



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD DE
TUNJA
 Carrera 11 N° 17-53 Piso 4

JUEZ: DRA. ELIANA MARCELA SARMIENTO RODRIGUEZ

Radicación No. 15000-23-31-000-2004-03285-00
Demandante: BLANCA STELLA SUAREZ GAVIDIA
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ Y OTROS

Tunja, doce (12) de noviembre de dos mil quince (2.015).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Ha venido el proceso de la referencia con informe de la Secretaría del 09 de junio de 2015¹, a efectos de dictar sentencia, toda vez que se reúnen los presupuestos procesales y no hay presencia de causas de nulidad que invaliden lo actuado.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones.-

BLANCA STELLA SUAREZ GAVIDIA mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho², solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el Acuerdo No. 007 del 28 de Julio de 2004, proferido por la Junta Directiva de la empresa social del Estado SALUD AQUITANIA (Boyacá) "por el cual se adecua la planta de personal de la empresa social del estado SALUD AQUITANIA y se dictan otras disposiciones" en cuanto hace relación con Blanca Stella Suárez Gavidia, por la supresión del empleo de promotora de salud, código 541; y la nulidad del oficio sin número del 06 de agosto de 2004, a través del cual la Gerente (E) de la E.S.E. SALUD AQUITANIA, determina y comunica al demandante que el cargo que desempeñaba al servicio de la entidad pública demandada, fue suprimido por medio del Acuerdo No. 007 del 28 de julio de 2004, expedido por la junta directiva.

¹ Informe visto a folio 712 del expediente.

² Previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho solicitó: (i) Ordenar a la parte demandada, reintegrarla y reinstalarla al mismo cargo que desempeñaba al momento de ser desvinculada de la entidad demandada o a otro de igual o superior categoría, (ii) Condenar a la parte demandada, a pagarle el valor de los salarios, primas, bonificaciones, gastos de representación, vacaciones y demás prestaciones sociales, y cualquier otro concepto salarial o prestacional, junto con los aumentos e incrementos que ellos hayan tenido, correspondientes al tiempo que dure cesante la demandante, en relación con el cargo del que fue desvinculada. (iii) la condena en daños morales que se traduce en detrimento patrimonial derivado de la supresión del empleo por ella desempeñado.

2.- Supuestos de hecho.-

El componente fáctico de la demanda relata que la demandante trabajaba en el sector salud, vinculada con el Hospital San Luis de Aquitania entidad administrada por el Departamento de Boyacá.

A través del acuerdo 006 del 23 de marzo de 1999, el concejo municipal de Aquitania organiza el hospital como Empresa Social del Estado SALUD AQUITANIA, entidad de nivel municipal, por lo que la demandante fue vinculada a esta nueva institución. Esta última entidad adelantó un proceso de modificación de la estructura administrativa, donde se suprimieron varios cargos, entre ellos el cargo de la demandante.

Señala que las actuaciones de modificación se realizaron en clandestinidad por cuanto no se tuvo en cuenta el fuero de los trabajadores sindicalizados, pues se le confirió a la administración la facultad de levantar el fuero, desconociendo las normas laborales vigentes; de la misma manera en la que se elaboraron los estudios técnicos para la reforma, desconociendo lo preceptuado por la ley 443 de 1998 en lo que respecta a la conservación de empleados motivación expresa, entre otras; así como tampoco se dio la aprobación de la modificación de la planta por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Con lo anterior, existe falsa motivación en los actos acusados, lo que conlleva a una evidente desviación de poder, ello sumado a la falta de idoneidad de la firma consultora que realizó el estudio.

3.- Normas Violadas y Concepto de Violación.-

Cita el demandante normas de orden constitucional: los artículos: 2, 6, 13, 25, 29, 53 y 121 – inciso 5 artículo 125.

De orden legal: ley 443 de 1998, decreto 1330, 1567, 1568, 1569, 1570, 1571 y 1572 de 1998; ley 734 de 2002.

El concepto de violación se sustenta en los siguientes términos:

El concepto de violación se sustenta en los siguientes términos:

- Desconocimiento de normas constitucionales y legales

Afirma que la entidad accionada desconoció la condición de mujer cabeza de familia o jefe de hogar de la demandante al separarla del servicio sin justificación alguna, dejándola sin empleo y sin posibilidad a sus hijos para continuar con sus estudios y satisfacer otras necesidades que les permitan llevar una vida digna.

- Situación jurídica concebida en agresión de los derechos colectivos

Indica que en febrero de 2004, esto es 5 meses antes de la expedición del acto de supresión de empleos en la planta de personal de la ESE. Salud, la entidad confirió poderes para levantar el fuero de los funcionarios, por lo que para esa fecha la situación jurídica debatida era inexistente, es decir los actos expedidos con posterioridad constituyen una refrendación de las decisiones que arbitrariamente asumió con anterioridad.

- Carácter clandestino de la actuación administrativa. Necesidad de publicidad.

La administración tenía conocimiento respecto de quienes debían ser las personas a quienes había determinado suprimir su cargo, por lo que ésta decisión no se puso en conocimiento ni de los funcionarios ni de la organización sindical a la que estaban afiliados, desconociendo con dicho proceder el debido proceso administrativo, así como los derechos de asociación, trabajo y defensa

Igualmente grave es, el hecho de que la decisión definitiva de reestructuración se tomó fuera de la sede de la entidad en abierta contradicción de las disposiciones de jurisdicción y competencia contenidas aun en el mismo reglamento de la E.S.E. Aunado a lo anterior, estas características constituyen una grave falta al orden jurídico que determina la nulidad absoluta de los Actos Administrativos impugnados.

- Incompetencia y falta de jurisdicción

Los Acuerdos No. 006 y 007 del 28 de julio de 2004 expedidos por la Junta Directiva de la ESE. Salud de Aquitania, a través de los que se modificó la estructura orgánica y se adecuó la planta de personal, fueron suscritos en la ciudad de Sogamoso, lugar que no era la sede de la entidad, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 4º del Acuerdo No. 006 del 23 de marzo de 1999, en el que se indicó que la jurisdicción de la ESE estaba circunscrita al Municipio de Aquitania.

Teniendo en cuenta que la ESE. Salud Aquitania es una entidad del nivel territorial del orden municipal, no tiene atribución legal para ejercer funciones por fuera de su jurisdicción, por lo que se considera adolecen de nulidad.

- Desviación de poder por desconocimiento de la normatividad vigente. Vía de hecho.

Nunca se dispuso la liquidación del Hospital San Luis de Aquitania, que era un requerimiento para la correcta creación de la Empresa Social del Estado y no su simple transformación, sin definición acerca de los recursos destinados a su financiación, así como tampoco se determinó la observancia de los derechos laborales, salariales y prestacionales del personal a su servicio.

- Desconocimiento de la condición de jefe de hogar

Para la parte demandante, su fuente de subsistencia y la de su núcleo familiar consistía en la labor que adelantaba en la entidad accionada. Al ser desvinculada de manera arbitraria en la medida en que sus razones fueron eminentemente políticas o partidistas, se están desatendiendo los fines esenciales del Estado, siendo ella un sujeto de especial protección por su condición de madre cabeza de familia en razón al principio de desigualdad compensatoria.

- Puntualizaciones acerca de la falsa motivación

La reestructuración de la planta de personal de la entidad demandada debía estar fundamentada indispensablemente en estudios técnicos que propendieran por el mejoramiento del servicio, de otra manera, se entendería que la motivación es falsa. Empero, el estudio adelantado no contiene tal requisito, pues sólo contiene conceptos acerca del servicio de salud y aproximación a lo que podrían ser políticas y reproducción de normatividad, lo que implica que la decisión no estaba debidamente motivada.

