del empleado público puede producirse por supresión del cargo, la que en el caso particular fue ordenada mediante el Decreto 5018 de 28 de diciembre de 2009.

Afirma que la entidad accionada cumplió con los requerimientos de la Ley 909 de 2004, y los artículos 95 a 97 del Decreto 1227 de 2005, en tanto disponen que la modificación de la planta de empleos debe estar antecedida del correspondiente estudio técnico, el cual se efectuó y se encuentra debidamente aprobada por el Departamento Administrativo de la Fundación Pública.

Señala que el estudio técnico que soporta el contenido del Decreto 5018 de 28 de diciembre de 2009, justifica la necesidad de suprimir de la planta de empleos del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. 34 empleos de profesional especializado 20028 – 13; teniendo para ello, como regla general la protección de los derechos preferenciales de los funcionarios inscritos en carrera administrativa, derecho que no ostentaba la demandante quien tenía la calidad de empleada en provisionalidad.

Aduce que, contrario a lo manifestado por la señora Quintero León, la entidad no estaba obligada a motivar el oficio a través del cual se dio por terminada la relación laboral con la institución, habida consideraciones que dichas razones estaban contenidos en el estudio técnico.

1.3.3 Departamento Administrativo de la Función Pública.

La entidad de derecho público solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda (fs. 281 a 303), con fundamento en los siguientes argumentos.

En primera medida solicita se declare su falta de legitimación en la causa, ello por cuanto de una parte, el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. se encuentra organizado como una entidad descentralizada del orden nacional, con personería jurídica y patrimonio independiente, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, características que le permite comparecer a juicio por sí sola; aunado a lo anterior, de una parte la demandante no tuvo la condición de empleada del Departamento Administrativo de la Función Pública, y de otra, se tiene que, la pretensión de nulidad del informe técnico que sirvió de fundamento para la expedición del Decreto 5018 de 2011, fue retirada.

Seguidamente solicita la declaratoria de ineptitud de la demanda, en razón a que la accionante no dirigió pretensión de nulidad contra el Decreto 1106 de 2010, a través del cual el Gobierno Nacional modificó parcialmente el Decreto 5018 de 2009; acto administrativo que afecta directamente la situación laboral de la señora Quintero León.

Aduce además que, de conformidad con lo previsto en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, el presidente tiene la competencia para modificar la estructura interna de cada una de las entidades descentralizadas del orden nacional como es el caso del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.; y son esas facultades las que dieron origen al proceso de reorganización administrativa aprobado mediante Decreto 5017 de 2009.

Finalmente, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, indica que la supresión de un empleo no constituye la vulneración de los derechos a la igualdad y el trabajo; y ello es así, en tanto, tener un empleo público no constituye derecho adquirido, no es garantía de inamovilidad pues las situaciones individuales no pueden estar por encima de los derechos de la colectividad.

1.4 Decisión judicial objeto de impugnación

El Juzgado Segundo (2º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de febrero de 2014, negó las pretensiones de la demanda (fs.466 a 495).

El *a quo* se refirió a la Ley 909 de 2004 y al Decreto 1227 de 2005, normas que señalan los lineamientos a que deben someterse las entidades de derecho público a efectos de realizar

el proceso de modernización y/o modificación en sus plantas de personal; requisitos entre los que se encuentra el desarrollo de un estudio técnico, que bien puede llevarse a cabo por la misma institución.

Expone que, en el caso de autos, la supresión de algunos empleos en el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. tuvo lugar mediante el Decreto 5018 de 28 de diciembre de 2009, el cual encontró sustento en el estudio técnico realizado en noviembre de 2009, por esa institución; en el que se concluyó que, el proceso de reestructuración de la planta permitiría ahorrar la suma de \$ 2.438.6 millones anuales.

En tratándose específicamente del cargo de profesional especializado, el estudio evidencia la necesidad de suprimir 34 empleos de profesional especializado 2028 – 13, ubicados en el área asistencial, Gestión a Usuarios, Banco de Sangre (bacteriólogas) y nutricionista, entre otros.

Con fundamento en lo anterior, concluye que, el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. cumplió con las disposiciones legales sobre la materia no encontrándose irregularidad alguna en el proceso de modificación de la planta de personal.

En lo que hace a la desviación de poder alegada por la demandante, el juzgador de primera instancia aduce que dicho defecto no se configuró, habida consideración que en el proceso está debidamente probado que la señora Ana Katina Kingross Rodríguez, profesional especializado grado 2028 – 13, quien ocupó el cargo de coordinadora del Grupo – Banco de Sangre con posterioridad a la desvinculación de la accionante se encontraba inscrita en carrera administrativa, esto es, tenía mejor derecho que la señora Quintero León.

El *a quo* también explica que, de conformidad con el manual de funciones del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., el desempeño del cargo de profesional especializado en el Grupo – Banco de Sangre exigía al empleado ser especialista en hematología; especialidad con la que no contaba con la señora Ana Katina Kingross Rodríguez, y que según el contenido del Decreto 861 de 2000, no podía ser sustituido por equivalencia alguna.

No obstante, advirtió que la condición de profesional especializado de la señora Kingross Rodríguez databa del año 1993, momento en el que las equivalencias si eran permitidas; situación que constituye para ella un derecho adquirido. Además de ello, precisó que la prohibición de realizar equivalencias, con el objeto de acreditar requisitos para el desempeño de un empleo aplican en forma exclusiva a quienes conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud, calidad que no se predica del Grupo - Banco de Sangre del instituto demandado, aun cuando hace parte de él.

En otras argumentaciones, desestimó las excepciones planteadas por las accionadas por considerar que el libelo introductor y su posterior corrección cumplieron con los requisitos previstos en la ley; además de indicar que todas y cada una de ellas se encontraban legitimadas en la causa por pasiva en tanto suscribieron el contenido del Decreto 5018 de 2009, demandado.

1.5 Razones del recurso de apelación.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la señora Sofia Carolina Quintero León interpuso recurso de apelación (fs. 497 a 503), en los siguientes términos:

1. Afirma que la señora Quintero León desempeña en provisionalidad del cargo de profesional especializada 2028 – 13. No obstante, aduce, como se advierte del material probatorio, durante su vinculación le fueron asignadas funciones de coordinación, ello *“por encima”* de otros servidores de carrera; situación que evidencia que en ella concurrían todos los requisitos necesarios para ostentar el cargo, aun con posterioridad al proceso de reestructuración de la planta de personal.