- Otros vicios en la elaboración del estudio

El proceder de la Administración se desvió porque se desvincularon funcionarios no con el sentido de mejorar el servicio, sino para mantener exclusivamente a quienes mantenían una afinidad política con la Administración. Asimismo, las labores que fueron asignadas a otros funcionarios posteriormente a la desvinculación se encuentran en condiciones de menor calificación frente al personal que se mantuvo con ocasión a la reforma. Tampoco se acató el artículo 153 del Decreto 1572 de 1998 siempre que no se remitió el estudio técnico junto con la planta de personal finalmente adoptada a la Comisión Nacional del Servicio Civil; ni se dio oportunidad a los servidores públicos desvinculados para que se prepararan para asumir el cambio, transgrediendo el artículo 154 del citado Decreto.

- Violación del debido proceso

No se observaron las etapas que técnicamente debían procederse a aplicar de acuerdo al artículo 154 del Decreto 1572 de 1998, pues los estudios técnicos carecían de un verdadero marco teórico que inspirara y guiara la reforma. De esta manera, se quebrantaron los derechos a la defensa y al debido proceso, añadiéndose que no se ofrecieron garantías para que pudiera haberse agotado vía gubernativa.

II.- ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Luego de verificar los requisitos de forma exigidos por el artículo 137 del C.C.A. la demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante auto de fecha 19 de abril de 2006, visible a folio 79 a 84.

2.- Notificada en debida forma la demanda, se fija en lista por el término de 10 días (fl 137), término dentro del cual la parte actora presentó reforma de la demanda (fls. 138-159), la cual fue admitida mediante auto de 10 de diciembre de 2008 (Fl. 170-171), para luego fijarse

en lista por 10 días (Fl. 280), término dentro del cual las entidades contestaron en debida forma.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de fijación en lista las entidades se pronunciaron de la siguiente manera:

El Municipio de Aquitania señala que la entidad territorial nunca ordenó ni ejecutó los actos tendientes a la reestructuración de la ESE, pues si bien es cierto, el alcalde pertenece a la junta directiva de la ESE, no es menos cierto que las ordenes las dicta él en calidad de presidente de esta entidad mas no de Alcalde del Municipio de Aquitania.

Señala que por lo anterior, existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, en razón a que la reestructuración de la ESE no se dio desde el ente territorial, soportando su tesis en jurisprudencia citada del Consejo de Estado, por lo que solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los hechos manifestó que son ciertos los numerales 2 y 3, frente a los numerales 1, 4, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 manifiesta que no le consta que se pruebe, en cuanto a los numerales 5, 10 y 12, alega que no son hechos, que son argumentos que soporta las pretensiones de la demanda.

El Departamento de Boyacá - Instituto Seccional de Salud de Boyacá, a través de apoderado, se opone a las pretensiones por considerar que carecen de sustento fáctico y legal.

Afirma que ninguno de los actos demandados fue suscrito por el Gobernador de Boyacá o funcionario del ente departamental por su obvia condición de entidad del orden municipal.

Estima que siendo el departamento un ente territorial independiente de la ESE, no existe fundamento legal para ser demandado, máxime cuando por su naturaleza jurídica se trata de una entidad descentralizada, de categoría especial del orden municipal, dotada de personería jurídica, con patrimonio propio y autonomía administrativa adscrita a la dirección local de salud, tal como lo prevé al Acuerdo No. 006 del 23 de marzo de 1999 expedido por el Concejo Municipal de Aquitania.

Los actos enjuiciados fueron expedidos por la Junta Directiva de la ESE, sin que en su elaboración hubiera intervenido de manera alguna el departamento, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1876 de 1994 y la Ley 100 de 1993, los acuerdos expedidos por la Junta Directiva son autónomos e independientes. Así, siendo una entidad de carácter municipal, el nominador del Gerente es el Alcalde Municipal como lo explica el artículo 16 el citado Acuerdo Municipal.

En cuanto a los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 manifiesta que no le consta que se pruebe, en cuanto a los numerales 19 y 20, alega que no son hechos, que son argumentos que soporta las pretensiones de la demanda.

La E.S.E. Salud Aquitania, a través de apoderado se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo una indebida acumulación de pretensiones toda vez que la demandante pretende que bajo la misma cuerda procesal se tramite la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A. contra el oficio de fecha 06 de Agosto de 2004, y la acción de simple nulidad contenida en el artículo 84 de la misma obra contra los Acuerdos 006 y 007 expedidos el 28 de julio de 2004 por la Junta Directiva de la E.S.E. Salud Aquitania a través de la cual se modifica la estructura orgánica de la entidad. Por este motivo, el Despacho debe fallar de manera inhibitoria frente a las pretensiones.

Argumenta que el oficio demandado no constituye un Acto Administrativo, ya que es una simple comunicación que no encuadra en las características que lo definen, que son la declaración unilateral de la administración hecha en ejercicio de la función administrativa y que produce efectos jurídicos de forma inmediata. Esto implica que el acto no debe estar supeditado a la expedición de un acto posterior, que sería el principal; en otras palabras, debe de suyo producir efectos jurídicos respecto al administrado. Así las cosas, el verdadero acto administrativo estaría contenido en el Acuerdo 07 del 28 de julio de 2004, que no fue impugnado y por consiguiente cobro ejecutoria legal y el oficio en cuestión no hace otra cosa que informar acerca de sus efectos. En este sentido, la comunicación sería un acto de trámite, los cuales no son susceptibles de agotamiento de vía gubernativa ni la subsiguiente vía jurisdiccional.

Por otra parte, las causales de retiro de la función pública pueden surgir del legislador, de la Administración o del propio funcionario. En este caso, la causa del retiro surgió por disposición de la ley, originada en la expedición del Acuerdo 07 de 2004, pues este se encuentra fundado en lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1876 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 y demás normas.

Igualmente en el escrito de la demanda no se explican los hechos que fundamentan las pretensiones o la relación jurídica sustancial. La demanda se limita a reseñar la vinculación de la actora y a emitir juicios de valor y conceptos de derecho sin que se relacionen la causa concreta de la situación de hecho de la que se desprende la consecuencia jurídica. Sin la existencia de aquel hecho principal, el debate probatorio se alejaría de la demanda misma, y, conforme a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, de nada aprovecharía la defensa y la respuesta expuesta en la contestación de la demanda.

Considera que, sin embargo, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, es viable el ajuste institucional al interior de las entidades públicas si con ello se demuestra una mejora en el servicio a un menor costo y con personal contratado que no constituye cargas prestacionales ni sobre costos, siempre y cuando medie el procedimiento establecido en la

Ley 443, junto con sus Decretos reglamentarios, en concordancia con la Ley 909 de 2004; es decir, el estudio técnico previo que contemple aspectos como cargas de trabajo, análisis de los procesos técnicos misionales y de apoyo, evaluación de la prestación de los servicios y evaluación de las funciones asignadas y perfiles. Entonces, el estudio técnico previo, así como lo contemplado en el Decreto 2504 de 1998 que establece que las propuestas de adopción o modificación de la planta de personal deben ser respaldadas por estudio técnico que debe ser remitido al Departamento Administrativo de la Función Pública para concepto, pese a que el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 no lo exige.

En el caso concreto, el estudio que fundamentó la modificación de la planta de personal se adelantó con miras a alcanzar los objetivos arriba descritos y siguiendo el proceso descrito en la normatividad, y fue desarrollado por la firma Visión que cuenta con profesionales adscritos a la Universidad de la Sabana, que es una firma idónea y con experiencia a nivel nacional, como lo acredita la hoja de vida de los profesionales que la conforman.

En cuanto a la condición de la accionante, ella se encuentra nombrada en provisionalidad, lo que, de acuerdo a los artículos 4 y 5 del Decreto 1562 de 1998 reglamentario de la Ley 443 del mismo año y reconocido tácitamente por la Ley 909 de 2004, es necesario subsanar aquella situación, ya sea a través de la supresión del cargo en caso de no ser necesario, o sometiénolo a concurso abierto para la provisión del empleo en los términos del artículo 29 de la Ley 909. La E.S.E. Salud Aquitania adelantó la reestructuración interna con base en el estudio mencionado y con motivo del peligro que, para la continuidad de la entidad, conformaba el número de funcionarios y la carga prestacional que soportaba; de ahí la supresión.

Asimismo, no es cierto que se haya violado la convención colectiva por cuanto ella se circunscribe únicamente a los trabajadores oficiales dentro de los cuales no se encuentra la demandante siendo empleada pública. Al adelantarse los estudio previos a la reestructuración de la planta de personal, queriendo decantar el procedimiento legal, la adopción de la decisión definitiva se pospuso hasta cumplidos los requisitos, además de sostenerse reuniones solicitadas por el Sindicato en las que se trataron las condiciones en que se desarrollarían las supresiones de cargos, por lo que no es cierto que haya habido ocultamiento de información, como tampoco es cierto que los estatutos obliguen a que las decisiones de la Junta Directiva de la E.S.E. exclusivamente puedan tomarse en la ciudad de Aquitania, confundiendo la actora la jurisdicción donde se debe prestar el servicio y el lugar de reunión y toma de decisiones administrativas de la Junta, no contemplado en ellos sino en el Acuerdo 01 de 1999 expedido por la misma Junta Directiva.

No es cierto a su vez el argumento de que la E.S.E. Salud Aquitania debía liquidarse y no transformarse, toda vez que el mismo artículo 194 de la Ley 100 de 1993 implica dicha transformación, la cual fue considerada necesaria tanto por la entidad como por el Ministerio de Salud en virtud de la intervención que en ese momento adelantaba la Superintendencia Nacional de Salud sobre el Hospital.

En cuanto a los hechos manifestó que es cierto el numeral 7, frente a los numerales 1, 2, 3, 4, 8, 10, 16, 17 y 18 manifiesta que no le consta que se pruebe, en cuanto a los numerales 5, 6, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 19 y 20, alega que no son hechos, que son argumentos que soporta las pretensiones de la demanda.

3. Mediante auto de fecha 21 de septiembre de 2011, se abrió el proceso a pruebas (folio 531-535), para lo que se decreta tener como tales las documentales aportadas con la demanda y su contestación, se oficia para que se allegue los documentos que allí se señalan y se decretan unas pruebas testimoniales.

4. Teniendo en cuenta que fue posible el recaudo de todas las pruebas decretadas, mediante proveído de fecha 30 de septiembre de 2014 (Fl. 689), el despacho ordena correr traslado común por el término de 10 días para que las partes aleguen de conclusión, término dentro del cual los extremos procesales se pronunciaron, sustentando los escritos de demanda y contestación de demanda respectivamente (Folios 690-708).

5. Surtido el trámite de rigor y no habiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se decide sobre el fondo de la presente litis, previas las siguientes,

IV.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. Excepciones

3.1.1. Comunes Del Municipio de Aquitania y el Departamento de Boyacá

- Falta de Legitimación en la causa por pasiva

Afirman que la reestructuración de la ESE. Salud Aquitania fue realizada por parte de la Junta Directiva de la entidad a través de los Acuerdos No. 006 y 007 de 2004, sin que en la expedición de dichos actos ni en las decisiones en ellos contenidas, hubiese intervenido el Departamento de Boyacá o el Municipio de Aquitania, por lo que estos son independientes de cualquier decisión y actuación realizada por los sujetos pasivos, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo No. 006 del 23 de marzo de 1999 expedido por el Concejo Municipal de Aquitania.

Estima el despacho que esta excepción está llamada a prosperar, por las siguientes razones:

El Acuerdo No. 006 del 23 de marzo de 1999, suscrito por el Concejo Municipal de Aquitania, establece que la ESE. Salud Aquitania es una Empresa Social del Estado, de carácter descentralizado, de categoría especial del orden Municipal, dotada de personería jurídica, con patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrita a la Dirección Local de Salud e integrante del Sistema Municipal de Seguridad Social en Salud, sometida al régimen jurídico previsto en el capítulo III, artículos 194 y 195 de la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios y demás disposiciones que lo modifiquen, adicionen, reformen o sustituyan (Cuaderno de Pruebas No. 4 fs. 31-32).

En su artículo 8º establece que la Junta Directiva estará conformada por el alcalde o su delegado, un delegado del alcalde como Director Local de Salud, un representante del

estamento científico de la institución, un representante del estamento científico de su jurisdicción elegido por el alcalde, un representante designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas y dos representantes designados por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa; de lo que se concluye que el Instituto Seccional de Salud de Boyacá (hoy Secretaría de Salud), ni el Municipio de Aquitania hacían parte de la Junta Directiva de la ESE. Salud Aquitania.

De conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 2º del Acuerdo No. 001 del 16 de julio de 1999, contentivo de los estatutos de la ESE. Salud Aquitania, la entidad estará adscrita a la Secretaría de Salud del Departamento de Boyacá, quien ejercerá sobre ella control de tutela de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 203 del Decreto 1876 de 1994. (Cuaderno de pruebas No. 4 Fl. 3), sin embargo la misma se constituyó como entidad pública descentralizada del orden municipal, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, por lo cual no puede señalarse que al pertenecer al orden Municipal se deba responsabilizar al Municipio de Aquitania por cuanto el Alcalde hace parte de la Junta directiva de la ESE, o al departamento de Boyacá por encontrarse adscrita a la secretaría de salud departamental.

No obstante lo anterior, de la lectura del Convenio de Desempeño No. 00386 de diciembre de 2004 (fls. 626-635), suscrito entre el Departamento de Boyacá y el Ministerio de la Protección Social para la ejecución del programa de reorganización, rediseño y modernización de la red de prestación de servicios de salud en el Departamento, dentro del que se encuentra entre otros, la ESE. Hospital Salud Aquitania, se advierte que en su cláusula quinta numerales 5 y 15, se estableció como obligación a cargo del Departamento la de *“Designar al respectivo Gerente del Instituto Seccional de Salud de Boyacá o quien haga sus veces como responsable de coordinar el desarrollo de EL PROGRAMA y de establecer la interventoría del mismo en el área de su jurisdicción”*, así mismo la de *“Abstenerse de autorizar la conformación de nuevos prestadores públicos de salud en EL DEPARTAMENTO, y otros servicios que no estén en consonancia con la red y soportados con un estudio técnico que los viabilice”*.

No obstante lo anterior, para el despacho es evidente por la naturaleza jurídica de la ESE. Salud Aquitania, como ente descentralizado de categoría especial del orden municipal, con personería jurídica y patrimonio autónomo, y quien expidió los actos demandados, que frente a una eventual prosperidad de las pretensiones, tendría la obligación de restablecer el derecho a favor de la señora Blanca Stella Suárez Gavidia.

Del Departamento de Boyacá

- Indebida acumulación de pretensiones

³ **“DE LA AUTONOMIA Y DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA.** La autonomía administrativa y financiera de las Empresas Sociales del Estado se ejercerá conforme a las normas que las rigen. La tutela gubernamental a que están sometidas tiene por objeto el control de sus actividades y la coordinación de éstas con la política general del Gobierno en los niveles Nacional, Departamental, Distrital y Municipal y particular del Sector.

PARAGRAFO. Las Empresas sociales del Estado estarán adscritas a la Dirección Nacional, Departamental, Distrital o Municipal correspondiente, de acuerdo con su naturaleza, dependencia territorial y reglamentación vigente sobre la materia.”

Expresa que el actor pretende que se ventile por el mismo proceso la acción de nulidad y la acción de nulidad y restablecimiento, buscando la nulidad de un acuerdo municipal y a su vez la nulidad de un acto administrativo particular, lo cual no es procedente.

- Falta de causa petendi

Señala el apoderado de la entidad que no hay conexidad entre lo que se pretende y los hechos que dieron origen a la demanda, además establece que aunque las partes son capaces de comparecer al proceso y el juez sea competente, el fallo debe tornarse en inhibitorio pues no se encuentran los elementos necesarios para que exista un vínculo jurídico procesal entre la parte que representa y la parte actora.