2. Insiste en la precariedad del informe técnico, del cual dijo *“no se encuentra justificación o soporte sobre la supresión del cargo de la accionante o la asignación de sus funciones a otras áreas”*.

3. Reitera que la señora Ana Katina Kingross Rodríguez no cumplía con los requisitos para desempeñar el cargo de coordinadora del Grupo - Bando de Sangre del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., habida consideración que no tenía la calidad de especialista en hematología requerido para tales fines, título universitario que no podría ser suplido mediante ninguna equivalencia.

4. Advierte que la sentencia de primera instancia incurrió en defecto sustantivo, pues soslayó el contenido del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, según la cual, no es posible modificar las plantas de personal de las entidades dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones populares, que tendrían ocurrencia el 14 de marzo de 2010.

5. Manifiesta que la entidad debió motivar el acto administrativo de retiro de su defendida, ello en garantías de las prerrogativas existentes para quienes desempeñan en provisionalidad cargos del sistema de carrera.

1.6 Alegatos finales de las partes

- **La demandante** alegó de conclusión para reiterar los motivos de inconformidad expuestos en el escrito contentivo del recurso de alzada (fs. 4 a 10).

- El **Ministerio de Salud y Protección Social** pidió se declare su falta de legitimación en la causa por pasiva (fs. 11 a 14).

- El **Instituto Nacional de Cancerología** se atuvo al contenido del escrito de contestación de la demanda y solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia (fs. 5 a 7).

- El **Ministerio Público** no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1 De la competencia

Conforme lo dispone el artículo 133, numeral 1 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con lo establecido en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil y siendo que la sentencia objeto del recurso de apelación fue proferida en primera instancia por el Juez Segundo (2º) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, este Tribunal es competente para conocer de este asunto en segunda instancia.

2.2 Los actos administrativos demandados

El asunto de la referencia tiene como objeto establecer la legalidad de: (i) Decreto No. 5018 de 29 de diciembre de 2009, que dispuso en su ordinal primero, entre otras, la supresión de 34 empleos de profesional especializado, código 2028 – grado 13 de la planta de empleos del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.; (ii) el oficio No INT – OFI – 000162 – 2010, que informó a la actora sobre la modificación de la planta transitoria de la entidad; y (iii) oficio No. No. SAL - 08711 – 2010 de 15 de octubre de 2010, a través del cual la coordinadora del Grupo Área Gestión del Talento Humano pone en conocimiento de la accionante, la materialización de la supresión del cargo de profesional especializado, código 2028 – grado 13, previsto en la planta transitoria de la entidad.

2.2.1 Cuestión previa – Actos demandables en el proceso de supresión del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.

En tratándose de los procesos de restructuración de plante de personal, la determinación del, o los actos administrativos que extinguen la relación laboral entre el servidor público y la administración, y que por ende debe ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no son de fácil determinación. Así también, habrá que decir que, no siempre el acto enjuiciable resulta ser idéntico, y ello ocurren en razón a las diversas formas que adopta los trámites de supresión, de modo que, resulta necesario identificar en cada caso el papel que representan los pronunciamientos de la entidad pública accionada.

44

Así lo recordó el Consejo de Estado al señalar que los procesos de supresión tienen sus propias particularidades lo cual impide afirmar *prima facie* que en todos los casos el acto a demandar es uno específico o, al contrario, sostener que hay una clase o un tipo de acto cuya legalidad en ningún evento puede discutirse en vía judicial¹.

Siendo ello así, y con el objeto de vislumbrar los actos que deben ser objeto de control judicial, a través de la acción de la referencia, la Sala se remitirá al material probatorio, el cual permite establecer que:

a) El 23 de diciembre de 2009, la accionante informó al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., que se encontraba en estado de embarazo (f. 78).

b) El presidente de la República profirió el Decreto 5018 de 28 de diciembre de 2009 *"por el cual se aprueba la modificación de la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología – Empresa Social del Estado"*; que en su numeral 1 resuelve aprobar la supresión de 34 cargos de profesional especializado, código 2028, grado 13; al tiempo que, en el numeral 3º adopta la planta global permanente de la institución, e indica que subsistirían 64 empleos con igual denominación y grado (fs. 33 a 37).

El mencionado acto, determinó los empleos que harían parte de la planta transitoria, sin identificar a los trabajadores que los ocuparían.

c) El 31 de diciembre de 2009, el director general del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. dicta la Resolución No. 0887, por la cual se realizan unas incorporaciones en la institución; y en el numeral 1º incorpora a varios de los empleados que venían prestando sus servicios a la institución, entre los cuales, no se encuentra la demandante (fs 1 a 14 c.2).

d) Mediante oficio No. INT-OFI-00162 de 12 de enero de 2010, el director general del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., informó a la accionante que *"en razón a que mediante decreto 5018 de 28 de diciembre de 2009, el cargo que ... desempeñaba como profesional especializado 2028-13, fue suprimido, se está tramitando una modificación al mismo, con el fin de ampliar los cargos de la planta transitoria y garantizar con ello el derecho a la protección a la maternidad"* (f. 39).

¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B"; M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 4 de noviembre de 2010; Exp. 0476-09.

- e) El 8 de abril de 2010, el presidente de la República profiere el Decreto 1106, a través del cual aprobó la creación, en la planta transitoria del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. de un cargo de profesional especializado código 2028, grado 13, que sería ocupado por la señora Sofía Carolina Quintero León, ello con el objeto de dar cumplimiento a la protección constitucional de las mujeres embarazadas o en período de lactancia, cobijaba a la accionante.

El acto administrativo fue comunicado a la demandante mediante el oficio INT-OFI-003493-2010 de 16 de abril de 2010 (f. 194)

- f) El 15 de octubre de 2010, la coordinadora Grupo Área Gestión del Talento Humano, suscribió el oficio No. SAL- 08711-2010 dirigido a la señora Sofía Carolina Quintero León, en el que le informaba que una vez finalizada su licencia de maternidad, esto es a partir del 20 de octubre de 2010, el cargo que desempeñaba en la planta transitoria quedaría suprimido (f. 192), según dijo la actora, el acto le fue notificado el 20 de octubre de 2010.