Se advierte que esta excepción hace parte del análisis que debe realizarse al momento de estudiar el fondo del asunto, por lo que es allí donde será tomada en cuenta.

3.1.2. ESE. Salud Aquitania

- Caducidad de la acción:

Indica que el Acuerdo 07 de julio 28 de 2004 expedido por la E.S.E. Salud Aquitania fue notificado ese mismo día, habiendo transcurrido a la fecha de la presentación de la demanda 12 meses, lo que implica que la acción se encuentra caducada.

El artículo 136 del C.C.A. en su numeral 2º establece:

“Caducidad de las acciones. (...)

2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. (...)”

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo citado en precedencia, la acción de nulidad y restablecimiento caduca a los 4 meses contados a partir del día siguiente a la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, en el caso bajo estudio se tiene que el oficio sin número de fecha 6 de agosto de 2004 suscrito por la Gerente (e) de la ESE. Salud Aquitania, obrante a folio 27 del expediente, a través del que se le comunica a la señora Blanca Stella Suarez Gavidia, la supresión del cargo por ella desempeñado como Promotora de Salud Código 541, no tiene constancia de notificación; sin embargo, el mismo se entiende notificado por conducta concluyente por cuanto a folio 46 del cuaderno de pruebas No. 3 obra derecho de petición suscrito por la parte actora y dirigido a la ESE SALUD AQUITANIA en el que señala que *“en atención al oficio del 06 de agosto de 2004 que me fue entregado en la fecha (...)”*.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 7 de diciembre de 2004 (fl. 16), se concluye que fue interpuesta dentro del término legal previsto, pues no pasaron

cuatro meses desde la notificación del oficio demandado, razón por la que se declarará la improsperidad de la excepción propuesta.

- Falta de causa legal para iniciar la acción:

Afirma que la desvinculación de la actora se efectuó en aplicación de los Acuerdos 06 y 07 de 2004 expedidos por la Junta Directiva de la E.S.E. Salud Aquitania, los cuales se fundamentan en el numeral 6º del artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, previo estudio técnico realizado por una firma especializada idónea y obedeciendo a razones de interés general y mejora en el servicio.

Más que una excepción entiende el despacho que se trata de un argumento defensivo, el cual será objeto de análisis al estudiar de fondo el presente asunto.

- Ineptitud sustancial de la demanda:

La comunicación de fecha 6 de agosto de 2004, es un acto de trámite, por ende no es susceptible de ser demandado ante la jurisdicción, es decir, la demanda no reúne los requisitos sustanciales exigidos; además, no es posible tramitar bajo la misma cuerda procesal las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y simple nulidad. En ese orden de ideas, la demanda debió ser rechazada.

En lo que respecta a cuáles son los actos administrativos a demandar, en tratándose de procesos de supresión de empleos, la jurisprudencia de la máxima Corporación Contencioso Administrativa no ha sido unánime pues en algunos eventos ha señalado que pueden demandarse los actos generales en tanto de ellos se derivan efectos particulares pero, en todo caso, en conjunto con actos particulares y concretos; en otros casos ha considerado que debe demandarse el oficio de información si este es suscrito por el nominador pues concreta el retiro, pero si la comunicación la suscribe un funcionario sin facultad nominadora le ha dado el carácter de acto de trámite, no demandable⁴; y, en otros, ha considerado que el acto de retiro se encuentra en los actos de incorporación por cuanto al no vincular al empleado en la nueva planta de personal se le está, implícitamente, retirando del servicio.

En reciente pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, se indicó que por regla general se debe demandar el acto que afecte de manera directa al empleado, es decir, el que determine en forma individual el retiro del servicio, no obstante lo anterior, advirtió que se hace necesario analizar las situaciones fácticas y jurídicas en cada caso particular a efectos de determinar el acto a demandar, así:

⁴ Sentencia del 24 de agosto de 2001, con ponencia del Magistrado Nicolás Pájaro Peñaranda, dentro de la radicación No. 17001-23-31-000-1993-8006-01(3022-00).

⁵ Sección Segunda, en sentencia del 18 de febrero de 2010 con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro de la radicación No. 25000-23-25-000-2001-10589-01 (1712-08).

“(…)

1. En el evento de que exista un acto general que defina la planta; un acto de incorporación que incluya el empleo, e identifique plenamente al funcionario y finalmente una comunicación; debe demandarse el segundo, esto es, el acto que extingue la relación laboral subjetiva y no por ejemplo la comunicación, por que es un simple acto de la administración, o de ejecución.

2. Si la entidad adopta la planta de empleos y no produce un acto de incorporación, pero expide un oficio dirigido a cada empleado que desea retirar; la comunicación se convierte en un acto administrativo que extingue la situación laboral subjetiva y por lo tanto se hace demandable; esto sin olvidar que el acto general de supresión de cargo debe ser enjuiciado en forma parcial o mediante la excepción de inaplicación del acto, por inconstitucionalidad o ilegalidad.

3. En los eventos en donde el acto general concreta la decisión de suprimir el cargo, la comunicación se convierte en un acto de simple ejecución, por ende, la sola impugnación de este acto genera inepta demanda, ya que no pone término a una actuación administrativa, respondiendo a la lógica, que la eventual declaratoria de nulidad del oficio de comunicación dejaría con plenos efectos jurídicos el acto que suprimió el cargo, o el que no lo incorporó a la nueva planta de personal, imposibilitando legalmente el restablecimiento del derecho. (…)”

De acuerdo con lo anterior, se hace necesario indicar, que los actos generales no son susceptibles de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, menos aún si de la nulidad se deriva un restablecimiento automático, por lo tanto cuando éstos afectan una situación particular, lo procedente es solicitar su inaplicación bien por inconstitucionalidad o ilegalidad, incluso se puede aplicar oficiosamente la excepción de inconstitucionalidad, tal como lo indicó la sala de decisión No. 4 del H. Tribunal Administrativo de Boyacá en reciente pronunciamiento⁶.

Si los actos generales se demandan en conjunto con actos particulares y se encuentra que los primeros están viciados, la decisión, cuando sirve de sustento al acto particular, es su inaplicación para el caso concreto, bien por ilegalidad o inconstitucionalidad, o inhibitoria, en el evento en que no afecte el acto particular.

Para el caso concreto, se solicita la nulidad del Acuerdo No. 007 del 28 de julio de 2004 expedido por la Junta Directiva de la ESE, el cual si bien tiene carácter general afecta de manera particular y concreta a la actora en tanto a través de él se suprimieron en su totalidad los cargos de Promotora de Salud Código 541, uno de ellos desempeñado por la señora Blanca Stella Suárez Gavidia, el cual en criterio del despacho es susceptible de ser

⁶ Sentencia del 9 de septiembre de 2009 con ponencia del Magistrado Javier Ortiz del Valle, dentro de la radicación No. 15000233100 1998-0511.

demandado a través de la acción de nulidad y/o nulidad y restablecimiento del derecho, como en el caso bajo estudio.

Ahora bien, en tratándose de los oficios de comunicación suscritos por el nominador a través de los que se comunica al afectado sobre la supresión del cargo que venía ejerciendo, se tiene que éstos no constituyen actos administrativos, por lo que no son susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción, en tanto no crean, modifican o extinguen situación alguna, simplemente comunican la supresión e informan sobre las opciones que tienen los funcionarios de carrera, indemnización o derecho preferencial para la reincorporación. Así lo ha precisado el H. Consejo de Estado⁷:

“ (...) Siguiendo estos lineamientos de la jurisprudencia de la Corporación, resulta claro que siempre que exista una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración o de un sujeto diferente, en ejercicio de la función administrativa a él atribuida conforme a la ley, que tenga carácter decisorio, es decir, que produzca efectos jurídicos, en cuanto cree, modifique o extinga situaciones jurídicas, habrá un acto susceptible de ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que ésta se pronuncie sobre su legalidad. No importa, como se aprecia, la calificación formal de la decisión que se demanda; la misma podría denominarse “acto administrativo”, “resolución”, “circular” o de cualquier otra manera; puesto que lo determinante es que contenga los elementos referidos y de ser así, resulta procedente el juicio de legalidad que se proponga ante esta jurisdicción. Al contrario, cuando las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que contengan decisiones en estricto sentido, se está en presencia de simples actos de servicio que escapan al control jurisdiccional. (...)”

Siguiendo el criterio jurisprudencial anterior, se considera que el oficio sin número de fecha 6 de agosto de 2004, por medio del cual se le comunicó a la actora sobre la supresión del cargo que ejercía como Promotora de Salud Código 541, no corresponde en estricto sentido a un acto administrativo, puesto que no crea modifica o extingue situación jurídica alguna de la actora, sino que con éste la Gerente (e) de la ESE. Salud Aquitania se limitó a comunicarle el acto administrativo particular contenido en el Acuerdo No. 007 del 28 de julio de 2004, que fue el que realmente suprimió el cargo de carrera que venía ejerciendo, extinguiéndole a su vez su derecho para continuar laborando y percibiendo una remuneración; así lo señaló el H. Consejo de Estado en sentencia del 23 de octubre de 2002⁸:

“(...) El Consejo de Estado en repetidas ocasiones ha afirmado que el oficio por medio del cual simplemente se comunica la decisión asumida por una determinada

⁷ Sección Tercera, en Sentencia del 20 de febrero de 2008, dentro del radicado 21845, con ponencia de la Consejera Myriam Guerrero de Escobar.

⁸ No. Interno 0963- 2003, con ponencia del Consejero José María Lemus Bustamante.

autoridad pública no tiene carácter de acto administrativo. " En sentencia del 13 de agosto de 1998, magistrada ponente Dolly Pedraza de Arenas, expediente No.15984, actor Luis E. Bernal G., señaló la Corporación: "Sobre este último acto, dirá la Sala que no constituye acto demandable ante esta jurisdicción, pues no crea ni modifica ni extingue situación jurídica alguna. Como se observa, el oficio se limita, de una parte, a comunicar la supresión del cargo del actor, y de otra, a informar de manera general las opciones que según la entidad tenían los funcionarios de carrera administrativa. Por lo tanto al no ser acto administrativo enjuiciable, la inhibición sobre su examen fue acertada."

Por lo anterior, sobre este oficio que no es un acto administrativo enjuiciable, se encuentra probada la excepción de inepta demanda respecto de la pretensión de su nulidad, por lo que el despacho se declarará inhibido para pronunciarse sobre el mismo.

- Falta del presupuesto procesal demanda en forma:

En el escrito demandatorio no se explican los hechos fundamentales que motivan las declaraciones pedidas, por lo que, como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, aquellas pretensiones cimentadas en fundamentos fácticos no relacionados en él no deben prosperar, así mismo que con el traslado de la demanda no se aportaron los anexos, situaciones que reunidas implican la falta de requisitos formales para que el Despacho pueda proferir una decisión de fondo en el asunto.

El artículo 137 del C.C.A., establece los presupuestos mínimos que debe contener cualquier demanda interpuesta ante la jurisdicción contencioso administrativa, dentro de los que se encuentran los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción, los cuales fueron debidamente verificados al momento del estudio para admitir la presente acción, por lo que estima el despacho que los argumentos que soportan la excepción planteada carecen de fundamento, razón por la que se desestimaré.

- Indebida acumulación de pretensiones:

Estima que existe una indebida acumulación de pretensiones toda vez que la demandante pretende que bajo la misma cuerda procesal se tramite la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A. contra el oficio sin número de fecha 6 de Agosto de 2004, y la acción de simple nulidad contenida en el artículo 84 ibídem contra el Acuerdo 007 del 28 de julio de 2004 expedido por la Junta Directiva de la E.S.E. Salud Aquitania a través del cual se modifica la estructura orgánica y se adecua la planta de personal de la de la entidad.

Sobre el particular, el despacho se remitirá al análisis realizado en precedencia al resolver la excepción de inepta demanda, planteada por el Departamento de Boyacá, precisando que si bien los actos generales no son susceptibles de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, menos aún si de la nulidad se deriva un restablecimiento automático, cuando éstos afectan una situación particular, lo procedente es solicitar su inaplicación bien por

inconstitucionalidad o ilegalidad, incluso se puede aplicar oficiosamente la excepción de inconstitucionalidad, por lo que contrario a lo expresado por el apoderado de la ESE., se estima que la excepción carece de vocación de prosperidad.

3.2. Problema Jurídico

El problema jurídico, que se debate en el presente caso es el siguiente:

¿La supresión del cargo de Promotora de Salud Código 541, que venía desempeñando la señora Blanca Stella Suárez Gavidia, en la ESE. Salud Aquitania, se encuentra ajustada a los mandatos de la Constitución y la ley?

3.3. Argumentos y Sub argumentos que resuelven el problema jurídico planteado.

3.3.1. De la Supresión de cargos

La supresión de empleos está consagrada constitucional y legalmente a nivel nacional y territorial, conforme a los artículos 189 numeral 14 y 305 numeral 7 de la Constitución Política, 7 y 8 de la Ley 27 de 1992 y 25 del Decreto 2400 de 1998, como facultad del nominador y como causal de retiro del servicio.

Esta causal de retiro del servicio es procedente, tanto para empleados de libre nombramiento y remoción como para empleados inscritos en carrera administrativa, sin embargo, las consecuencias de esta medida frente a cada situación en particular no son iguales porque el legislador distingue entre quien no es funcionario de carrera y el que sí está inscrito en ella.

En el primer evento, sencillamente se da la causal de retiro, sin consecuencias, por tratarse de un funcionario de libre nombramiento y remoción, en tanto que en la segunda hipótesis se está frente al servidor público inscrito en carrera, titular de unos derechos adquiridos, los cuales se sacrifican en pro del interés general originado en el mejoramiento del servicio, tal como lo ha referido la Corte Constitucional⁹.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41¹⁰ de la Ley 443 de 1998, vigente para la época de los hechos, las reformas de planta de personal de las entidades de la rama

⁹ En sentencia C-1542 del 21 de noviembre de 2000, con ponencia del Magistrado (e) Jairo Charry Rivas, dentro del expediente No. D-2988, en donde se indicó:

" (...) 4.1. Al tenor de lo dispuesto en los artículos 150-7 y 189-14, 15 y 16 de la Carta, es legítimo que el Legislador decida suprimir cargos de la administración pública, siempre y cuando con ello busque desarrollar motivos de interés general que se concretan en la eficiencia, moralidad y eficacia y máxima optimización del servicio público. De ahí pues que, tal y como lo ha sostenido esta Corporación en varias oportunidades. (Al respecto pueden consultarse las sentencias C-524 de 1994, C-522 de 1994, C-613 de 1994, C-095 de 1996, T-850 de 1999 y C-370 de 1999), los derechos subjetivos de los empleados al servicio del Estado no pueden oponerse al interés general que conlleva una reestructuración en aras de la eficiencia del servicio público. Por consiguiente, los derechos particulares 'no impiden que la Administración por razones de interés general ligadas a la propia eficacia y eficiencia de la función pública, pueda suprimir determinados cargos, por cuanto ello puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos. Por consiguiente, cuando existan motivos de interés general que justifiquen la supresión de cargos de una entidad pública, es legítimo que el Estado lo haga, sin que pueda oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que éstos deben ceder ante el interés general. Sentencia C-527 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En consecuencia, en principio, es constitucionalmente válido que el legislador decida suprimir cargos en la administración pública" (Subrayado fuera de texto)

¹⁰ "(...) 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 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.

ejecutiva tanto del orden nacional como del territorial, que implicaran supresión de empleos de carrera debían motivarse expresamente, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la entidad y basarse en estudios técnicos que así lo justificasen.