Así pues, trasciende en evidencia que nos encontramos de un lado, con un acto de contenido general, a través del cual se suprimen de la planta global del Instituto Nacional de Cancerología, una serie de empleos, entre los que se encuentra el de profesional especializado – código 2028 – grado 13, cargo desempeñado por la señora Sofía Carolina Quintero León; sin embargo, dicho empleo no desapareció en su totalidad de la planta, ello es así, pues en el numeral 3º se indicó que subsistirían 64 cargos con igual denominación.

Nótese que, el acto general, se contrae a suprimir unos empleos y establecer la nueva planta global, empero, siendo que en esta última permanecerán algunos cargos con igual denominación que los suprimidos, el acto se abstuvo de individualizar a los trabajadores que seguirían prestando sus labores a la institución; como sí lo hizo la Resolución No. 0887 de 31 de diciembre de 2009, a través de la cual se realiza la incorporación de los empleados.

Visto lo anterior, surge palmario que, la modificación de la situación jurídica de la señora Quintero León, en tanto no es designada en la nueva planta global permanente del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. se concretó a través de la Resolución No. 887 de 31 de diciembre de 2009. Sin embargo, no es posible soslayar que, el mencionado acto administrativo no fue debidamente notificado a la demandante, quien vio materializada la supresión del empleo, y con ello terminado su vínculo laboral a través del oficio **SAL - 08711-2010 de 10 de octubre de 2010**

Ante tal estado de cosas, bajo el amparo del principio de confianza legítima, a los servidores desvinculados no debe exigírseles enjuiciar actos que no conocen ni que tampoco fueron exhibidos por la entidad como los causantes de su retiro; máxime, si como en el caso de

49

autos, debe entenderse que el mencionado oficio se encuentra integrado al Decreto 5018 de 2009, y así lo ha reconocido el Consejo de Estado quien señaló:

"...Empero, tal como se anunció desde el comienzo de este análisis, todos los procesos de supresión son diferentes y gozan de especiales circunstancias que impide efectuar precisiones absolutas frente a la generalidad de este tipo de asuntos.

Así, a pesar de no desconocer la existencia de Resoluciones de Incorporación en el proceso adelantado por la CAR, se evidencia que en el Oficio por el cual se le informó al actor la supresión de su cargo se estableció claramente que dicha situación se originaba en el Acuerdo No. 016 de 2002 y no se le mencionó la existencia de actos administrativos adicionales.

Esta situación reviste gran trascendencia en el presente asunto, en la medida en que, en aplicación del principio de confianza legítima, el actor demandó el acto que la Entidad le dijo había tenido la virtualidad de suprimir su cargo. Adicionalmente, el único mecanismo por el cual el actor se enteró de dicha situación fue el Oficio, sin que pueda exigirsele ante estas circunstancias una labor de investigación tendiente a encontrar los demás actos que se pudieron proferir como consecuencia del Acuerdo No. 016 de 2002 para que los demandara todos, pues ello equivaldría a atravesarle talanqueras para el ejercicio efectivo de su derecho de acción, máxime si éste tiene un término de caducidad de 4 meses.

Por dichas precisas razones, en el presente asunto, se encuentra que era viable que el actor demandara el Acuerdo No. 016 de 2002 como el acto que le afectó su situación particular, pues, se reitera, así se lo dio a entender la administración con el Oficio de 15 de noviembre del mismo año.

Tampoco puede olvidarse, que a la luz de la jurisprudencia vigente, ya en otra oportunidad se consideró que el Acuerdo No. 016 de 2002 podía demandarse en esta tipo de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como se relató acápite anteriores.

Ahora bien, tampoco comparte la Sala la decisión de inhibición frente al Oficio de 15 de noviembre de 2002, pues en reciente jurisprudencia esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B, ha sostenido que dicho acto, en la medida en que comunique la decisión de supresión, es un acto integrador del principal, por cuanto, en primer lugar, es el medio que le permite a la supresión ser eficaz; y, en segundo lugar, porque a través del mismo se le materializa al actor el derecho de conocer el acto principal, a través del cual se adoptó la decisión de suprimirle el cargo, a más de constituirse en un parámetro para efectos de establecer el término de caducidad.

Por tal motivo, se ha sostenido que no puede considerarse que frente a los Oficios opere la inhibición del juez para efectuar un pronunciamiento de fondo, pues ellos integran el acto principal y corren su misma suerte.

En estos casos la comunicación de la decisión no comporta una mera prueba del conocimiento de la decisión principal, sino que le da eficacia y validez al acto administrativo definitivo. Es decir, que sin los actos integradores la voluntad de la administración no es completa, por ello, puede ser objeto de la acción contenciosa, el acto de ejecución que se viene como el denominado acto integrador del principal".
Resalta la Sala

Conforme lo ha expuesto entonces el Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es posible demandar los oficios de comunicación, dentro de los procesos de supresión, **como actos integradores del acto general**, por cuanto, aun cuando no tengan un contenido definitivo por sí solos, lo cierto es que con ellos se materializa la desvinculación del empleado. Al respecto ha señalado que:

"Al respecto considera la Sala que el Oficio a través del cual la entidad demandada le comunicó a la actora la decisión adoptada por el Decreto No. 111 de 2001, se constituye en un acto

integrador del principal, por cuanto, en primer lugar, fue el medio que le permitió al Decreto ser eficaz, y, en segundo lugar, porque a través de él se le materializó a la funcionaria el derecho de conocer el acto principal a más de constituirse en un parámetro para efectos de establecer el término de caducidad.

Por tal motivo, no puede considerarse que frente al referido Oficio opere la inhibición del juez para efectuar un pronunciamiento de fondo, pues él integra el acto principal².

La tesis anterior fue expuesta también por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 055 de 31 de mayo de 2018, que indicó que *“en el marco de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho frente al oficio que comunica la desvinculación de un empleado cuyo fundamento no es otro que un proceso de supresión parcial dado a partir de un acto general y otros **actos de incorporación que no son notificados** a aquél, aunque resulte, implícitamente, afectado con dichas determinaciones”, debe concluirse que “el oficio de comunicación debe ser considerado, en conjunto con el acto general, un acto administrativo demandable, y aunque es la declaratoria de nulidad de los actos de incorporación-exclusión (acto bifronte) la que produciría, en principio, el verdadero efecto jurídico sobre la relación subjetiva del servidor, lo cierto es que **al afectado sólo le es exigible la demanda de los actos conocidos**, es decir, el acto general y el oficio”.*

Visto lo anterior, y en lo que hace a las alegaciones que se derivan de la supresión del cargo de profesional especializado 2028 -13, en la planta global, la Sala se abstendrá de declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, habida consideración que de las pruebas obrantes en el expediente no es posible determinar que la accionante fue notificada del acto administrativo a través del cual se produjo la incorporación de los empleados a la nueva planta del instituto.