3.3.2. Naturaleza de los estudios técnicos en los procesos de reestructuración de plantas de personal

Los estudios técnicos no constituyen el acto administrativo que contiene la voluntad de la administración, en tanto se traducen en meros instrumentos de apoyo para la toma adecuada de las decisiones relativas a la reestructuración de las entidades, tal como lo preveía el artículo 41 ibídem.

Según la norma, los estudios técnicos constituyen el soporte para la modificación de la planta de personal, sin que ello implique que el acto administrativo que posteriormente se profiera, deba contenerlo en su integridad, igualmente cabe mencionar que las necesidades del servicio son el sustento de toda decisión de la administración y es consecuencia obligada del esquema dispuesto por la Constitución de 1991 para la modernización de las entidades estatales.

En efecto, el artículo 7º del Decreto 2504 de 1998, establece que la modificación de una planta de personal debe estar fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando de las conclusiones del estudio técnico se derive la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otros, de:

1. Fusión o supresión de entidades.
2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.
3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.
4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.
5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción de bienes o prestación de servicios.
6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.
7. Introducción de cambios tecnológicos.
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.
9. Racionalización del gasto público.
10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.

Toda modificación a las plantas de personal de las entidades del orden nacional, incluidas sin excepción los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales y las plantas de personal de empleos públicos que formen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública. El Departamento Administrativo de la Función Pública llevará el balance de cargos deficitarios que, requiriéndose para el cumplimiento de los fines de las entidades nacionales, no hubiere sido posible crearlos en las respectivas plantas de personal por razones de orden presupuestal. Dicho balance se justificará en estudios técnicos de planta consultando exclusivamente las necesidades del servicio y las técnicas de análisis ocupacional con prescindencia de cualquier otro concepto."

Se establece igualmente que la decisión estará sustentada en criterios de racionalidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.

Se procede a estudiar los cargos de nulidad imputados, junto con el material probatorio allegado, así como la normatividad vigente en materia de supresión de cargos de carrera.

3.3.3. De la vulneración de normas constitucionales

Afirma el apoderado de la parte actora que la entidad accionada desconoció la condición de mujer cabeza de familia o jefe de hogar de la demandante al separarla del servicio sin justificación alguna, dejándola sin empleo y sin posibilidad a sus hijos para continuar con sus estudios y satisfacer otras necesidades que les permitan llevar una vida digna.

La protección a la mujer por su condición especial de mujer cabeza de familia tiene origen supralegal, tal como se evidencia de la lectura de los artículos 13 y 43 Superiores.

El inciso 2º del artículo 2º de la Ley 82 de 1993¹¹ modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 define “mujer cabeza de familia” así:

“(…) es Mujer Cabeza de Familia quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, efectiva, económica o socialmente, en forma permanente hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”

La máxima Corporación Constitucional¹² ha indicado que no toda mujer, por el hecho de serlo, ostenta la calidad de madre cabeza de familia, por cuanto para ello es necesario:

“(…) (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. “

3.3.4. De la Falsa Motivación

En el libelo se indica que la reestructuración de la planta de personal de la entidad demandada debía estar fundamentada indispensablemente en estudios técnicos que propendieran por el mejoramiento del servicio, no obstante el estudio adelantado en el caso bajo estudio adolece de tal requisito, pues sólo contiene conceptos acerca del servicio de

¹¹ Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

¹² En sentencia SU-388 de 2005.

salud y aproximación a lo que podrían ser políticas y reproducción de normatividad, lo que implica que la decisión no estaba debidamente motivada.

Contrario a lo sostenido por la parte actora, dentro del plenario no se encuentra probado que el estudio técnico para la modificación de la planta de la ESE. Salud Aquitania no obedeciera a necesidades del servicio y de modernización del Estado, con la prueba pericial idónea para ello, carga que le correspondía a la parte actora, por el contrario, de su lectura integral, se tiene que éste se realizó: (fs. 372-373)

“(....) Con el fin de cumplir con la decisión de la Administración Municipal y de la Junta Directiva de la ESE. Salud Aquitania, en el sentido de hacer una realidad la reorganización de la entidad y su ajuste para lograr la sostenibilidad financiera que le permita la permanencia y la modernización como empresa, se realizó el estudio, que comprendió el diagnóstico del entorno de importancia para el hospital y el análisis situacional de la institución, con el fin de establecer su actual situación técnica y financiera y construir una serie de alternativas para la sostenibilidad económica, el logro del acceso a los recursos del Gobierno Nacional y Departamental para su saneamiento financiero y la modernización. (...)”

De la atenta lectura del estudio técnico se advierte a nivel general, que con las variaciones sugeridas a la estructura de la planta de personal se obtendría una reducción del 58% que generaría un *“impacto significativo en la viabilidad financiera de la entidad”*, lo que redundaría en excedentes económicos para el mejoramiento en la calidad de los servicios (Anexo No. 1).

Como conclusiones, en el documento contentivo del estudio se consignaron las siguientes: (fs. 82-83 Anexo 1)

“(....)”

CONCLUSIONES GENERALES DEL AJUSTE

Como resultado del diagnóstico integral realizado como parte fundamental del estudio y del procesamiento de la información obtenida, se tienen los siguientes como los aspectos generales de mayor trascendencia para ser tenidos en cuenta en el proceso de ajuste y modernización institucional de la ESE. SALUD AQUITANIA: (...)

2. El ajuste de la planta de personal, genera un impacto positivo en la viabilidad financiera del hospital, tan importante que revierte completamente la situación actual y lo deja a corto plazo (1 año), como una entidad con excedentes operacionales para la modernización tecnológica y de su infraestructura, en aras de mejorar la calidad de los servicios.

3. Fue evidente como resultado del estudio técnico realizado, que existía una planta de personal que excedía en número las necesidades reales para atender la demanda de servicios de salud de la población objetivo del hospital.

4. La reducción de los costos de personal lograda con el ajuste definido, tiene un monto anual de quinientos setenta y un millones setecientos tres mil seiscientos noventa y cinco pesos (\$ 571.703.695.00), considerando un año completo de

funcionamiento con el ajuste completo. Lo anterior, deja al hospital con unos excedentes en su operación anual, si aplica el ajuste definido.

(...)

6. La supresión efectiva de los cargos no indispensables según el estudio técnico, garantiza que se mantenga la reducción de los costos operacionales debidos al sobredimensionamiento de la planta de personal, sujeto obviamente lo anterior, a que la Junta Directiva mantenga el control a futuro.

(...)

8. Queda abierta la posibilidad de que los propios empleados del hospital que deben ser retirados con el ajuste y los que permanecen, analicen la alternativa de operar algunos servicios del hospital en concesión o asociación, lo cual beneficia a la institución porque la (sic) garantiza costos más reducidos de operación y a los exempleados, la posibilidad de crear empresa y permanecer en el hospital por tiempo indefinido, al garantizar la viabilidad y sostenibilidad financiera de la entidad. Con el fin de dar estabilidad a las personas, se propone que dichos contratos se realicen a largo plazo (3, 5, 10 años).

9. En la planta de personal, quedan los cargos mínimos básicos necesarios para atender la demanda de servicios del hospital, con el fin de mantener unos gastos que se correspondan con los ingresos reales. El incremento de servicios por mayor contratación con alguna aseguradora de salud (EPS, ARS) o Ente Territorial, se podrá atender mediante contratación de personal adicional en la cantidad necesaria para cumplir con lo contratado y por el tiempo indispensable, con lo cual se garantiza la sostenibilidad económica del hospital. (...)"

Dentro del acápite denominado "*Análisis de la situación de planta de personal actual o cálculo del costo del recurso humano de la ajuste de planta*" se advierte que para la desvinculación de empleados públicos inscritos en carrera administrativa, era necesario el reconocimiento del derecho a la reincorporación en un cargo similar y de no ser posible la indemnización contenida en la Ley 443 de 1998 (fl. 75 Anexo 1), así mismo se sugieren algunos aspectos que deben ser tenidos en cuenta para la desvinculación de servidores en condiciones jurídicas especiales, esto es protegidos con fuero sindical (el levantamiento del fuero), los que se encuentran cerca de pensionarse, con enfermedades profesionales, funcionarias embarazadas o en licencia de maternidad, funcionarios con investigaciones disciplinarias o penales (fs. 76-78 Anexo 1). En ese orden de ideas, el cargo formulado no está llamado a prosperar.

Por último, se pronuncia el despacho respecto de la afirmación realizada por la demandante en los hechos de la demanda, en lo que refiere a que las vacantes generadas con la supresión de cargos realizada a través del Acuerdo No. 007 del 28 de julio de 2004 fueron cubiertas con nóminas paralelas por contratación de personal a través de prestación de servicios, circunstancia que deja entrever que la reestructuración se realizó por razones ajenas al buen servicio.

Sobre el particular dirá el despacho que no se arrimó al proceso, prueba alguna que soporte tal afirmación, así mismo, que si bien la reestructuración de una entidad del Estado puede implicar la suscripción de contratos de prestación de servicios, esta circunstancia por sí sola

no desvirtúa la necesidad de supresión de los empleos, por cuanto quienes son vinculados como contratistas atienden de manera transitoria u ocasional necesidades específicas de la entidad de manera directa o a través de terceros, por lo que ello no conlleva a la existencia de una intención oscura por parte de la administración. En ese orden de ideas, el reproche realizado carece de fundamento. Así lo ha expresado el H. Consejo de Estado¹³:

“(...) Finalmente conviene precisar que la reestructuración de una entidad del Estado, bien puede implicar la suscripción de contratos de prestación de servicios, pero esta circunstancia, per sé, no desvirtúa la necesidad de la supresión de empleos, además de que, quienes asumen funciones públicas en su condición de contratistas, temporales o cualquier clase de vinculación precaria con las entidades obedecen a condiciones y necesidades específicas de la entidad y no necesariamente, como lo alega el actor, a la intención velada de querer retirar a un empleado que cumple con los deberes y funciones de su puesto (...)”

3.3.5. De la desviación de poder:

Afirma el apoderado de la parte actora que nunca se dispuso la liquidación del Hospital San Luis de Aquitania, que era un requerimiento para la correcta creación de la Empresa Social del Estado y no su simple transformación, sin definición acerca de los recursos destinados a su financiación, así como tampoco se determinó la observancia de los derechos laborales, salariales y prestacionales del personal a su servicio.

El Concejo Municipal de Aquitania en uso de sus facultades constitucionales y legales, mediante Acuerdo No. 006 del 23 de marzo de 1999, dispuso el cambio del Hospital San Luis del Municipio de Aquitania a Empresa Social del Estado Salud Aquitania, como una entidad descentralizada del orden municipal, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa adscrita a la Dirección Local de Salud, sometida al régimen contenido en los artículos 194 y 195 de la Ley 100 de 1993 y Decretos reglamentarios (artículos 1 y 2º)

En su artículo 25 denominado “*Garantía de los Derechos Salariales y Prestacionales*” se indicó que a los empleados del Hospital, se les respetaría mientras permanecieran vinculados laboralmente a la entidad, así como los factores salariales y prestacionales que a la fecha de expedición del acuerdo se les estuviere reconociendo y pagando (fs. 45 cuaderno principal).

Estima igualmente la parte actora que el proceder de la Administración se desvió porque se desvincularon funcionarios no con el sentido de mejorar el servicio, sino para mantener exclusivamente a quienes tenían afinidad política con la administración. Así mismo, que las labores desarrolladas por las personas que fueron retiradas del servicio, fueron asignadas a otros funcionarios que se encuentran en condiciones de menor calificación frente al personal que se mantuvo con ocasión a la reforma.

¹³ Sección Segunda, en sentencia del 4 de febrero de 2010, con ponencia del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve, dentro de la radicación No. 25000-23-25-000-2002-91502-01 (0947-09)

Considera el despacho que los argumentos para sostener este cargo carecen de vocación de prosperidad por lo que a continuación se señala:

Al referirse al tema sobre la dificultad probatoria que enmarca la causal de desviación de poder, el Consejo de Estado ¹⁴ ha expresado:

"(...) La Sala desestimaré el cargo de desviación de poder fundado en la existencia de motivos políticos como causantes del retiro de la demandante porque el sustento probatorio es insuficiente. Una situación de tal naturaleza reclama ser ilustrada en forma prolija con las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar al retiro de que se trate.

No basta la afirmación contenida en un testimonio acerca de que una razón como la señalada dio lugar a la desvinculación que pretende cuestionarse. Demostrar los factores ilícitos que dieron lugar a un retiro del servicio en desarrollo de facultades discrecionales, demanda una actividad probatoria del impugnante orientada a demostrar, especialmente a través del indicio, los aspectos subjetivos inválidos que obraron en la producción del acto administrativo ilegal. La ausencia de tal actividad probatoria de lugar, como ocurre en el presente caso, a que se desestime el cargo planteado. (...)"

En lo que respecta al reproche realizado por la demandante en el sentido de que su retiro y el de otros funcionarios obedeció a móviles políticos, brilla por su ausencia la falta de prueba al respecto, por lo que de acuerdo con el pronunciamiento anterior, no basta con afirmar la desviación de poder, sino que ésta se debe demostrar con la prueba idónea, la cual se echa de menos en el presente caso, por lo que se desestimaré el cargo formulado.

Establece el actor que tampoco se acató el artículo 153 del Decreto 1572 de 1998, por cuanto no se remitió el estudio técnico junto con la planta de personal finalmente adoptada a la Comisión Nacional del Servicio Civil; ni se dio oportunidad a los servidores públicos desvinculados para que se prepararan para asumir el cambio, transgrediendo el artículo 154 del citado decreto.

En lo que respecta al primer aspecto, esto es la falta de remisión del estudio técnico junto con la planta de personal adoptada, el Despacho se remitirá a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-372 de 1999¹⁵, a través de la que indicó que la Comisión del Servicio Civil, no funge como un cuerpo asesor o consultivo del gobierno, por el contrario se trata de un organismo encargado del manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos, por lo que la Comisión no tenía la facultad de aprobar o improbar el estudio técnico, por lo que la falta o ausencia de remisión del estudio técnico, que para el caso concreto no

¹⁴ Sección Segunda, en sentencia del 18 de agosto de 2005, con ponencia del Magistrado Jesús María Lemos Bustamante. Radicado No. 70001-23-31-000- 1999-01376-01(2096-04)

¹⁵ En sentencia del 26 de mayo de 1999, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, al revisar la constitucionalidad de los artículos 5, 14, 21, 24, 26, 27, 37, 38, 44, 45, 48 (todos en forma parcial), 51, 52, 73, 74, 75, 76, 77 y 79 de la Ley 443 de 1998.

resultó probado, no genera nulidad alguna del acto demandado. Así las cosas, el cargo formulado carece de vocación de prosperidad.

Sobre la falta de oportunidad brindada a los servidores públicos desvinculados para que se prepararan para asumir el cambio, se observa que al plenario fue allegado el documento denominado "Programa de adaptación Laboral para el Hospital Aquitania" cuyo objeto se encontraba encaminado a *"Dar apoyo real y Psicológico a los trabajadores que como consecuencia de la reestructuración del Hospital quedan cesantes de sus cargos"* cuyo ente responsable en la ejecución era el Grupo de Desarrollo Empresarial del SENA Regional Boyacá, dentro del que se previeron como alternativas el asesoramiento en procesos de desarrollo empresarial a través del programa de Incubación de Empresas (fs. 438-448 Cuaderno de pruebas No. 3), así mismo que el 7 de abril de 2004, fue dictada en la ESE. Salud Aquitania la conferencia "Readaptación Laboral" a la que asistió la señora Blanca Stella Suárez (fl. 449 Cuaderno de pruebas No. 3). En ese orden de ideas, estima el despacho que el cargo no fue probado, por lo que no se encuentra llamado a prosperar.