2.3 Problema jurídico.

En los términos del recurso de apelación la discusión presentada a esta Sala se contrae en establecer si a la señora **Sofía Carolina Quintero León**, le asiste derecho a que el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. la incorpore en el cargo de profesional especializado código 2028 – grado 13, desempeñado, antes de la expedición del Decreto 5018 de 2009. Con dicho objeto, el Tribunal se referirá en primera medida al proceso de supresión de empleos públicos y a los estudios técnicos como requisito *sine qua non* de éste trámite; para luego ocuparse del estudio de mérito de las cargos de nulidad propuestos.

2.3.1 El derecho al trabajo - el proceso de supresión de empleos públicos y los derechos de los empleados de la entidad objeto de reestructuración.

Sea lo primero señalar que la supresión de cargos es una causal de retiro del servicio prevista para los empleados públicos indistintamente de si se trata de empleos de libre

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección “B”, M.P. DR. Víctor Hernando Alvarado Ardila., sentencia de 31 de mayo de 2012. Exp. 2674 - 11

nombramiento y remoción, de periodo fijo o de carrera administrativa, previsión que se encuentra justificada en la primacía del interés general sobre el particular (artículo 41 literal "j" de la Ley 909 de 2004"; sin que le sea dable a estos alegar derecho a permanecer indefinidamente en ellos, ya que el interés particular de estos debe ceder antes el mejoramiento del servicio.

Ahora bien, el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 tiene dicho que las reformas de las plantas de personal de las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional y territorial deben estar soportadas en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren³

Del mismo modo, el Decreto 1227 de 2005, mediante el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004, reitera que las reformas a las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deben motivarse o fundarse en "en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren"⁴

Según dicha normativa, se entiende que la modificación de una planta de empleo está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico que la soportan deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión de unas determinadas causas. Es así, como en su artículo 96 se prescribe lo siguiente:

"ARTÍCULO 96. Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de:

³ **"ARTÍCULO 46. REFORMAS DE PLANTAS DE PERSONAL.** <Artículo modificado por el artículo 228 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las reformas de plantas de personal 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 bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP-

El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública".

⁴ **"ARTÍCULO 95.** Las reformas de las plantas 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.

PARÁGRAFO. Toda modificación a las plantas de empleos, de las estructuras y de los estatutos de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional deberán contar con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.

96.1. *Fusión, supresión o escisión de entidades.*

96.2. *Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.*

96.3. *Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.*

96.4. *Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.*

96.5. *Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.*

96.6. *Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*

96.7. *Introducción de cambios tecnológicos.*

96.8. *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.*

96.9. Racionalización del gasto público.

96.10. *Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.*

PARÁGRAFO 1. Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.

Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad, no tendrá la calidad de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.

Bajo este orden de cosas, y según lo ha precisado la Corte Constitucional, al Estado, para cumplir con sus fines, le es lícito reajustar la estructura orgánica y funcional de sus instituciones. Por lo tanto, en lo que respecta a la administración pública, resulta razonable que se produzca la correspondiente valoración del desempeño de las entidades que la conforman, a fin de evaluar su misión, estructura, funciones, resultados, etc, y adecuarlas a los objetivos demarcados constitucionalmente.

Dichos ajustes pueden derivar en la supresión de empleos, decisión que como se ha visto, debe descansar en estudios técnicos, en los que se presumirá las *necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración*, siempre que concluya en forma justificada, entre otras cosas, la necesidad de racionalizar el gasto.

Además de lo anterior, no puede perderse de vista que los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos atenderán a metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, aspectos tales como: análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo; evaluación de la prestación de los servicios; y evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos; pues no de otra manera se encontrarían debidamente soportadas las conclusiones a la que se pudiera arribar.

2.4. Análisis de mérito.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, la señora Sofía Carolina Quintero León aduce que los actos administrativos demandados se encuentran afectados, de un lado, de falsa motivación por cuanto el estudio técnico que le sirve de soporte no contiene una explicación clara de las razones particulares que dan origen a la supresión del empleo profesional especializado 2028 – 13, que ella desempeñaba; además, éste no desapareció de la planta de personal.

Adujo además que, es evidente la desviación de poder habida en consideración a que en el cargo desempeñado fue asignada con posterioridad una persona que no poseía mejor derecho que el suyo y que no reunía los requisitos necesarios para desempeñarlo.

El Instituto Nacional de Cancerología adujo que el estudio técnico que precedió la modificación de la planta, indica en forma clara las razones que dieron origen a la supresión del cargo desempeñado por la demandante. Así mismo, señaló que afectos de proveer los empleos que permanecieron en la planta era necesario proteger los derechos de los empleados de carrera

Vistas las anteriores alegaciones, se ocupará la sala de resolver cada uno de los cargos de nulidad propuestos.

2.4.1 La falsa motivación de los actos

Al decir de la señora Quintero León la administración decidió dar por terminada su relación laboral acudiendo a un estudio técnico que no identifica con claridad las causas de la supresión del empleo que ella desempeñaba.

Respecto de este particular, según se explicó líneas atrás, tratándose de supresión de empleos de carrera administrativa, la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005 consagran como exigencia previa para ese particular proceso, la elaboración de un **estudio técnico** como **sustento** de la reforma a las plantas de personal. Se trata entonces de un presupuesto, que compromete la legalidad del proceso de reestructuración administrativa, pues su inobservancia genera como consecuencia la nulidad de los actos que le siguen, en tanto se configura, si no, una falsa motivación del acto general, sí una expedición irregular.

Por tratarse entonces de una actuación administrativa esencialmente reglada, como en efecto lo es el proceso de reestructuración administrativa, en donde la ley le señala tanto la oportunidad como el procedimiento a seguir, la administración debe actuar dentro de un estricto marco legal, pues su accionar está siempre determinado en una norma de derecho positivo y su desarrollo no puede estar al libre albedrío de la autoridad.