3.3.6. Incompetencia por razón del lugar de expedición

Señala la parte actora que los Acuerdos No. 006 y 007 del 28 de julio de 2004 expedidos por la Junta Directiva de la ESE. Salud de Aquitania, a través de los que se modificó la estructura orgánica y se adecuó la planta de personal, fueron suscritos en la ciudad de Sogamoso, lugar que no era la sede de la entidad, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 4º del Acuerdo No. 006 del 23 de marzo de 1999, en el que se indicó que la jurisdicción de la ESE., estaba circunscrita al Municipio de Aquitania.

Teniendo en cuenta que la ESE. Salud Aquitania es una entidad del nivel territorial del orden municipal y no tiene atribución legal para ejercer funciones por fuera de su jurisdicción, considera el actor que los mismos adolecen de nulidad.

Los requisitos de validez del acto administrativo apuntan a determinar la existencia de las condiciones necesarias para que éste sea regular o conforme con el ordenamiento jurídico.

Tal como lo expone el doctrinante Luis Enrique Berrocal¹⁶ son requisitos de validez del acto administrativo: conformidad con la Constitución y las normas superiores, legalidad sustancial, competencia u órgano competente, real y adecuada motivación, observancia de las formalidades, fin legítimo y proporcionalidad de la decisión.

La que nos ocupa es la competencia u órgano competente, entendida ésta como *"la aptitud o autorización que tiene todo funcionario u organismo estatal para ejercer las funciones y la autoridad que le han sido asignadas, dentro de circunstancias objetivas y subjetivas señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento"*¹⁷

¹⁶ En su obra "Manual del Acto Administrativo". Quinta Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Páginas 109-134.

¹⁷ Ibidem. Página 113.

Dentro de los factores de competencia objetivos encontramos el territorio, la materia del asunto, el tiempo y el grado funcional.

Tal como lo ha expresado el H. Consejo de Estado¹⁸, la falta de competencia radica en que *“una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultado para ello y se configura dicha causal de nulidad cuando se desconocen cualesquiera de los elementos que la componen, como por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o cuando éste no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o cuando solo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal)”*.

Para el caso concreto los actos enjuiciados¹⁹ fueron expedidos por la autoridad competente, esto es la Junta Directiva de la ESE. Salud Aquitania, la cual tiene como funciones asignadas entre otras la de aprobar el proyecto de planta de personal y las modificaciones a la misma (artículo 10 del Acuerdo No. 006 de 1999 – fs. 33 cuaderno principal).

Se advierte igualmente que el proyecto de Acuerdo No. 007 de 2004 por el cual se modificó la planta de personal de la ESE., fue aprobado en reunión extraordinaria, la cual quedó consignada en el Acta No. 003 del 28 de julio de 2004, en la que el Presidente de la Junta (alcalde municipal), manifestó que ésta se llevaba a cabo en la ciudad de Sogamoso a solicitud del Gerente del Instituto Seccional de Salud por la importancia de la temática a tratar (fs. 48 Cuaderno de Pruebas No. 1).

Si bien en el artículo 4º del Acuerdo 006 de 1999 (fl. 29 Cuaderno Principal), se indicó que la ESE. SALUD AQUITANIA tendría jurisdicción en todo el territorio del Municipio de Aquitania, así mismo que su domicilio y sede de sus órganos administrativos principales serían la ciudad de Aquitania, considera el despacho que en el asunto bajo estudio, si bien el Acuerdo No. 007 de 2004 fue expedido en la ciudad de Sogamoso, esto es en lugar diferente a la sede de la entidad, tal circunstancia no vicia de nulidad dicho acto, en tanto las decisiones adoptadas en lo que respecta a la supresión de cargos de la planta de personal de la ESE., solo surtieron efecto respecto de las personas que laboraban al servicio de la entidad y no para ser aplicados en un lugar ubicado fuera de su jurisdicción, evento que podría dar lugar a nulitar el acto, situación que no se presenta en el caso que nos ocupa. Así las cosas, es evidente que no prospera el cargo en este sentido imputado.

3.4. Caso Concreto:

Para el caso concreto, se advierte que la condición que alega la parte actora de madre cabeza de familia no se encuentra acreditada tal como lo ha definido la máxima Corporación Constitucional, pues no se allega al plenario prueba de que la demandante sea madre cabeza de familia, condición esta que sustenta la demanda inicial.

¹⁸ Sección Segunda, en sentencia del 1 de marzo de 2007, con ponencia del Magistrado Alberto Arango Mantilla, dentro de la radicación No. 25000-23-25-000-2002-08388-01(4807-04).

¹⁹ El artículo 15 del Acuerdo 006 de 1999, establece que los actos de la Junta Directiva se denominan Acuerdos (fl. 22 C. 1)

Respecto de la falsa motivación, tal como ya se expresó, dicho cargo no fue desvirtuado por la parte actora en razón a que de los documentos se desprende que para llevar a cabo la supresión de los cargos debía surtirle ciertas reglas a efectos de evitar la vulneración de los derechos de las personas que no continuarían en la planta de personal.

Frente a la desviación de poder, se tiene que el cargo no fue probado con los documentos y el material probatorio allegado al expediente; así como tampoco se logró desvirtuar la presunción del buen servicio público que cubre la decisión discrecional materializada en los actos administrativos demandados, razones suficientes para no dar prosperidad a los cargos invocados.

Para el caso concreto, la supresión de los cargos de Promotores en Salud, uno de los cuales era desempeñado por la actora, se realizó con base en lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, en tanto dichas funciones correspondían a la dirección local de salud, esto es el municipio de Aquitania, tal como se consignó en el referido estudio técnico.

Por lo expuesto, el Despacho mantendrá incólume la legalidad del Acuerdo No. 007 del 28 de julio de 2004, expedido por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Salud Aquitania, mediante el cual se suprimieron diecinueve cargos de la planta de personal de la ESE., dentro de los que se encontraba el ejercido por la actora como Promotora de Salud Código 541 y en consecuencia, negará en su integridad las pretensiones de la demanda.

3.5. Costas

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 171 del C.C.A. establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, el juez condenará en costas, teniendo en cuenta la conducta observada por la parte respectiva.

En el asunto materia de decisión, no se observó carencia de fundamento legal en la actitud procesal de la parte actora, todo lo contrario, se limitó al legítimo ejercicio de su derecho de defensa (el cual goza de especial protección constitucional en el artículo 29 C.N.), motivo por el cual a juicio de este juzgado no procede condena en costas, en la medida en que no aparecen comprobadas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADA la excepción de "Falta de Legitimación en la causa por pasiva (Gobernación de Boyacá - Secretaría de Salud y Municipio de Aquitania) para ser demandadas, propuesta por el apoderado del Departamento de Boyacá - Instituto

Seccional de Salud (hoy Secretaría de Salud de Boyacá), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR INFUNDADAS las excepciones de “Caducidad de la acción”, “Falta del presupuesto procesal demanda en forma” e “Indebida acumulación de pretensiones”, propuestas por el apoderado de la ESE. Salud Aquitania, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- NEGAR la totalidad de las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora BLANCA STELLA SUAREZ GAVIDIA en contra del Departamento de Boyacá – Instituto Seccional de Salud de Boyacá – Municipio de Aquitania – ESE. Salud Aquitania, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- ABSTENERSE de condenar en costas a la parte demandante, conforme se expuso en la parte motiva de la providencia.

QUINTO.- En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente y déjense las constancias y anotaciones pertinentes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ELIANA MARCELA SARMIENTO RODRIGUEZ
JUEZ

ERRP