En lo que hace al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., se tiene que, mediante Decreto 5018 de 2009, el Gobierno Nacional aprobó la modificación de la planta de personal, actuación que dio lugar a la supresión, entre otros, de 34 cargos de profesional especializado – grado 2028 – código 13 de la planta global de la entidad; en la que subsistieron 64 empleos de la misma denominación y grado.

El decreto en mención cita como fundamento de su expedición el estudio técnico, documento que obra en el expediente como medio de prueba y que data del mes de noviembre de 2009. Visto su contenido, se advierte que refiere en primera medida un marco legal, análisis externo, análisis financiero, análisis interno, evaluación de las funciones, perfiles y cargas de trabajo, análisis de la planta de personal, y el manual específico de las funciones.

En lo que hace propiamente al análisis financiero (pág. 68 y 69 el estudio técnico), expone que:

“4.3 Costos planta actual, propuesta y definitiva.

La actual planta de personal está conformada por 932 cargos, distribuidos en 784 empleados públicos y 148 trabajadores oficiales, con un costo anual de \$ 37.424.8 millones, valorado a precios de 2009, de ellos, \$ 19.915 millones corresponden a las asignaciones básicas, \$ 7.908, 5 millones a prestaciones sociales y \$9.601,1 millones a parafiscales.

La planta de personal propuesta estaría conformada por 848 cargos, distribuidos entre 789 empleados públicos y 59 trabajadores oficiales, con un costo anual de \$ 37.407.4 millones, valorado a precios de 2009, de ellos, \$19.942, 5 millones corresponden a las asignaciones básicas, \$ 7.681.8 millones a prestaciones sociales y \$9.783.1 millones a parafiscales.

(...)

Es de acotar que, la planta propuesta es de carácter transitorio, y en la medida que se supriman los cargos que gozan de fuero sindical o reten social, que deba efectuarse hasta el 31 de diciembre de 2012, la planta de personal pasaría de 848 a 772 cargos, con un costo anual de \$ 34.968.7 millones, valorada a precio corriente de 2009, de ellos, \$ 18.852.4 millones corresponden a las asignaciones básicas, \$ 6.879, 3 millones a prestaciones sociales y \$ 9.237 millones a los parafiscales. De las cifras señaladas se puede colegir que, con la entrada en vigencia de la planta definitiva, a partir de 2013, el Instituto se ahorraría anualmente \$2.438.6 millones, valorados a precios corrientes de 2009.

...Destacándose que de los \$ 2.438.6 millones que se ahorraría el Instituto con la consolidación de la planta definitiva, \$ 1.090, 1 millones corresponde a las asignaciones básicas, \$ 802, 5 a prestaciones sociales y \$ 546,1 millones a parafiscales.

Ahora bien, el ordinal 7 del estudio contiene un al análisis de la planta de personal que para ese momento, conformaba el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. (pág. 137 y ss), inicia por indicar que, la problemática de dicha estructura es producto “*al parecer de medidas inadecuadas o convenciones colectivas laxas, modificaciones de planta con propósitos solo de mejoramiento salarial entre otros*”, los cuales “*han formado una planta de personal inadecuada, rígida y paquidérmica, que no concuerda con las necesidades reales de prestación del servicio*”.

Determinó entonces que en la planta de la institución se evidenciaban los siguientes yerros: (i)

48

bajos salarios de los profesionales médicos y directivos, en donde se explicó que el salario dispuesto por el Instituto correspondía a un ingreso mensual promedio de \$ 4.950.000, en tanto, en el sector privado el salario ofrecido oscilaba entre 12 y 18 millones de pesos, situación que había generado el retiro paulatino de muchos especialistas y la imposibilidad de competir en el mercado laboral para lograr la vinculación de especialistas con las calidades necesarias para la prestación del servicio; **(ii)** inadecuada categorización de varios funcionarios, como es era el caso de las secretarías, auxiliares de enfermería, camilleros y técnicos; **(iii)** desinterés de algunas especialidades médicas de pertenecer a la planta de personal, producto de los bajos salarios; **(iv)** exceso de cargos de secretarios ejecutivos; **(v)** deficiencia de cargos para atender funciones misionales en la planta de personal, como son los auxiliares de enfermería, cuya necesidad había sido cubierta a través del sistema de contratación por prestación de servicios; **(vi)** profesionales especializados no requeridos; y **(vii)** profesionalización de la instrumentación quirúrgica, ya que dicha labor estaba siendo realizada por técnicos operativos, desconociendo el mandato del artículo 23 de la Ley 784 de 2002.

En lo que hace al punto seis, esto es, el exceso de profesionales especializados, la experticia señala que:

"6. Profesionales especializados no requeridos: Con la modificación de plantas realizada en el año 1999 se profesionalizaron casi todos los cargos del Instituto, tanto del área asistencial, de investigaciones como de apoyo, sin encontrarse una razón técnica para ello, diferente a la loable intención de mejorar el ingreso de los funcionarios del momento, agravando lo anterior, el hecho de que el nivel asistencial, en donde para el sector salud está taxativamente prohibidas las equivalencias, muchos no cumplían el requisito de la especialidad y sin embargo fueron incorporados en la planta de personal, excepcionalmente, y sin razón conocida, pues no se menciona nada en el estudio técnico entonces, algunos cargos, muy pocos, fueron dejados como profesionales universitarios.

Por la esencia del cargo y funciones naturales, en el caso de bacteriólogas del Banco de Sangre, laboratorio clínico y trabajadoras sociales, no se requiere especialidad alguna, sólo el pregrado específico y lo único que hace es más oneroso el costo de la planta de personal.

Del estudio de cargos de trabajo realizado y de los procesos, procedimientos actividades y tareas asignadas a las diferentes dependencias, áreas y grupos internos de trabajo del Instituto, se detectó que frente a la SD especialización del 99.9 del nivel profesional del Instituto se presentan las siguientes situaciones:

- a. *En el área asistencial (de atención directa al paciente): tenemos profesionales en trabajo social, psicología, bacteriología y nutricionistas, que para el desempeño de sus funciones, no se requiere especialidad alguna, más aún no se tiene especialidad para las funciones asignadas.*
- b. *En el área de apoyo (administrativa): varias coordinaciones como son servicios generales, archivo de historias clínicas, cartería, ingeniería hospitalaria, mercadeo y presupuesto, tampoco requieren especialidad alguna para ejercer sus funciones".*

Según concluye el estudio la necesidad de modernizar, ajustar a perfiles y competencias dinámicas los cargos profesionales tanto del área asistencial como de apoyo, tecnificar los cargos del área de apoyo y buscar salarios que sean mínimamente justos para el personal médico, son las premisas que lideran la modernización de la entidad (pág. 160).

En tal sentido y como solución al diagnóstico de "6. profesionales especializados no requeridos", el informe propuso la supresión de cargos de profesionales especializados no requeridos y creación de cargos profesionales universitarios; indicó que "cómo se mencionó en el diagnóstico es

necesario que el Instituto cuente con cargos acorde con las funciones realizadas tanto el área asistencial como de apoyo. En este orden de ideas, en áreas asistenciales (atención salud mental -psicología), gestión a los usuarios (trabajo social), **Banco de Sangre y laboratorio (bacteriólogas)**, y nutricionistas y en áreas administrativas hospitalaria, se hace necesario suprimir el cargo de profesional especializado y reemplazarlo por cargos de profesionales universitarios" (resalta la Sala); entre ellos, los de profesional especializado de grado 2028 – código 13 (pág. 163).

Dice el estudio que tal proceso fue debidamente analizado área por área, aspecto que garantizó mantener en cada caso los cargos de profesional especializado según fuese requerido, buscando con ello preservar el conocimiento y el desarrollo de las políticas y planes del sistema integrado de calidad, en especial la certificación, habilitación y acreditación; aspectos que no se verían afectados, ya que tal determinación fue producto del examen riguroso de procesos, lo que permitió concluir la necesidad de modificar los perfiles.

Puestas en este contexto las cosas y visto el informe técnico, encuentra la Corporación que la modificación de la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. encuentra su génesis en la necesidad de racionalizar el gasto y ajustar los perfiles y empleos a los planes y funciones desarrollados por la institución; aspectos estos, que según el contenido del artículo 96 del Decreto 1227 de 2005, permiten arribar a la conclusión de que tal decisión encontró sustento en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración.

En efecto, nótese que, el análisis realizado por el Instituto previa supresión de los empleos, en tratándose de las bacteriólogas que fungen como profesionales especializadas del Banco de Sangre, estableció que, en razón a las funciones que estas desarrollan, no se requiere especialidad alguna, sino sólo el pregrado específico, de tal forma que mantener dicha denominación del cargo (profesional especializado), no tiene efectos distintos que hacer más onerosa la planta de cargos.

Además, no puede perderse de vista, y así también lo acepta la demandante en el libelo introductor, que la creación de dichos cargos (profesionales especializados), en el pasado, no encontró justificación técnica, pues ello tuvo como objeto único mejorar la asignación salarial de los trabajadores, sin atender a una evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo; situación que evidencia que desde su creación, la denominación de estos empleos no se correspondía en realidad con la labor desempeñada.

Siendo ello así, no encuentra esta Sala contrario a derecho que la institución hubiese querido corregir el yerro cometido en otrora, máxime, si como en este caso, estableció que para ese entonces (2009), y visto el manual de funciones, la labor desempeñada por los empleados no requería conocimientos más específicos. No estaba la administración entonces obligada a mantener en su planta aquellos empleos cuya denominación no se encontraba debidamente acompañada con la tarea asignada, y es precisamente tal situación la que justifica la modificación

49

y a consecuente supresión de cargos.

Repárese en que el estudio pone de presente cómo, en contraposición de ese exceso de cargos de profesional especializado, existía un déficit en el personal de auxiliar de enfermería, quienes desarrollan una labor permanente, necesaria y estrechamente ligada a la misión de la institución, situación que debía ser enmendada procediendo a la creación de otros cargos en la planta, como en efecto lo recomendó el estudio, que proyectó la incorporación de 85 nuevos cargos de auxiliar de enfermería 4128-19 (pág. 163). En tal sentido es claro que los recursos no invertidos en el pago de salarios cuyo perfil no está acorde con las necesidades del servicio, puede redundar en la creación de empleos que resultan de vital importancia para el cumplimiento del objeto de la institución.

Debe precisarse que, el estudio técnico en mención realizó en el numeral 5 el "análisis interno", estos es, un examen de los procesos técnico-misionales y de apoyo, de la prestación de los servicios, de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos (ver pág. 74 a 135), aspecto con el que dio cabal cumplimiento al contenido del artículo 97 del Decreto 1227 de 2005.

Visto lo anterior, un análisis integral del informe técnico que sirvió de fundamento a la expedición del Decreto 5018 de 2009, permite señalar que éste se avino al contenido de la Ley 909 de 2004 y al Decreto 1227 de 2005; y es que, en lo que hace a la situación laboral de la demandante, indica en forma clara las razones por las cuales concluyó necesaria la supresión de varios empleos de profesional especializado, código 2028 grado 13, y lo inconveniente de que dicha denominación se asignara a varias de las bacteriólogas del Grupo - Banco de Sangre, dependencia en la que se encontraba ubicada la señora Quintero León.

Con fundamento en lo anterior, no prospera el cargo de nulidad.

2.4.2 Desviación de poder

La desviación de poder como causal de nulidad surge cuando la autoridad pública ejerce las atribuciones de las cuales esta revestida, con el fin de obtener fines distintos a los que persigue la ley, situación que, en casos como el que ocupa la atención de la Sala, implica una dificultad probatoria, habida cuenta que, para avizorar la existencia del vicio, se hace imperioso indagar en las razones que tuvo en cuenta el funcionario para adoptar la decisión.

La demostración de esta causal implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio, y con fines distintos de los previstos por la norma.

Debe resaltar la Sala que en tratándose de un aspecto subjetivo, como son los motivos e intenciones que se tuvieron en cuenta para la expedición del acto, que envuelve la desviación de poder, la prueba tendiente a demostrar la existencia de la causal debe

encaminarse a indagar las razones que tuvo la autoridad pública para adoptar la decisión, pues solo así se puede establecer si el fin perseguido fue o no distinto al determinado por la ley.

Según argumentó la demandante, la mencionada causal se estructura en el asunto de marras, en razón a que, el cargo que ella desempeñaba, no fue suprimido de la planta del Instituto Nacional de Cancerología, esto es, y por el contrario, permaneció con las mismas funciones; además, para su desempeño fue designada la señora Ana Katina Kingross Rodríguez, que, según su dicho, no gozaba de mejor derecho que el que a ella le asistía.

A efectos de determinar la alegada ocurrencia del vicio conviene recordar que, según el contenido del artículo 115 de la Ley 489 de 1998, en las entidades cuya planta es global el director del organismo distribuirá los cargos de acuerdo con la estructura, las necesidades de la organización y sus planes y programas.

Con el fin de atender las necesidades del servicio y cumplir con eficacia y eficiencia los objetivos, políticas y programas del organismo o entidad, los representantes legales de estas instituciones podrán crear y organizar, con carácter permanente o transitorio, grupos internos de trabajo; competencia que en el caso del Instituto Nacional de Cancerología, fueron reiteradas en el artículo 16 del Decreto 5017 de 28 de diciembre de 2009 *“por el cual se aprueba la modificación de la estructura del Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado.”*; en virtud de ello podría asignar la labor de coordinación de los grupos internos a un empleado en particular, quien de conformidad con los decretos salariales que fija el gobierno, tiene derecho a una remuneración adicional equivalente al 20% de la asignación básica.

En tratándose del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., la planta de la cual se vale para el desarrollo de su objeto es global, así, se encuentran conformados varios grupos de trabajo, entre ellos el del Banco de Sangre, que contaba con algunos cargos de profesional especializado 2028 - 13, y uno de ellos, ejercía las labores de coordinación; sin que pueda afirmarse que la planta de empleos tuviese un cargo cuya denominación sea “coordinador – Banco de Sangre”.

Ahora bien, en el proceso de marras trasciende en evidencia que la señora Sofía Carolina Quintero León, fue nombrada con carácter provisional en el cargo de profesional especializado 3010 – 16 (con posterioridad 2028 – 13) de la planta global del Instituto Nacional de Cancerología y tomó posesión de éste el día 1º de febrero de 2016 (f. 245).

El mencionado nombramiento le fue prorrogado con carácter indefinido, esto es, hasta la provisión del empleo con las correspondientes listas de elegibles resultantes del concurso de mérito; mediante Resolución No. 0106 de 27 de febrero de 2006 (f. 247), y mediante

50

Resolución 208 de 4 de abril de 2006 le fueron asignadas las funciones de coordinadora del Grupo - Banco de Sangre del Instituto.

Pues bien, el 31 de diciembre de 2009, el director general del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E, dictó la Resolución No. 0889, que resolvió dar por terminadas a partir de la fecha, varias coordinaciones asignadas a la Subdirección General de Investigaciones, Vigilancia Epidemiológica, Promoción y Prevención, entre ellas la del Grupo Banco de Sangre que se encontraba asignada a la señora Sofía Carolina Quintero León (fs. 139 a 141). El anterior acto administrativo se encuentra revestido de la presunción de legalidad, pues no ha sido suspendido ni anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y tampoco es cuestionado en este proceso.

Siendo ello así, el estudio en este acápite se centra únicamente en determinar si la no incorporación de la demandante al cargo de profesional especializado 2028 – 13, con independencia de su función de coordinación, se ajustó a derecho.

Pues bien, según se informa en el plenario, en tratándose del Grupo – Banco de Sangre, la planta quedó conformada por una única profesional especializada 2028 – 13, esto es la señora Ana Katina Kingross Rodríguez, debidamente incorporada a la nueva planta mediante la Resolución No. 887 de 31 de diciembre de 2009.

En lo que hace a la señora Kingross Rodríguez la documental obrante en el expediente permite advertir que, mediante Resolución No. 04252 de 19 de abril de 1994, la Comisión Nacional del Servicio Civil la inscribió en carrera administrativa en el cargo de profesional especializado 3010 – 10 del Instituto Nacional de Cancerología (f. 118 C. 3); registro que fue actualizado el 30 de octubre de 1996, en el empleo de profesional especializado 3010 – 14 (f. 160 c. 3).

Ahora, en el año 1999, el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E, fue objeto de un proceso de modificación de su planta de personal; así, el 23 de diciembre de 1999, el Gobierno Nacional expedido el Decreto 2556 *“por el cual se establece la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología, Empresa Social del Estado”*.

Seguidamente, y teniendo en cuenta las equivalencias que disponía el artículo 7º del Decreto 2503 de 10 de diciembre de 1998, se expide la Resolución No. 00057 de 17 de enero de 2000, por la cual se fijan unas equivalencias en relación con la formación de postgrados para ocupar distintos cargos al interior del Instituto Nacional de Cancerología; dentro de ellos, el cargo de profesional especializado 3010 – 16 (con posterioridad 2028 – 13).

Con posterioridad, mediante Resolución No. 0060 de 18 de enero de 2010⁵, la señora Kingross Rodríguez fue incorporada a la planta de personal, de ese momento, del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., en el cargo de profesional especializado 3010 – 16 (con posterioridad 2028 – 13), empleo del cual tomó posesión el día 19 de enero de 2000 (f. 186 C.3).

En este punto conviene precisar que, de conformidad con el contenido del numeral 2º del artículo 181 del Decreto 1042 de 1978, la incorporación se considerará como ascenso para los empleados de carrera: a) cuando se haya dispuesto la supresión de cargos fijados en la planta anterior, y la creación de nuevos empleos con diferentes funciones y requisitos mínimos para su ejercicio; y b) cuando la reforma de la planta tenga por objeto reclasificar los empleos de la planta anterior, para fijar otros de mayor jerarquía dentro de una misma denominación.

A lo anterior se suma que, según certificación expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, esa entidad, actualizó el día 1 de noviembre de 2011 la inscripción en carrera de la señora Ana Katina Kingross Rodríguez, en el cargo de profesional especializado 2028 – 13 (f. 234).

Los medios de convicción citados permiten establecer sin ningún atisbo de duda que, la señora Ana katina Kingross Rodríguez se encontraba inscrita en carrera administrativa, situación que le otorgaba un derecho adquirido que le proporcionaba estabilidad en el empleo. Y es que si bien, la Ley 909 de 2004, prevé el retiro del servicio, aunque el trabajador haya accedido al empleo a través de concurso de méritos, ello no significa que éste quede desprotegido pues con miras a salvaguardar sus derechos, el ordenamiento jurídico ha establecido unas prerrogativas.

Es así que de conformidad con las normas aplicables, cuando se suprime un cargo existe un derecho preferencial para el empleado inscrito en carrera, privilegio que surge del fuero que lo cobija. El derecho del empleado de carrera se sobrepone respecto de aquellos empleados no inscritos y provisionales cuando se crea la nueva planta (incorporación), la cual se produce de forma automática, a diferencia de la reincorporación que tiene lugar después del retiro y como una opción para los mismos ex funcionarios de carrera⁶.

En consecuencia, no es posible afirmar la existencia de desviación de poder, cuando en el asunto que se estudia, se evidencia que una vez se produjo la provisión de empleos en la nueva planta, la administración prefirió, en cumplimiento de la Ley 909 de 2004 y el Decreto

⁵ Así se infiere del contenido del acta de posición No. 208 de 19 de enero de 2000 (f. 186 c-3)

⁶ Artículos 44 a 46 de la Ley 909 de 2004; artículos 86, 87, 95 y 97 del Decreto 1227 de 2005; y artículo 29 y 30 del Decreto 760 de 2005.

51

1227 de 2005 la incorporación de la señora Ana Katina Kingross Rodríguez en el cargo de profesional especializado 2028 – 13, quien se encontraba inscrita en carrera administrativa, prerrogativa que no se predica de la demandante, que ostentaba el cargo en provisionalidad.

Por último y en lo que hace a la alegada falta del cumplimiento del requisito de especialidad en hematología, que según dice la demandante, no fue acreditado por la señora Kingross Rodríguez, se tiene, tal como lo determinó la sentencia de primera instancia, que, la equivalencia que cobijó a esta trabajadora y que le permitió acceder al cargo de profesional especializado 2028 – 13 (antes 3010 – 16), data del año 2000, pues fue previsto en la Resolución No. 057 de 17 de enero de esa anualidad; acto administrativo que se presume válido, y que se acompasa con el contenido de los decretos 590 de 1993 y 2503 de 1998, que no impedían la configuración de equivalencias.

2.4.3 Del defecto sustantivo por falta de aplicación del artículo 38 de la Ley 196 de 2005.

El defecto material o sustantivo se presenta cuando existe una evidente y **grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión** o, cuando el juez falla con base en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, o en normas inexistentes o inconstitucionales.

En sentencia SU-659 de 2015, la Corte Constitucional refiriéndose a esta causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, aplicable al asunto, mutatis mutandis, puede identificarse en alguna de las siguientes situaciones:

“(i) Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional.

(ii) Aplicación de norma que requiere interpretación sistemática con otras normas, caso en el cual no se tienen en cuenta otras normas aplicables al caso y que son necesarias para la decisión adoptada.

(iii) Por aplicación de normas constitucionales pero no aplicables al caso concreto. En este evento, la norma no es inconstitucional pero al ser aplicada al caso concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada.

(iv) Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia.

(v) Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos 'erga omnes'. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.

(vi) Por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución. En este evento, la tutela procede si el juez ordinario no inaplica la norma por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad.”

Así mismo sostuvo que *"se incurre en un defecto sustantivo, cuando las normas legales no son interpretadas con un enfoque constitucional, fundado en la salvaguarda de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las particularidades del caso concreto"*.

En tal sentido la Corte ha determinado la existencia del defecto sustantivo cuando en la decisión judicial se desconocen las normas aplicables al caso concreto, o el fundamento legal que se utiliza para dirimir la controversia es inaplicable por cuanto (i) perdió vigencia, (ii) es inconstitucional, (iii) no guarda relación con el caso y (iv) existe una indebida interpretación de la norma. Igualmente la Corte ha manifestado que existe defecto sustantivo cuando: ***"(...) la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, pues se puede aducir que el fallo carece de la suficiente sustentación o justificación (...)"***⁷.

En el *sub examine*, en el documento contentivo del recurso de alzada, la libelista expone que el juez de conocimiento incurrió defecto sustantivo por falta de aplicación del artículo 38 de la Ley 966 de 2005, disposición que al decir del accionante impedía cualquier modificación de la planta de empleos dentro de los 4 meses anteriores, a la realización de las elecciones del cuerpo legislativo que tuvieron lugar el 14 de marzo de 2010.

Respecto a este particular, dirá la Sala que, el mencionado vicio (imposibilidad de modificación de la planta de empleos en víspera electoral), no constituyó un argumento de nulidad esgrimido con la interposición de la demanda; siendo ello así, es claro que no hizo parte de la *litis*, de suerte que, las entidades accionadas no tuvieron oportunidad de ejercer derecho de defensa sobre el mismo.

En tal sentido, no estaba el *a quo* obligado a abordar el asunto, pues ello hubiese constituido una violación al debido proceso de quienes integran el extremo pasivo de la *litis*, habida consideración que no tuvieron oportunidad de defenderse de ese preciso ataque. A ello debe sumarse que, siendo la jurisdicción rogada, no habría razón jurídica para que, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez del conocimiento divague en asuntos que no le fueron esgrimidos, y que solo se conocieron el expediente una se profirió la sentencia de primera instancia.

Consecuente con lo anterior, no será dable que la Corporación en esta instancia, asuma el estudio del nuevo alegato, pues una decisión diferente sería sorprender al accionado, quien durante todo el proceso consideró que los únicos repartos de la señora Quintero León contra los actos demandados, estaban constituido por la alegada falsa motivación y la desviación de poder, ya estudiada.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-464 de 2011.

52

Luego, no puede aducirse en este momento procesal vía de hecho alguna, por la falta de aplicación de una norma, cuando lo cierto es que, sobre ella no se fincó vicio de nulidad contra el acto.

Costas.

Finalmente, y como quiera que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

Decisión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "F", administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

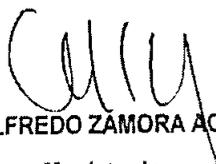
FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia de veintiocho (28) de febrero de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la señora **Sofia Carolina Quintero León** con contra el **Instituto Nacional de Cancerología E.S.E. y otros**, que negó las pretensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.



LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

Magistrado



PATRICIA SALAMANCA GALLO

Magistrada



BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS

Magistrada

SEP 10 20 PM 4:51

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA (2)
CONSTANCIA DE FIJACIÓN
EDICTO # 14
Bogotá, D.C. 7 SEP 2020
HAGO CONSTAR que para notificar a las partes
la anterior SENTENCIA se fijó el EDICTO en un
lugar público de la secretaria, por un término legal.
Oficial mayor *[Signature]*